

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Escuela profesional de Derecho



Tesis para optar el título profesional de abogado

“La erosión de la Constitución en el
constitucionalismo de los principios. Una revisión
crítica a los presupuestos jurídico-filosóficos”

Juan José Janampa Almora

Tutor:

Prof. Mag. Otoniel Ochoa Roca

Huamanga, julio 2018

A mis padres Juan Esteban Janampa
Janampa y Ana María Almora Morales
por todo el amor incondicional

INDICE

INTRODUCCIÓN	6
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO BASES METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN

1. Delimitación del título de investigación	20
2. Planteamiento del problema de investigación	20
2.1 Descripción del problema	20
2.2 Formulación del problema	41
3. Hipótesis de investigación	41
4. Variables de la investigación	42
4.1 Variable dependiente	43
4.2 Variable independiente	44
5. Objetivos de la investigación	47
5.1 Objetivo general	47
5.2 Objetivos específicos	47
6. Metodología de la investigación	48

CAPITULO SEGUNDO CONCEPCIONES DEL DERECHO Y EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS PRINCIPIOS COMO TEORÍA DEL DERECHO

1. Dimensiones en la concepción del Derecho. Una aproximación a la filosofía del Derecho iusnaturalista y positivista	52
1.1 El iusnaturalismo como concepción del Derecho	53
1.2 El positivismo jurídico como concepción del Derecho	55
2. Justificación sobre el uso de la expresión “constitucionalismo de los principios”	61
3. La simbiosis entre Constitución y jurisdicción. El constitucionalismo de los principios como teoría del Derecho	66
2.1 El efecto en la teoría de las fuentes. De la independencia de derecho legal a la omnipresencia de la Constitución	67
2.1.2 La Constitución eminentemente formal	69
2.1.2 La Constitución eminentemente sustancial o material	71
2.1.3 El modelo axiológico de Constitución como norma	75
2.2 El efecto en la teoría de las normas. De las reglas a los principios	78

2.2.1 La diferencia estricta entre principios y reglas en Ronald Dworkin	80
2.2.2 La diferencia estricta entre principios y reglas en Robert Alexy ...	84
2.3 El efecto en la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho. De la subsunción a la ponderación	90
2.3.1 La concepción de la interpretación cognitiva tradicional	90
2.3.2 La concepción de la interpretación cognitiva contemporánea ...	95
2.3.3 La concepción argumentativa en el Derecho	101
2.3.3.1 La argumentación jurídica en general.....	101
2.3.3.2 La ponderación como una forma de argumentación jurídica..	106

CAPITULO TERCERO

LA FILOSOFÍA JURÍDICA EN EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS PRINCIPIOS

1. Cuestiones preliminares	111
2. La conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada	114
2.1 La postura de Robert Alexy	114
2.1.1 El concepto de Derecho y la pretensión de corrección	114
2.1.2 La pretensión de corrección y su concreción en la institucionalización de la razón	122
2.1.2.1 La injusticia extrema no es Derecho.....	124
2.1.2.2 La teoría del discurso racional práctico.....	125
2.1.2.3 La tesis del caso especial.....	129
2.1.2.4 El argumento de los principios.....	130
2.2 La postura de Ronald Dworkin	134
2.2.1 El concepto de Derecho y el Derecho como integridad	134
2.2.2 El Derecho como integridad.....	137
2.2.3 La coherencia de principios que subyacen a las normas e instituciones que se consideran vinculantes en la comunidad	140

CAPITULO CUARTO

LA EROSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS PRINCIPIOS

1. Cuestiones preliminares	145
2. La focalización de los problemas esenciales en el constitucionalismo de los principios ..	148

2.1 El fortalecimiento del objetivismo moral en el constitucionalismo de los principios	148
2.1.1 El Objetivismo moral como sustento del Derecho como integridad en Ronald Dworkin	148
2.1.2 El objetivismo moral y el objetivismo moral racional como sustento de la pretensión de corrección en Robert Alexy	151
2.2 La preferencia de la dimensión moral respecto a la dimensión jurídica	161
3. La erosión de la Constitución en el constitucionalismo de los principios ...	168
3.1 Presupuestos de la erosión de la Constitución	168
3.2 El desgaste de las normas constitucionales en la erosión de la Constitución	174

CAPÍTULO QUINTO

LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS DEL CONSTITUCIONALISMO ESTRICTAMENTE POSITIVISTA

1. Cuestiones preliminares	180
2. La posibilidad de un “constitucionalismo estrictamente positivista”. La postura de Luis Prieto Sanchís	184
2.1 La conexión del Derecho con la moral social. Un vínculo necesario en el constitucionalismo estrictamente positivista	186
2.2 La defensa de un constitucionalismo estrictamente positivista (conceptual o metodológico). La separación entre el Derecho y la moral correcta	194
3. La transformación del Derecho en el constitucionalismo estrictamente positivista	200
3.1 La separación relacional o de grado entre principios y reglas	200
3.2 La interpretación y aplicación del Derecho	207
3.3 Sobre la ponderación	209
3.4 La defensa de la dimensión jurídica de la Constitución sobre el discurso de la dimensión moral externa	211
 CONCLUSIONES	 214
RECOMENDACIONES	222
BIBLIOGRAFÍA	223

INTRODUCCIÓN

En la actualidad se asiste a un progresivo y renovado interés por los estudios de los presupuestos del “neoconstitucionalismo”, pero al mismo tiempo existe una preocupación que se cultiva en la exigencia dialéctica de las *desventajas o dificultades* que puede ofrecer esta postura teórica.

Esta preocupación se hace notar con mayor claridad e intensidad en los debates que se producen a nivel de la filosofía del Derecho, en el que se tiene como punto de partida el significado semántico de la expresión – neoconstitucionalismo – propuesta que no es del todo seguida, al respecto ha sido calificada como una expresión compleja, general, equivoca, vaga y ambigua. Ello ha motivado que, en el presente estudio la investigación se avoque por el uso de la nomenclatura “*constitucionalismo de los principios*” más que por el de “neoconstitucionalismo”, en tanto que resulta ser más precisa, inequívoca, distinta de otros taxones y se considera más idónea para la identificación de esta postura.

El “*constitucionalismo*” – ideología – en concreto mantiene una finalidad esencial que no es más que la “(...) limitación del poder y defensa de una esfera de libertades naturales, o derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, (...) el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre el Derecho y la moral”¹. Aunque, claro está, que contemporáneamente el constitucionalismo desplaza a un segundo plano el objetivo de los límites al poder para poner en relevancia la garantía de los derechos fundamentales, cambio que encuentra razón en cuanto el poder del Estado en los sistemas democráticos no es visto con temor y sospecha por la ideología neo-constitucionalista, de este modo, se asiente una predisposición para que en función a la relevancia de los derechos en el constitucionalismo se estructure toda una serie de estrategias de parte del legislativo y judicial con la finalidad de ser concretizadas, actuadas y garantizadas².

Unido a este vocablo se encuentra la expresión “*principios*”, que según cierta postura goza de una peculiar anatomía morfológica distinta a las reglas,

¹ COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, en *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del Derecho*, N° 16, 2002, pp. 96-97.

² *Ibidem*, pp. 99-100.

se hace referencia así a la estructura lógica del cual ostenta las normas – abstractas, generales, abiertas, sujetas a mandatos de optimización y ponderables –. No obstante, su peculiaridad ha conllevado a estados problemáticos como por ejemplo el uso instrumental por el que se permite conectar la moral con el Derecho, la ductilidad del Derecho sobre todo de la *norma normarum* y como consecuencia la irradiación que se proyecta desde el pico constitucional hasta la última fuente jurídica.

Esta postura ideológica dio lugar a la “metamorfosis de los ordenamientos jurídicos contemporáneos”, proceso que ha sido denominado como la mutación del Derecho³, no obstante, antes de este desenlace – transformación – como consecuencia del surgimiento del *constitucionalismo de los principios* a mitad del siglo XX habitaba en la teoría como en la práctica (siglo XIX y parte del XX) un tipo de positivismo jurídico – decimonónico o formalista – y que según señalan sus críticos ofrece una teoría del Derecho en un estado desfasado y anacrónico para las nuevas coordenadas a las que responden los sistemas jurídicos actuales.

En el contexto del positivismo decimonónico se ventila una teoría del Derecho que plantea una definición de la norma jurídica basada en una teoría imperativa, una fuente del Derecho que se consolida en la supremacía de la ley respecto a otras fuentes y en el que se sostiene la interpretación mecánica-lógica del juez por el que sólo se aplica la normas tal y como el legislador lo ha diseñado⁴.

En los actuales Estados constitucionales esta propuesta ha terminado cambiando bajo el umbral de la experiencia social, cultural, histórica y jurídica de Europa-occidental y sus posteriores trasplantes a sistemas jurídicos presuntamente similares. Ahora la omnipotencia de la ley defendida por este tipo de positivismo se encuentra erosionada “*por arriba*” merced a las constituciones rematerializadas⁵, en el que la incorporación de normas sustantivas – derechos

³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, *UNED, Teoría y realidad constitucional*, núm. 10, 2007, pp. 495.

⁴ BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, en Rafael de Asís y Andrea Greppi (traductores), Debate, Madrid, 1993, pp. 140-243.

⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Editorial Fontamara, Segunda edición, México, 1999, pp. 18. “La rematerialización constitucional, esto es la incorporación al texto no solo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas

– cumple una función gravitacional en el discurso actual, pues se entiende que esta dimensión material funciona como un límite negativo y un vínculo positivo, y que, además, actúa no sólo en la identificación del Derecho sino en la aplicación de la norma.

La Constitución del constitucionalismo de los principios tiene ahora un nuevo contenido disímil a la Constitución de entre guerras y más aún a la constitución de las revoluciones, termina atrapando todo a través de una fuerte gravedad jurídica y a su vez irradia a todo el sistema jurídico – podemos señalar que ocurre una especie de *big bang* jurídico –.

Las consecuencias por este trascendido no se dejaron esperar pues en el ámbito de la *teoría del Derecho* se replantearon las tesis en diversos planos – teoría de las fuentes, teoría de la norma y la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho –. Cabe resaltar que este suceso no es de siempre sino es producto del devenir del tiempo y fruto de una experiencia atroz.

En suma, el constitucionalismo de los principios surge como consecuencia del *contexto histórico* que conlleva a sostener necesariamente la *rematerialización* de la Constitución contemporánea postura que termina influenciando a la *teoría del Derecho* contemporánea y a su vez éste último incide en un tipo de *filosofía jurídica* (comprometida)⁶.

Esto quiere decir que el constitucionalismo de los principios como teoría del Derecho al incidir en la filosofía jurídica esta última deja entrever la defensa de dimensiones conceptuales nuevas, esto es, una concepción del Derecho de carácter prescriptivo que orienta a una definición del Derecho sostenida bajo la

sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente (...) los valores superiores, los principios y especialmente los derechos fundamentales representan la plasmación de esa extraordinaria densidad normativa (...) adviértase que se incorpora a la constitución contenidos que proceden directamente de la moralidad (...). La conclusión es que merced a las constituciones, la moral (...) ha hecho acto de presencia en el Derecho, más concretamente en la cúspide del Derecho. (...) los estándares de moralidad ya no están presentes solo en la aplicación de las normas que hacen uso de estos, sino también en la identificación de las propias normas. La moral incorporada a la constitución se revela entonces como el parámetro, no ya de la justicia, sino de la propia validez de las demás normas; y la divergencia entre moral y Derecho se traslada al interior del orden jurídico". PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., p. 26-27.

⁶ "Es muy probable que la incorporación de contenidos sustantivos y morales tanto a los documentos normativos como al proceso de razonamiento jurídico haya propiciado el surgimiento de tesis más vigorosas a propósito de la obligación de obediencia y de la conexión entre el Derecho y la moral". PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 22.

tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada, la vinculación con la adopción de un punto de vista interno y la obligación moral de las normas jurídicas.

Cabe recalcar que este modelo propuesto por el constitucionalismo de los principios es diferente al propuesto por el positivismo jurídico decimonónico o formalista que desde la filosofía jurídica mantiene una postura metodológica que se caracteriza por la clara distinción entre derecho real y el derecho ideal o como bien se ha señalado entre el derecho que es y el derecho que debe ser, donde el jurista debe ocuparse sólo del primero, asumiendo frente al Derecho una actitud avalorativa o éticamente neutral⁷.

A pesar de que el constitucionalismo de los principios ha generado una nueva comprensión de la teoría del Derecho y de la filosofía jurídica como consecuencia de la ideología que profesa – filosofía política – existen razones contundentes y suficientes para alertar la preocupación sobre *las desventajas y dificultades* que genera una teoría del Derecho que exige la omnipresencia de la Constitución por encima de la ley, la relevancia mayor de los principios y menor de las reglas y la importancia de la ponderación sobre la subsunción; que coadyuvan a que la dimensión moral se encuentre por encima de lo jurídico.

Si bien se puede estar de acuerdo *en parte* con esta transformación que ocurre en el sistema jurídico, cabe hacer algunas matizaciones sobre sus contenidos teóricos que más adelante serán desarrollados. No obstante, no sucede lo mismo con el tipo de filosofía jurídica que pretende desarrollar esta postura pues en este ámbito si se tiene reparos fuertes sobre las *dificultades y desventajas*.

Ahora bien, es conveniente desarrollar paso a paso los contenidos temáticos del presente trabajo de investigación para poder tener nitidez sobre lo que se está comentando.

En relación a la teoría del Derecho que implica la *teoría de las fuentes* éste último advierte que la *mutación* implica sostener que ahora esta no puede girar exclusivamente en torno a la ley, sino que ahora todo está en función de la Constitución, que no sólo es entendida como la Constitución formal sino como una Constitución con preeminencia material que tiende a ofrecer orientaciones

⁷ BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, en Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel (traductores), Trotta, Madrid, 2015, pp. 101-149.

heterogéneas al ser una fuente pluralista de donde fluye sus conceptos, límites y vínculos para las autoridades y ciudadanos.

Es a partir de la omnipotencia y autonomía de la Constitución que surge lo que se ha denominado el desbordamiento de las fuentes del Derecho pues al tener una Constitución rematerializada predispuesta a un trabajo dúctil con sus componentes es que se plantea la apertura del sistema constitucional. Por un lado, se produce la supraestatalidad normativa y por otro lado la infraestatalidad normativa. El primero tiene que ver con las relaciones internacionales entre Estado y entidades internacionales – público o privado – y el segundo hace referencia a las relaciones entre ciudadanos y el Estado a nivel interno. Ambas opciones dejan de lado al legislador como único ente justificado para emitir normas y para controlar su validez, ahora la validez estará sujeta a la norma constitucional – principios y valores –. En este sentido, como dicen algunos autores la ley ya no crea el sistema, sino que integra el mismo.

En cuanto a la *teoría de la norma* este da lugar a entender que no sólo en el sistema jurídico se mantiene la presencia de reglas sino por el contrario también al lado de ellas se encuentran los principios que por su pronunciada y particular estructura distinta a las primeras desempeñan un papel importante dentro del sistema jurídico, presentándose, así como la puerta de entrada de la moral en el Derecho.

La diferencia estricta o estructural lógica de los principios frente a las reglas está determinado por que goza de un carácter general, abstracto y abierto, no concluyente, entendidas como mandatos de optimización y que son susceptibles de ser pesados – ponderados –. Mientras que las reglas no gozan de estas características pues son estructuras cerradas, definidas, concluyentes y que no son susceptibles de ser consideradas como mandatos de optimización como tampoco mantienen un peso.

Aunque cabe considerar que existe una diferencia entre las posturas de Ronald Dworkin y Robert Alexy. La propuesta del último se mantiene como una tesis más refinada. Es pues Robert Alexy quien pretende afirmar que los principios gozan del carácter de mandatos de optimización y que por lo tanto tienden a ser ponderables bajo ciertas reglas aritméticas, mientras que Ronald Dworkin da a entender que los principios son normas que tienen un peso sin

considerar cómo se debe estructurar lógicamente el equilibrio o peso – no plantea reglas aritméticas–.

En torno a la *teoría de la interpretación y aplicación del Derecho* con anterioridad se solía sostener que era el juez autómatas quien debía regir en el Estado de Derecho, planteándose así la famosa expresión que el juez es la boca de la ley, lo que básicamente hace notar la ideología de la decisión vinculada que se adscribe al discurso del positivismo jurídico decimonónico, esta apreciación tiene que ver con la idea de un diseño lógico y mecánico de la interpretación y aplicación del Derecho, es decir, con el silogismo judicial lo cual trae consigo un modelo inferencial de subsunción.

La racionalidad judicial se somete a la idea de que la corrección formal o lógica de los razonamientos conllevan a un argumento, o sea, se observa la inferencia de las premisas como un encadenamiento de proposiciones, si las premisas son verdaderas entonces la conclusión también lo es necesariamente – regla de derivación de la lógica – provocando así un argumento deductivamente válido. De ello se advierte que esta postura no ingresa a considerar el contenido de verdad o de corrección de las premisas y únicamente se queda en la forma.

La transformación implica que el razonamiento formal – silogismo lógico – es complementado por un razonamiento más complejo que se presenta en los casos difíciles, esto es, ante el hecho de la indeterminación normativa y la prominente discrecionalidad judicial surgen los problemas de interpretación en el litigio, frente a ello, no se puede aplicar la fórmula de la subsunción porque resulta insuficiente o no satisface su estructura ante un conflicto de principios. Es en todo caso la estructura formal de la ponderación bajo la “fórmula aritmética del peso” que ante un conflicto entre principios – *prima facie* – se utiliza para dilucidar si un principio ha sido restringido por otro principio de manera desproporcionada.

El principio de proporcionalidad constituye una forma de argumentación – procedimiento metodológico de aplicación de normas-principios – cuya estructura está compuesta por tres sub-principios idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, este último elemento a su vez avala una estructura interna que integra la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. La ponderación se consolida como una fórmula

aritmética que organiza argumentos y es en este marco – ponderación – que el juez busca sostener la tesis de la *pretensión de corrección* de las premisas que conllevan a la decisión fundamentada o correcta, en términos Dworkinianos a la búsqueda de la única respuesta correcta, ante los defectos de las normas – indeterminación que provoca el conflicto – en un caso concreto.

En suma, se defiende esta postura en tanto que al momento de dar respuesta a un problema jurídico – caso dudoso o difícil – en el que se presenta un conflicto entre principios se aplica una forma de argumentación bajo el influjo teórico de la tesis del caso especial – el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico –, justamente por esta razón es que la pretensión de corrección⁸ actúa en el discurso jurídico (argumentación jurídica) en el que se utilizan argumentos del discurso práctico que tienen un origen en la “moral política”, es decir, una parte de los argumentos con que el juez justifica la decisión en base al criterio de interpretación de la ponderación son esencialmente de naturaleza moral.

En todo caso, la pretensión de corrección de la norma necesariamente vincula *la decisión* en el que hace incluir una pretensión de corrección moral – sobre todo y casi siempre moral externa al Derecho pues como se mencionó el principio se encuentra indeterminado – lo que da lugar a que la decisión se extienda a los principios subyacentes o implícitos que no están positivados ni en la norma ni en la jurisprudencia o en los precedentes.

Ahora bien, volviendo al tema de la filosofía jurídica en el constitucionalismo de los principios desde nuestra perspectiva se plantean *serias dificultades o desventajas*. Se defiende en este ámbito una filosofía jurídica de carácter prescriptivo. Tanto Ronald Dworkin como Robert Alexy buscan presentar las propuestas teóricas desde un plano o dimensión novedosa en el que defienden la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada que va a dar lugar a un concepto de Derecho.

⁸ Entiéndase como *pretensión de corrección* a la idea que se pretende la inclusión de ciertas dimensiones de moralidad en el Derecho, esto quiere decir que, se hace depender la validez de las normas no por razones de fuerza sino por razones morales. Por ello, subyace a la tesis de la pretensión de corrección el argumento de la injusticia – la injusticia extrema no es Derecho – y el argumento de los principios – la puerta de entrada de la moral en el Derecho producto a su anatomía estructural –. Esta tesis da lugar a sostener que la moral está necesariamente incluida en el Derecho y propone resolver problemas de fundamentación y justificación del Derecho; problemas creación y aplicación del Derecho y problemas de límites del Derecho.

Para Robert Alexy el concepto de Derecho depende de la inclusión de ciertas dimensiones morales en el Derecho, lo que propende a la defensa de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada. El concepto de Derecho incluye el concepto de validez, en el que se asume la idea de que el sistema jurídico no sólo es un sistema de normas sino de procedimientos, es necesario la adherencia al punto de vista interno o del participante, como también entender que los defectos que se susciten en el Derecho socaban la validez jurídica bajo ciertas condiciones como es el de la injusticia extrema no es Derecho; y, por último, la conexión mencionada es con una moral correcta, crítica o racional.

La tesis esencial de este autor vendría a ser la pretensión de corrección del Derecho – normas, decisiones y del sistema jurídico – en el que las normas no son válidas por su fuerza sino por determinados contenidos sustanciales. Así, a través de la pretensión de corrección se alimenta la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta, es decir, se propende a la incorporación de dimensiones morales en el Derecho lo que da lugar a tener un concepto de Derecho de carácter prescriptivo.

No obstante, esta última afirmación resulta abstracta y que para que se concrete se necesita de la presencia de la institucionalización de la razón. Esta última tesis se concretiza en “la injusticia extrema no es Derecho” que está en relación con la perspectiva del participante y la obligación moral del Derecho, la tesis del caso especial – el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico –, la teoría de los principios, la tesis de los derechos humanos y la tesis de la democracia. Elementos que cumple una función relevante en los modernos Estados Constitucionales que propenden a la reconstrucción de los sistemas jurídicos.

El argumento sustancial de la pretensión de corrección es el argumento de la injusticia – la injusticia extrema no es Derecho – que propicia la defensa de un objetivismo moral (norma moral objetivamente verdadera)⁹ y que para conseguir la reconstrucción del Derecho defectuoso además de lo anterior sugiere una teoría del discurso racional¹⁰, en este caso se sostiene en el

⁹ En este contexto se pretende entender que la tesis de “la injusticia extrema no es Derecho” plantea un objetivismo moral que sostiene que existen normas morales verdaderas.

¹⁰ Una teoría procedimental de la corrección o verdad práctica, cuya tesis principal de todas las teorías procedimentales de la corrección es que la corrección de una proposición normativa

objetivismo moral (norma moral objetivamente racional), en este sentido, la pretensión de corrección o de fundamentalidad se satisface y se extiende a la decisión correcta como una moral fundamentable.

No obstante, no sólo está conectada al argumento de la injusticia como se señaló anteriormente sino también al argumento de los principios que se constituye como el eslabón que conecta la moral y el Derecho, es decir, este vendría a ser la puerta de entrada de la moral. En el Estado constitucional sería la Constitución quien se convierte en el medio, toda vez que, ahí se recogen los principios y valores esenciales de toda comunidad.

Cabe recordar que esta tesis se desenvuelve en el momento de la interpretación y aplicación del Derecho – creación del Derecho – por el que no sólo se necesita concretizar la nueva disposición normativa a partir de una base extrajurídica – criterios morales externos – sino también se plantea la necesidad de supuestos límites a la creación del Derecho, que para esta propuesta sería la argumentación jurídica quien cumpliría ese papel en sentido general y la ponderación en sentido particular.

En relación con Ronald Dworkin, este autor también sigue un concepto de Derecho de carácter prescriptivo sustentado sobre la premisa de que existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta, producto del ingreso de dimensiones morales en el Derecho.

Como consecuencia de esta premisa, lo que se quiere proponer es observar al Derecho como integridad, que es una teoría de la aplicación y adjudicación judicial el cual necesita del punto de vista interno – participante – es decir, de la presencia del “juez Hércules” quien irremediabilmente conduce a esta relación necesaria. También sostiene la tesis de la obligación moral de las normas jurídicas que pretende vincular al juez a encontrar la respuesta correcta en una etapa post-interpretativa visión holística o integradora respecto del fenómeno jurídico y que bajo una actitud interpretativa debe encontrar una mejor interpretación, para ello, se requiere salir del Derecho positivo y acudir a razonamientos morales, es decir, “la teoría ética y política mejor fundada – el buen razonamiento moral –

depende de que la proposición sea o pueda ser el resultado de un determinado procedimiento argumentativo.

En suma, el juez hércules quien asumiendo la tesis de la reconstrucción se encuentra obligado a descifrar “la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas”.

De modo que dependerá de valoraciones morales condicionadas a principios de justicia y equidad. La relación entre Derecho y moral correcta, no sólo se plantea desde el enfoque de una “concepción de justicia que considere mejor fundada”, sino la única respuesta correcta se alcanzará según algunos principios que conforman una concepción que se adecue o ajuste al esquema de principios de justicia y equidad que subyace a las normas vigentes – no de la moral crítica sino de la moral institucionalizada, de la justicia incorporada a la práctica–.

En este plano se observa lo que se ha denominado el objetivismo moral – norma moral objetivamente verdadera – que descansa en los principios de equidad y justicia que son elementos a la que el juez debe remitirse en última instancia para determinar la mejor interpretación y así encontrar la única respuesta correcta.

Retomando lo que se dejó en un comentario sobre las *serias dificultades y desventajas* que ofrece la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios, en el siguiente capítulo del trabajo de investigación se buscará comprobar que estos presupuestos sostienen la hipótesis descrita.

El punto de partida sobre las serias *dificultades* que presenta esta postura es justamente ¿Son los presupuestos jurídicos del constitucionalismo de los principios, sostenidos por Ronald Dworkin como por Robert Alexy, los que conducen al problema general de la erosión de la Constitución?

La hipótesis que se pretende sostener en el presente trabajo respecto al problema planteado consiste en que: “La erosión de la Constitución se produce sobre la base de los presupuestos del constitucionalismo de los principios que comprende al Derecho como integridad – coherencia de los principios de justicia y equidad que se sostiene en el objetivismo moral –, a la pretensión de corrección – la injusticia extrema no es Derecho y el discurso racional práctico que se sostienen en el objetivismo moral y en el objetivismo moral racional respectivamente – y al modelo axiológico de Constitución como norma –

preferencia de la dimensión moral sobre la dimensión jurídica – lo que impone adoptar un modelo de constitucionalismo que evite tal erosión”.

Negando de este modo que sus presupuestos generen la reconstrucción de los sistemas jurídicos ante los defectos sino todo lo contrario conllevan a la deconstrucción del Derecho en sentido general.

En todo caso, el constitucionalismo estrictamente positivista frente a esta situación sería la opción que desde sus implicancias – vinculación normativa de la Constitución en sentido mínimo – responde de mejor manera al garantizar la mínima certeza y seguridad jurídica de la Constitución a través de la relativa determinación de todas las normas, evitando de este modo una moral subjetiva y arbitraria nada acorde con la vinculación a la disposición normativa, dejando en claro que este no se presenta como sostiene el positivismo decimonónico.

Ahora bien, esta hipótesis se vuelve tesis según los breves argumentos racionales que daremos a continuación. Las tesis del constitucionalismo de los principios concentran serias dificultades o desventajas que se concentran en dos aspectos diferentes: el fortalecimiento del objetivismo moral desde distintas interpretaciones como el de la norma moral objetivamente verdadera y el de la norma moral objetivamente racional. Además de la preferencia de la dimensión moral respecto a la dimensión jurídica de la Constitución.

La primera dificultad o desventaja toma lugar cuando se comprueba la existencia de grandes posibilidades de que el objetivismo moral – existencia de normas verdaderas y de normas racionales – se puedan convertir en una moral subjetiva y arbitraria, orientándose así a un imperialismo moral y elitista.

Se llegará a un imperialismo moral, en tanto que, quienes interpreten las normas constitucionales, que en este modelo constitucional son los jueces constitucionales, serán quienes disponga la orientación del diseño que debe tener la sociedad según la placentera subjetividad moral o según ideología política que ostentan para regular las relaciones entre Estado y sociedad. Se alcanzará a un imperialismo elitista en la medida que los jueces constitucionales que acceden a las altas cortes constitucionales, su segundo hogar, son aquellos que pertenecen a un grupo de profesores “*supuestamente*” consagrados en la temática constitucional que son los únicos que pueden acceder a tal espacio y

que pueden descubrir esa única respuesta correcta a través del Derecho como integridad o construir la respuesta correcta o fundamentada a través de la argumentación jurídica y moral (que no garantiza absolutamente la racionalidad de las decisiones).

La segunda dificultad o desventaja se consagra cuando se defiende la preferencia de la dimensión moral por sobre la dimensión jurídica en el que las normas son vinculantes por su fuerza moral y no porque aparezca en la Constitución, lo que conlleva a la débil capacidad o desgaste de las normas o al debilitamiento del rol normativo de la Constitución.

Para sostener esta postura el constitucionalismo de los principios no ha tenido mejor idea que presentar al lado de sus propuestas un modelo de Constitución – de carácter fuertemente axiológico – cuyo elemento esencial es que este tipo de Constitución tiene una carga de valor intrínseco, esto quiere decir que, la Constitución es un valor en sí mismo que goza de una panoplia de postulados morales que se pone a contribución para resolver casos, pero la fuerza de la moral sostenida no viene porque se encuentre positivada en las normas sino por las mejores razones que puedan habitar en la moral externa, fuera de la Constitución.

Si se relacionan estas dos dificultades encontraremos lo que se ha denominado la erosión de la Constitución y como consecuencia de ella la deconstrucción del sistema jurídico, alentada por el discurso de la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios.

Se debe entender como “*erosión de la Constitución*” al desgaste que se produce en la superficie de las normas constitucionales positivadas por el frotamiento de ciertas dimensiones morales externas pero subjetivas y arbitrarias a la Constitución, es decir, por aquellos principios o normas morales que no han sido recogidos en la Constitución y que pretenden institucionalizarse o ser considerados parte del sistema jurídico.

Estas dimensiones conllevan a los que hemos denominado imperialismo moral y elitista. Se llegará a un imperialismo moral, en tanto que, quienes interpreten las normas constitucionales, que en este modelo constitucional son los jueces, serán quienes disponga la orientación del diseño que debe tener la

sociedad según la placentera subjetividad moral o según ideología política que ostentan para regular las relaciones entre Estado y sociedad.

Se alcanzará a un imperialismo elitista en la medida que los jueces constitucionales que acceden a las altas cortes constitucionales, su segundo hogar, son aquellos que pertenecen a un grupo de profesores “*supuestamente*” consagrados en la temática constitucional que son los únicos que pueden acceder a tal espacio.

Para explicar lo anteriormente comentado, se dice que, en este estado de cosas, existen grandes posibilidades de transformación y mutación de la norma moral objetivamente verdadera – principios de justicia y equidad o la injusticia extrema no es Derecho – y de la norma moral objetivamente racional -teoría del discurso práctico racional – darán lugar a un subjetivismo moral y arbitrario.

La erosión de la Constitución también se produce porque el constitucionalismo de los principios mantiene la preferencia de la dimensión moral de la Constitución por sobre la jurídica, es decir, defiende un modelo axiológico de Constitución como norma que permite evidenciar el debilitamiento del rol normativo de la Constitución, de modo que la jerarquía como fuente principal del Derecho en el sistema jurídico decae por cuestiones morales.

Siendo estos los conceptos construidos a modo de reflexión crítica sobre el constitucionalismo de los principios es adecuado adherirnos a una alternativa que realmente excluya estas anomalías, cierta dimensión moral subjetiva y arbitraria que supone un imperialismo moral y elitista, como también sostener contrario a la propuesta anterior la relevancia de la dimensión jurídica sobre la dimensión moral externa que conlleva a entender un modelo de Constitución de alcance positivista que al mismo tiempo garantice un mínimo de seguridad jurídica y certeza (relativa determinación de las disposiciones normativas).

¿Es el constitucionalismo estrictamente positivista que defiende Luis Prieto Sanchís la postura que da mejores argumentos sobre la teoría del Derecho y la filosofía jurídica? Sí, en esta propuesta es necesario hacer una diferencia respecto del positivismo jurídico-decimonónico, pues la crítica que le dedica el constitucionalismo de los principios es justamente a este último positivismo, diatribas con el que se puede estar de acuerdo pues es una posición que no puede dar cuenta del actual modelo del Estado Constitucional en la medida que sus argumentos son desfasados y anacrónicos.

En cambio, el constitucionalismo estrictamente positivista si puede dar cuenta del actual modelo en cuanto a que sus elementos han sido reformulados o refinados en función al contexto actual en el que se admite la dimensión material en las Constituciones contemporáneas.

Este enfoque defiende básicamente un positivismo metodológico, esto es, la separación entre el Derecho y la moral correcta o racional pero también la conexión necesaria entre el Derecho y la moral social; luego defiende una concepción positivista de la Constitución que exige que se respeten los contenidos morales positivizados en la norma fundamental – relativa determinación de las disposiciones normativas – poniendo así relevancia a la dimensión jurídica sobre la dimensión moral externa.

Al mismo tiempo sostiene el autor la separación relacional o de grado entre principios y reglas distinta a la sostenida en la estructural-lógica (diferencia estricta entre principios y reglas) sobre la base de esta postura se sostiene que la interpretación de las normas se orienta por la relativa determinación de las normas lo que implica que siempre la norma desprende un cierto grado de determinación y vínculo que representa justamente los límites a la interpretación y que a su vez sostiene la existencia de un mínimo de discrecionalidad pero siempre dentro del marco de referencia de la norma.

En este mismo sentido, se afirma que la argumentación – ponderación – puede ser desarrollada por los jueces ordinarios únicamente acudiendo a esa moral incontaminada a la que se remiten las constituciones materializadas y no a la moral externa del Derecho como sería el caso del constitucionalismo de los principios.

CAPÍTULO PRIMERO

BASES METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN

1. Delimitación del título de investigación

“La erosión de la Constitución en el constitucionalismo de los principios. Una revisión crítica a los presupuestos jurídico-filosóficos”

2. Planteamiento del problema de investigación

2.1 Descripción del problema

Los filósofos del Derecho que mantienen una vocación constitucionalista¹¹ sostienen una teoría del Derecho y una filosofía jurídica muy particular que pretende ser una versión teórica original. Según quienes la defienden le alcanza para dar cuenta del actual Estado Constitucional. No obstante, en los contenidos internos de la filosofía jurídica se evidencian serias anomalías en la estructuración de sus tesis – dificultades o desventajas –.

Los defensores de esta propuesta inclusive aceptan que sus postulados teóricos conllevan a un mundo controvertido y problemático, no obstante, agregan, que este es superable. Según sostienen sus partidarios esta concepción del Derecho se fundamenta sobre presupuestos que se acomodan de mejor manera a las exigencias del contexto de la filosófica-jurídica actual y moderna y a las necesidades de la dogmática constitucional, pues sus tesis coadyuvan en la justificación de la reconstrucción de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Esencialmente el discurso del constitucionalismo de los principios se centra en dos autores como son Robert Alexy y Ronald Dworkin, ambos sostienen propuestas que sugieren que para definir el Derecho se debe defender la tesis de la “conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada”, es decir, para conceptualizar el Derecho es necesario tener en cuenta la incorporación de dimensiones morales en su contenido.

¹¹ La expresión es de Luis Prieto Sanchís. Entre los que defienden esta postura se encuentra: DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, en M. Guastavino (traductor), Barcelona, Ariel, 1995, pp. 61-101. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, en Ernesto Garzón Valdés (traductor), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 35. Mientras que este autor representa al constitucionalista con vocación en la filosofía del Derecho. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, en Marina Gascón (traductora), Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 20.

El primero – Robert Alexy – concretiza sus tesis a través de la idea de pretensión de corrección del Derecho que coadyuva al juez a fundamentar sus decisiones sobre la respuesta correcta o fundamentada, es decir, la última norma moral que justifica y fundamenta la decisión para el autor no es más que la norma moral objetivamente racional que descansa en la teoría del discurso racional práctico. La concreción en el segundo – Ronald Dworkin – se da a través del Derecho como integridad que propende al juez hércules a encontrar la única respuesta correcta, es decir, a última norma moral que justifica o fundamenta la decisión en este caso será la norma moral objetivamente verdadera.

Si bien la estructura teórica se plantea desde diferentes ideas, la finalidad que propugnan ambas propuestas es la misma, reconstruir los sistemas jurídicos contemporáneos, porque este presenta o bien defectos jurídicos – problemas de indeterminación, antinomias o lagunas de segundo grado – o no hay normas para que se decida en el caso concreto.

La virtualidad de esta propuesta contemporánea se concreta en el momento de la interpretación del Derecho o en la lectura moral de la Constitución – Ronald Dworkin –¹² o en la argumentación jurídica y moral – Robert Alexy –¹³ en el que participa el juez que asume un punto de vista interno (sujeto) o del participante que se encuentra obligado moralmente por la norma.

El papel del juez constitucional en el Estado constitucional no es más que concretizar la “*supuesta*” función de reconstrucción del Derecho que ante la presencia de un caso dudoso o difícil (objeto) el juez hércules o el juez racional o del discurso es quien “*supuestamente*” prescinde de una percepción subjetiva y arbitraria o debe prescindir bajo el influjo de la objetividad racional o moral para solucionar el caso.

El discurso de Robert Alexy se funda en la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada. Esta idea llega a ser materializa a través de la tesis de la “*pretensión de corrección*” que actúa sobre el Derecho y cuyo desarrollo se justifica en el *argumento de la injusticia* – la fórmula de “*la injusticia extrema no es Derecho*” – y en el desarrollo del

¹² DWORKIN, Ronald, “The Moral Reading of the Constitution”, en *The New York Review of Books*, 1996, pp. 46-50.

¹³ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, en Manuel Atienza e Isabel Espejo (Traductores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997., pp. 213.

argumento de los principios – que se convierte en la ventana de entrada de la moral en el Derecho –. Es decir, la incorporación de las dimensiones morales en el Derecho condiciona el concepto de Derecho de carácter prescriptivo.

El argumento bajo el rótulo *la injusticia extrema no es Derecho* cobra dinamicidad ante la existencia de algún defecto que se produce en la disposición normativa (problema de indeterminación o laguna o antinomia de segundo grado), si esto es así, la pretensión de corrección comienza a tener actividad.

Luego lo más relevante se encuentra, según señalan algunos autores, en el argumento de los principios que no sería más que la “ventana, puerta o llave de entrada de la moral en el Derecho”, pero no como consecuencia de la tesis de la incorporación de la moral al Derecho (positivización de la dimensión material de manera abstracta) el cuál gozan actualmente todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos, sino de la tesis de la moral y sobre todo de la tesis de la corrección¹⁴ que es “*el resultado de la aplicación del argumento de la corrección dentro del marco argumentativo de los principios*”¹⁵, en el que se produce la concretización del contenido de alguna disposición normativa al caso concreto.

Esto da a entender que al Derecho le es inmanente una *pretensión de corrección*, que es, antes que nada, una pretensión de justicia, que se concretizará en la tesis del “discurso práctico racional” que se propende a que mediante la argumentación jurídica se puede alcanzar una respuesta moralmente correcta o fundamentada.

Esto quiere decir, que el juez racional quien desde el *punto de vista del participante* al momento de dar respuesta a un problema jurídico – caso dudoso o difícil – debe aplicar la teoría de la argumentación – la ponderación en los principios – entendida a esta como la tesis del caso especial – el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico – en el que se utilizan argumentos de “moral política”, es decir, una parte de los argumentos con que el juez justifica la decisión es esencialmente de carácter moral y otra parte es formal en tanto se sostenga la fórmula aritmética de la ponderación.

¹⁴ ALEXY, Robert, *El concepto y validez*, en Jorge M. Seña (Traductor), Segunda Edición, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 75

¹⁵ ALEXY, Robert, *El concepto y validez*, Ob. Cit., pp. 81.

En suma, la pretensión de corrección necesariamente vincula la decisión en el que hace incluir una pretensión de corrección moral¹⁶ – moral externa al Derecho – en otras palabras, la decisión se extiende a los principios subyacentes o implícitos¹⁷, a los que no están positivados en la norma constitucional y que deben ser reconstruidos en base a la argumentación. La existencia de la pretensión de corrección que incluye al argumento de la injusticia – la injusticia extrema no es Derecho – sostiene un objetivismo moral conectado con el Derecho y que para conseguir la *reconstrucción* de esa moral objetiva es necesario un procedimiento argumentativo – norma moral objetivamente racional – para así sostener la moral correcta o fundamentable. En suma, la tesis de la “pretensión de corrección” o de fundamentalidad, se satisface y se extiende a la *decisión correcta* en el sentido de una *moral fundamentable*, o sea, de una argumentación moral.

La descripción de esta tesis parece sostener que la argumentación jurídica – discurso racional – se convierte en el límite a la subjetividad interpretativa del juez, es decir, a la discrecionalidad en la que se encuentra el juez, que puede ser producto de la propia indeterminación – vaguedad o lagunas, antinomias o conflictos –. En este mismo campo radican los problemas de la argumentación que más adelante se explicará a mayor detalle.

Sobre la tesis de Ronald Dworkin se desprende del mismo modo una relación entre el Derecho y la moral correcta, en la medida que para conceptualizar el Derecho necesita que ciertas dimensiones morales deben ser integradas en el Derecho, por esta razón mantiene una postura sobre el concepto de Derecho de carácter prescriptivo.

Esta tesis toma concretización en los casos difíciles, de ahí que el *juez hércules* es quien debe *encontrar* “la única solución correcta”¹⁸. La respuesta llega a tomar virtualidad en el momento de que “el juez consulta el universo de la moralidad y de la filosofía política de la que forma parte el propio Derecho pleno y totalmente determinado, así, encuentra un criterio o principio moral que

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ibidem, pp. 75.

¹⁸ El sistema establecido idóneamente interpretado, provee, no solamente una respuesta, sino, con ciertas excepciones desdeñables, una única respuesta correcta derivada del sistema. La apariencia de fisuras subrayada por el positivista es superficial y engañosa y desaparece, cuando una adecuada teoría general de la interpretación es aplicada al Derecho.

ha de ser el que mejor explique o se adecue a la tradición del sistema constitucional y, al mismo tiempo, el más fuerte desde el punto de vista ético”¹⁹. Ahora bien, sobre esta base, el sistema jurídico se encuentra completo, claro y objetivo, en este sentido, es todo lo contrario a la propuesta de Robert Alexy quien, si acepta la indeterminación del Derecho, en este caso más bien encumbra el autor la presencia de vaguedad e indeterminación con la idea de que existe una coherencia de los principios que irradia en todo el sistema jurídico y que por lo tanto el sistema es pleno.

La comprensión del *Derecho como integridad* que es una teoría de la aplicación y adjudicación judicial, necesita del punto de vista interno (participante), es decir, de la presencia del “juez Hércules” quien irremediablemente conduce a la relación entre el Derecho y la moral correcta²⁰, en otras palabras, la integridad permite percibir la conexión necesaria²¹, en el que desde el *punto de vista interno* se debe solucionar las exigencias del Derecho – casos difíciles – que se extrae del material jurídico vigente que es representado como expresión de una concepción coherente de justicia y equidad (principios de coherencia horizontal).

Se plantea la obligación moral²² de encontrar la respuesta por parte del juez que tiene lugar en la etapa post-interpretativa²³ – visión holística o integradora respecto del fenómeno jurídico – que bajo una actitud interpretativa debe encontrar una mejor interpretación, para ello, se requiere salir del Derecho positivo y acudir a razonamientos morales²⁴. El juez Hércules quien asumiendo

¹⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, en *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 107.

²⁰ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 53.

²¹ DELGADO PINTO, José, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, en *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 11 año VII (2002), pp. 35.

²² “Una vez que (...) tratamos a los principios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Podríamos expresarlo diciendo que existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación son más fuertes que las razones o argumentos contrarios”. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 100.

²³ LIFANTE VIDAL, Isabel., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999., pp. 284-291. “Pero se debe tener en cuenta que para R. Dworkin, la dificultad o no de un caso, es consecuencia de la interpretación, en otros términos, la existencia de un caso difícil tendrá lugar una vez producida la interpretación”. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 54.

²⁴ LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Ob. Cit., pp. 291.

la tesis de la reconstrucción se encuentra obligado a descifrar “la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas”²⁵, es decir, “la teoría ética y política mejor fundada – el buen razonamiento moral –²⁶.

De manera más detallada sobre la relación entre el Derecho y la moral correcta interesa como objeto de estudio de la investigación que se aclarare algunos puntos teniendo en cuenta que la validez jurídica en esta teoría y el origen de los principios no depende de la autoridad competente – hechos fácticos – sino de la “*única respuesta correcta*” – norma moral objetivamente verdadera – y que esta se consigue justamente con una moral sustentada a su vez en una particular teoría ética.

Cabe precisar que en su obra “*El imperio de la justicia*” sostiene: “He insistido que en los casos más difíciles la razón y la imaginación deben buscar la respuesta correcta. Algunos críticos pensaron que me refería que (...) una respuesta podría resultar correcta para la satisfacción de todos; sin embargo, desde el principio insistí en que no era eso a lo que hacía referencia, el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta, es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta (...). Afirmando que la controversia es sobre la moralidad y no sobre la metafísica”²⁷.

Realmente el autor “reconoce abiertamente que la objetividad del razonamiento jurídico que nos propone y la tesis de la unidad de respuesta correcta reposan irremediabilmente en la objetividad de la moral”, añade, que este se consiste en la verdad objetiva pero que debe estar vinculado a “(...) abrazar un realismo moral que implica la existencia de una realidad objetiva, *ahí afuera*, en el universo, ontológicamente independiente de nuestro conocimiento”²⁸. Esto quiere decir que “Dworkin, el gran defensor de la tesis de la única respuesta correcta, parece haber encontrado últimamente en el realismo

²⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 128.

²⁶ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 23, 2011, pp. 80.

²⁷ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones interpretativas de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 12.

²⁸ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 73. PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral, Ob. Cit., pp. 114.

moral²⁹ la vía más directa para alcanzarla³⁰. Construcción que tiene como finalidad pretender conseguir el objetivismo moral independientemente de la subjetividad arbitraria del juez o en todo caso maquillar el subjetivismo por un objetivismo moral.

Descendiendo a la práctica se dice que la determinación del contenido del Derecho o si se quiere ser más específico el alcance de algún “concepto moral determinado en la Constitución”³¹ (expresiones como dignidad, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso o la disposición que proscribiera a nadie será sometido a torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) dependerá de valoraciones morales sujetas a principios de justicia y equidad³², es decir, en el caso de R. Dworkin la relación entre Derecho y moral correcta, que no sólo se plantea desde el enfoque de una “concepción de justicia que considere mejor fundada”, sino de la única respuesta correcta que se alcanza según algunos principios que conforman una concepción que se adecue o ajuste al esquema de principios de justicia y equidad que subyace a las normas vigentes (no de la justicia ideal, de la moral crítica sino de la moral institucionalizada, o sea de la justicia incorporada a la práctica)³³.

En suma, los principios de justicia y equidad – principio de coherencia horizontal – se encuentran en condiciones de proporcionar la mejor respuesta correcta y que depende del juez encontrarla. Es en este punto en el que surgen los problemas a las tesis principales que veremos a continuación.

Los planteamientos tanto de la tesis de la “*norma moral objetivamente racional*” que sostiene la argumentación jurídica como medio para alcanzar respuestas correctas o fundamentadas – R. Alexy – o que según la “*norma moral*

²⁹ “La objetividad metafísica no debe confundirse con el realismo: este último implica la existencia de una realidad objetiva ontológicamente independiente de nuestro conocimiento, pero el objetivismo metafísico no pretende tanto”. BULYGIN, Eugenio, “El problema de la objetividad en la moral y en el Derecho”, en *Anuario de filosofía jurídica y moral*, N° 24, 2006, pp. 52.

³⁰ PRIETO SANCHIS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 234.

³¹ Aquí plantea Dworkin una diferencia sustancial entre concepto y concepción: “Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto. Cuando apelo a equidad planteo un problema moral, cuando formulo mi concepción de equidad, intento resolverlo”. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 215.

³² DWORKIN, Ronald, “The Moral Reading of the Constitution”, Ob. Cit. pp. 46-50.

³³ DELGADO PINTO, José, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, Ob. Cit., pp. 36.

objetivamente verdadera” que se plantea como un respaldo para encontrar la “única respuesta correcta”, deben ser objetos de evaluación pues la defensa de esta postura estaría mutando o flirteando con *la decisión moral arbitraria y con el subjetivismo moral*, es decir, ese objetivismo racional que es defendido por – Alexy – o ese objetivismo moral – Dworkin – se estaría convirtiendo en un subjetivismo moral y nada más que arbitrario³⁴ en el marco de las decisiones judiciales, lo que estaría gestándose con la defensa de estas posturas no es más que un estamento del imperialismo moral³⁵ y elitista.

En otras palabras lo que se quiere decir es que los planteamientos que pretenden concretizar el concepto de Derecho prescriptivo en algunas construcciones como el Derecho como integridad o la teoría del discurso práctico racional que sostienen los dos autores que conllevan a alegar casi “cualquier fundamento y exhibir cualquier contenido de moralidad”³⁶, de manera que, las decisiones de los jueces estarán siendo determinados por valoraciones de justicia de lo que el juez considere que es bueno o que es malo, o en base a presupuestos ideológico-políticos e inclusive psicológicos.

La defensa de los postulados que realiza el constitucionalismo de los principios a nivel de la filosofía-jurídica frente a un *caso difícil* es bastante peligrosa y riesgosa pues las construcciones están proporcionando elementos que conlleven a serios problemas en el modelo u orden constitucional y en el sistema jurídico, pues lo decidido al final de todo terminará irradiando en todo el Derecho (autoridades y ciudadanos), estructurando así, las relaciones entre Estado y sociedad sobre un soporte nada adecuado en sentido estricto y sobre la base de un tufillo de moral subjetiva y arbitraria.

Estos presupuestos jurídicos del constitucionalismo de los principios que generan ciertas dimensiones problemáticas, es producto de la “conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada”, que está relacionada con la idea de que la validez de las normas jurídicas en los sistemas jurídicos constitucionales ahora depende de la “moralidad objetiva, o bien de la

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 28.

³⁵ BARBERIS, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo moral”, en Miguel Carbonell (Editor), Neoconstitucionalismo (s), en S. Sartre (traductor), Editorial Trotta, Madrid, pp. 269.

³⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., 1999, pp. 76.

interpretación moral de la constitución o de la argumentación moral de la constitución”. Esto no es sólo peligroso y riesgoso como señalamos antes, sino es abominable y perverso que se pretenda enmascarar y ocultar bajo ciertos presupuestos teóricos la intención subjetiva del juez.

Una vez identificada con claridad las dimensiones problemáticas, sin ánimo de ser exhaustivo se mencionarán algunas que se discuten en la literatura jurídica y que serán ahondados en el desarrollo del presente trabajo de investigación. Dificultades y desventajas que pretende sostener *la erosión de la Constitución* y como consecuencia la *deconstrucción del sistema jurídico*.

En este sentido, disentimos de lo mencionado por esta postura, quienes sostienen que las dificultades y desventajas que puedan ocasionar como resultado de la aplicación de sus tesis son superables³⁷. Ahora bien, siendo más específicos, estas *desventajas y dificultades* que no son superables se han concentrado básicamente en “el fortalecimiento del objetivismo moral o del objetivismo moral racional” que conlleva a la moral subjetiva y arbitraria del juez y como consecuencia a un imperialismo moral y elitista³⁸ por parte de quienes interpretan las normas³⁹.

Asimismo, también la desventaja se concentrada en “la preferencia de la dimensión moral respecto a la dimensión jurídica de la Constitución” en el que “las normas no son vinculantes porque aparezcan en la Constitución sino por su fuerza moral”⁴⁰ lo que sugiere proponer la imposición de la “débil capacidad de vinculación de las normas”⁴¹ en sentido específico y en sentido general “el debilitamiento del rol normativo de las constituciones”⁴² todo ello bajo la

³⁷ En un principio el constitucionalismo de los principios destacó que las dificultades y desventajas problemáticas que puedan presentarse eran fácilmente superables, no obstante, esta premisa es descartable.

³⁸ “Este enfoque al parecer es bastante elitista, pues supone que hay unos sujetos habilitados y unos procedimientos cognoscitivos especiales aptos para acceder a dicha esencia, algo así como nuevos sacerdotes laicos con un lenguaje propio mientras que otros están equivocados no tienen las condiciones o sufren en todo caso de deficiencias o trastornos cognitivos que les impide ver la única respuesta correcta”. PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, Ob. Cit., pp. 136.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 34, 2011, pp. 28.

⁴⁰ ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, en *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del Derecho*, Nº 31, 2009, pp. 210.

⁴¹ LUZZATTI, C., *Principi e principi: la generacità nel diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2012, pp. 18.

⁴² FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 28.

estructura de una concepción de Constitución entendida como el modelo axiológico fuerte de la Constitución como norma.

En este orden de ideas, si se plantea a modo de ejemplo y de manera abstracta en los casos difíciles-prácticos encontrará que estos generalmente son de una tendencia en el que se identifican conceptos morales y no concretizados por ejemplo cuando suscitan conflictos entre derechos fundamentales o restricción de derechos por la autoridad o por un privado en el que se puede afirmar que es muy complejo poder encontrar consenso sobre la pretensión de corrección o la única respuesta correcta en los términos planteados por los autores sobre todo porque quien decidirá es el juez o un grupo de jueces constitucionales cuya supuesta decisión da lugar a estar fraguada por una *moralmente arbitraria y subjetiva*.

Escribía un autor que “el desacuerdo es evidente en diferentes niveles. En primer lugar, no hay acuerdo acerca de lo que significa decir que algo es un derecho (...). En segundo lugar, y ahora más sustancialmente, la gente sigue discrepando radicalmente sobre qué derechos tenemos y cuál es su fundamento (...). En tercer lugar, incluso si hubiera un consenso por superposición sobre un conjunto de derechos básicos o libertades civiles (...) existe un feroz desacuerdo acerca de lo que implica dicho consenso por lo que respecta a su aplicación concreta y detallada”⁴³. En este sentido, aún se utilice la interpretación moral o la argumentación moral en sentido general o la ponderación en sentido particular no puede llevar a la racionalidad de la decisión, es decir, no puede garantizar mediante el objetivismo moral o racional la respuesta eminentemente correcta.

Si uno descende a la casuística constitucional podrá constatar una serie de *casos difíciles* que han sido orientados bajo los presupuestos teóricos como jurídico-filosóficos del constitucionalismo de los principios en el que se observan serios problemas aludidos con anterioridad. En adelante se hará referencia a algunos casos que sirven para justificar el planteamiento descriptivo del problema.

El primer caso es el sostenido por el Tribunal Constitucional peruano en el EXP. N° 2005-2009-PA/TC. En síntesis, la pretensión de los demandantes *tiene por objeto* que el Estado *se abstenga de iniciar el programa de distribución*

⁴³ WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 19-20.

de la píldora del día siguiente en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretende su entrega gratuita, en la medida que el contenido resulta ser abortivo y por tanto contrario al derecho a la vida del concebido.

Sobre este caso el Tribunal ha resuelto: declarar fundada la demanda, ordenando al Ministerio de la salud se *abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita* y ordenando que los laboratorios que producen comercialicen y distribuyan la denominada píldora del día siguiente incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto *podría inhibir* la implantación del óvulo fecundado.

Dado que es un caso difícil surgen *dudas o problemas interpretativos* respecto a la *premisa normativa* (norma aplicable). Según se observa de la sentencia en el fundamento 20: “(...) del conjunto de normas anotadas (...) que en nuestro ordenamiento hacen referencia a la vida y a su protección jurídica desde la concepción, se aprecia que ninguna de ellas explica o define en que momento del proceso vital se produce la concepción”, es decir, de la norma constitucional y de la ley (bloque constitucional) no se infiere que el ordenamiento haya definido en sí mismo el instante preciso en que acontece la concepción.

En este sentido, existe un problema de *vaguedad normativa*, o sea, de indeterminación normativa que a su vez lleva consigo la discrecionalidad judicial sobre la expresión “concepción” que como veremos en adelante el tribunal hace uso del razonamiento justificativo o práctico (argumentación jurídica) para resolver el problema controvertido, es decir, usará esta tesis para reconstruir la premisa normativa.

En la controversia también se observa que esta expresión está relacionada con la vida como derecho fundamental de modo que en el fundamento 7 señala que “nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, y se acusa a la denominada píldora del día siguiente de afectar justamente al concebido”, este derecho entra en controversia con el derecho a recibir información y el derecho a la autodeterminación reproductiva.

Para reconstruir la premisa normativa el intérprete constitucional en primer lugar requiere del auxilio de la *ciencia o disciplina* que le proporciona el caso. Sostienen en este sentido en el fundamento 24 que, “corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas

del *íter* vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presente”. Sobre el particular se señala que a nivel de la ciencia médica se sostienen una serie de teorías sobre el inicio de la concepción como la fecundación o la anidación, por ello, añade en el mismo fundamento que “como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido”. Asimismo, complementa que se debe recurrir a la teoría de la interpretación que “para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el *pro homine* y el *favor libertatis*” (fundamento 24). Agregando en el fundamento 32 que “justamente porque se presenta en la circunstancia de analizar un caso donde se encuentran en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que podría encontrarse el ser humano: cuando inicia su proceso vital, el primer paso en el desarrollo de su vida que acabará con la muerte”.

Además, los redactores de la sentencia llegan a la conclusión que ante esta situación de incertidumbre la reconstrucción de la premisa normativa aparte de los principios de interpretación de los derechos fundamentales señalados con anterioridad para interpretar el derecho a la vida es necesario, “para el presente caso, resulta necesario acudir a *los criterios o principios de interpretación constitucional (interpretación institucional)*, a tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de *unidad de la Constitución, eficacia integradora y concordancia práctica*” (fundamento 26-27). Estos principios de interpretación dan lugar a que el colegiado pueda “identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta fundamental que la erige como la letra viva que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad y que son el fundamento para reconocer las dificultades y contingencias como para observar las eventuales soluciones a futuro” (fundamento 29). Se hace referencia así a la dignidad como presupuesto ontológico, de ahí que éste se ubica en el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales.

Sin dejar de lado esta idea de los principios que han servido como pauta interpretativa respecto al derecho a la vida; sostiene en el fundamento 47 que “para la adopción de una posición respecto a la denominada píldora del día siguiente y a su acusada afectación al concebido con el denominado tercer

efecto, esto es, que producirá cambios en el endometrio y no permitirá la anidación, será necesario utilizar el denominado por la doctrina y la legislación *principio precautorio*".

En el análisis concreto para *la dilucidación* del caso en el que se utilizan los principios interpretativos que coadyuvan en la argumentación, este tribunal señala en el fundamento 35 que "si bien no corresponde zanjar las dudas de la ciencia o definir de esta perspectiva cuándo es que la vida comienza, pues la *autorictas* de este colegiado no es científica, si le corresponde administrar sobre la duda que genera la inexistencia de consenso y certeza sobre los efectos de la píldora", para ello, agrega que "se debe *adoptar una posición* evidentemente sobre fundamentos que *resulten razonables y justos* y sin olvidar que lo que se está interpretando es *la norma constitucional*, es decir, lo que se hará es *transformar en derecho escrito los supremos valores de nuestro orden constitucional*" (fundamento 36) a través de la interpretación y la argumentación.

En suma, el tribunal dilucida la controversia sosteniendo que, "por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación (...) proceso que se realiza antes de la implantación; y, por otro lado, que *existen dudas razonables* respecto a la forma y entidad en que *la* denominada píldora del día siguiente afecta al endometrio y por ende al proceso de implantación se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada píldora del día siguiente, debe ser declarado fundado" (fundamento 53).

Ahora bien, consecutivamente sin formar parte del petitorio de la demanda el tribunal se pronuncia en el fundamento 55 que "se ha fundamentado la inconstitucionalidad de la distribución gratuita como método anticonceptivo (...) Sin embargo, este colegiado estima necesario plantear algunas valoraciones sobre la venta y expendio del producto en farmacias privadas y establecimientos comerciales (...) porque los posibles efectos derivados de la libre comercialización desinformada de la AOE representan una amenaza concreta respecto de la cual no es posible permanecer indiferentes".

En este sentido, "corresponde pues establecer los límites fundamentados en la relevante posición que ocupa, lo que supone que no se puede permitir el

acceso al mercado de productos cuyos efectos no se encuentran debidamente establecidos, por los riesgos inminentes que representan no sólo para la vida del concebido, sino incluso por los efectos secundarios que pueden presentarse en la propia mujer que las ingiere” (fundamento 60).

En consecuencia, “todo ello exige que el consumidor disponga de información suficiente sobre la seguridad y efectividad del producto. Son las autoridades competentes las que deben cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales y dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen los exámenes y autoricen el fármaco sin grado de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino (...)” (fundamento 62).

Lo anteriormente descrito a nivel de la construcción de la premisa normativa para poder decidir sobre el caso se puede calificar como una decisión “*moralmente arbitraria y subjetiva*”, en lo que corresponde a la premisa normativa (justificación material) como en la decisión (conclusión), bajo las siguientes ideas, algunas inclusive tomadas de votos discordantes.

En primer lugar, porque según lo sostenido en el fundamento 36 y 37 del voto discordante del juez César Landa Arroyo y Calle Hayen “(...) de acuerdo con la actual ciencia las pastillas del día siguiente no solo no son abortivos pues no produce el desprendimiento del embrión anidado, sino que además no afecta al embrión pues los efectos comprobados teniendo en cuenta la dosis apropiada y frecuencia de su uso solo tiene efectos antiovulatorios y antifecundatorios”, de manera que, no ha sido justificada materialmente el soporte de la premisa normativa.

En segundo lugar, respecto al derecho de información de los consumidores y de la mujer a decidir el número de sus hijos, se señala en el fundamento 46 del voto discordante que “la información sobre los métodos anticonceptivos y su implicancia en la salud sexual y reproductiva tiene especial relevancia para la dilucidación del presente caso pues resulta medular en la eficacia del derecho a una persona, a decidir cuándo, con quién, cómo y cuántos hijos va a tener; este derecho es central (...) responsabilidad que reposa en una obligación del Estado en brindar de toda la información posible respecto de los métodos anticonceptivos (...)”.

En tercer lugar, en relación con el principio precautorio se sostiene en el fundamento 49 del voto discordante que este criterio “debe fundarse no sólo en una duda razonable sobre la supuesta violación de derechos constitucionales protegidos; sino que requiere de un test mínimo de razonabilidad o proporcionalidad sobre la restricción de la provisión gratuita de la píldora del día siguiente”. De la sentencia, se advierte que este acto no se realizó, más allá de que justamente este test conlleva desde nuestra perspectiva a una posibilidad de moral subjetiva y arbitraria cuando se utilizan argumentos morales externos al Derecho, el no hacerlo implica ausencia de una mayor irracionalidad.

En cuarto lugar, el tribunal “al haber optado por acoger la demanda a entrado en incoherencia y una serie de contradicciones, pues en un momento se argumenta que la pastilla del día siguiente es abortiva y que por lo tanto debería restringirse la provisión gratuita para luego sostener entre el fundamento 55 al 62 de la sentencia que la venta y uso de las pastillas del día siguiente es posible, si el Ministerio de Salud considera que esta no daña la salud de las mujeres ni se encuentran prohibidos. Esto da lugar a que quien goza de recursos económicos y cuenta con la autorización médica no tendrá impedimento para su adquisición en las farmacias”.

Estas reflexiones dan lugar a observar que tanto la justificación de la premisa normativa es un imposible y da lugar a fundamentos irracionales y políticos, subjetivos y arbitrarios. Sostener una decisión respecto de la prohibición de expedición gratuita de la píldora del día siguiente como política de Estado y al mismo tiempo permitir la venta de este producto a fin de que quien tenga posibilidad de adquirirlo lo compre no produce más que una decisión moralmente arbitraria y subjetiva que linda con las preferencias políticas e ideológicas, comprobándose así lo que se mantiene en la descripción del presente trabajo de investigación.

Un segundo caso es el EXP. N° 579-2008-PA/TC en este asunto se ventila un recurso extraordinario interpuesto por un demandante contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema que declara infundada la demanda de amparo interpuesta por el demandado. El demandante señala que en este caso la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva porque se viene prorrogando sucesivamente el cumplimiento de una sentencia judicial firme

a través de una ley, que había suspendido la ejecución forzada contra una empresa azucarera en la que el Estado era accionista.

El Tribunal Constitucional analizado ha decidido declarar infundada la demanda de amparo interpuesta por el recurrente en mérito al uso del test de proporcionalidad ante un conflicto de principios.

El cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia referida se suspendió por encontrarse la demandada (empresa) en el Régimen de Protección Patrimonial en función a la Ley 28027 y el Decreto Supremo N° 138-2005-EF que de manera específica señala que se suspende la ejecución de medidas cautelares y similares por tipo de obligaciones tributarias o no de empresas agrarias azucareras. Esto con la finalidad de promover el desarrollo de la industria azucarera nacional independiente de la organización empresarial y composición accionaria promoviendo la inversión en esta actividad, a fin de que genere empleo, disminuya la pobreza, participe en el desarrollo regional, etc. La prórroga de la suspensión se hizo en varias oportunidades, el último hasta 31 de diciembre del 2011.

En este punto se evidencia un conflicto entre dos principios el derecho a la tutela judicial efectiva y los objetivos constitucionales de la ley, este es el bien colectivo como el desarrollo de la industria, la promoción del empleo, la reducción de la pobreza, generación de tributos y seguridad alimentaria y promoción de la inversión.

El Tribunal constitucional peruano para analizar este punto señala que se debe utilizar el test de proporcionalidad cuyo resultado según el fundamento 34 de la sentencia es: “(...) es posible establecer de manera racional que una medida de restricción de baja o leve intensidad logra niveles de satisfacción altos o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley) ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima desde la perspectiva constitucional.

Haciendo el test de proporcionalidad en relación al sub-principio de idoneidad se señala que: “la suspensión temporal de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales y similares sobre los activos de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria *constituye*, en efecto, una medida para la reactivación económica de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación

accionaria, las mismas que como ya señaláramos atraviesan por una crisis económica, pues, tal medida evita que los acreedores de las mismas se hagan cobro de sus acreencias con los escasos recursos con que cuentan las referidas empresas, dejando en grave riesgo a los trabajadores respecto de su puesto de trabajo y la propia población del lugar, pues es claro que dichas poblaciones dependen en esencia de la actividad agroindustrial y de los comercios y actividades colaterales que se desarrollan en torno a ella”.

Sin embargo, según señala el voto discordante del magistrado César Landa Arroyo en el fundamento 8 refiere en relación al sub-principio de idoneidad que, “considero que ello no es así. Pudiendo hacerse in extenso un análisis de la forma como se ha aplicado en la ponencia el test de proporcionalidad basta sólo afirmar que la Ley en cuestión ni siquiera supera el subprincipio de idoneidad: es evidente que *no existe, a nuestro juicio, una relación clara y directa entre el posponer la ejecución de una resolución judicial firme con el “fin constitucional”, según la ponencia, de reactivación de las empresas azucareras en la cual el Estado es accionista. La supuesta idoneidad se ve seriamente cuestionada, recogiendo los argumentos de la propia ponencia, al advertir que durante aproximadamente seis años la intervención del legislador no ha permitido la consecución del fin constitucional antes señalado”.*

En el siguiente fundamento 9 el mismo magistrado señala, “la propia ponencia reconoce la falta de idoneidad de la medida. Así, en el punto 2 del fallo se exhorta al Congreso de la República para que “establezca los mecanismos y medidas necesarias para el cumplimiento de lo establecido en el fundamento 29”. En este fundamento se afirma que “(...) al cumplirse el plazo ya improrrogable de suspensión del cobro de acreencias de las referidas empresas, sin que éstas se hayan reflatado y estén en condiciones de afrontar sus deudas, el legislador pueda intervenir, esta vez, para garantizar un adecuado orden en el pago de dichos créditos (...)”. ¿Si se estima que la medida cumple con el subprincipio de idoneidad, para qué se exhorta al Legislativo a intervenir? ¿Acaso dicha exhortación supone un reconocimiento explícito de que la medida adoptada no resulta idónea para el fin constitucionalmente legítimo?”.

Pasando al siguiente elemento que es el de necesidad sostiene este colegiado que “la suspensión de la acreencia judicialmente al recurrente es el medio más idóneo y menos lesivo para la realización del bien”. Como es evidente

en este caso lo que plantea el tribunal es que no existe otra medida menos gravosa que la suspensión de la acreencia judicial. Esta afirmación al parecer es una razón nada no justificada pues la suspensión de la acreencia judicial es continua y en un tiempo prologado. Se ha podido observar este detalle para encontrar una medida menos gravosa y que parece en relación con lo comentado existe.

En el tercer elemento la Alta Corte analiza la ponderación refiere que “cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley a favor de la industria azucarera”, llevando a cabo el análisis de las intensidades – leve, moderada y fuerte – según las variables mencionadas, en este espacio sostiene que “la afectación del derecho a la tutela procesal efectiva es leve mientras que la satisfacción del cumplimiento de los objetivos constitucionales tienen una intensidad elevada. Cabe señalar que esta comparación es debatible pues como se mencionó anteriormente la suspensión se ha venido prorrogando continuamente lo que más haría pensar que la tutela procesal efectiva mantiene una intensidad fuerte en comparación a los objetivos constitucionales.

En suma, el uso realizado por el colegiado de la ponderación representa una moral subjetiva y arbitraria por parte de los cuatro magistrados firmantes que declararon infundada la demanda. Tanto en el examen de idoneidad, como el de necesidad y la ponderación flirtea con una voluntad política e ideológica, por esta razón es que la hipótesis del presente caso cobra vigencia ante las evidencias.

En el tercer caso, el EXP. N° 04617-2012-PA/TC es una sentencia proferida por el Tribunal Constitucional peruano. Se analiza la demanda de amparo interpuesta contra Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) en el que se solicita que se declare inexigible la deuda tributaria. Llegando al Tribunal a través del Recurso de agravio constitucional cuyo petitorio es que la realización de la “evaluación de la convencionalidad o no de la actuación de la administración tributaria encaminada a hacer efectiva la deuda tributaria acumulada por el órgano de auxilio judicial”. El fallo de la referida sentencia es que se declare fundada y, en consecuencia, inexigible a la actora tributaria generada entre el 24 de febrero de 2003 y el 08 de junio de 2009.

En el fundamento 15 de la sentencia se señala que, “un embargo en forma de administración de bienes supone asumir la representación y gestión de una empresa por el Órgano de Auxilio, es decir, por el Administrador, quién es designado por el Juez y es a quién representa”. En el fundamento 16 se sostiene que dentro de las obligaciones del administrador se encuentra la de pagar los tributos. En el fundamento 20 se concretiza la evaluación en el que se afirma “que siguiendo lo expresado por la Corte IDH, en el presente caso, se advierte que la demandante (Panamericana Televisión SA) tiene una deuda de carácter tributario exorbitante. Al respecto, no puede soslayarse que si la deuda se ha incrementado exponencialmente ello obedece a que, dolosamente, la gestión anterior dejó de honrarlas. No debemos olvidar que la gestión anterior estaba en manos de Genaro Delgado Parker que fue el administrador judicial designado por el Estado peruano, a través de su Poder Judicial, es decir, Genaro Delgado Parker fue designado por un juez de la república, a quién representaba, para administrar diligentemente Panamericana Televisión SA, lo que no ha ocurrido. Entonces, el propio Estado también es responsable de dicho incremento, no sólo porque ha sido la propia desidia de la Administración Tributaria la que ha permitido que la deuda se haya incrementado; pues, pese a tener las herramientas necesarias para cobrar tales tributos, no las utilizó en su momento. Si la actora se ha visto inmersa en tal nivel de endeudamiento con el fisco, es precisamente por la actuación del propio Estado. De ahí que, pretender cobrar la totalidad de la deuda de la actual gestión sin considerar tal situación resulta arbitrario”.

En el apartado 22 se deja sentado que, “por ello, sorprende la pasividad de la SUNAT en fiscalizar y ejecutar dicha deuda a Panamericana Televisión cuando estuvo administrada por Genaro Delgado Parker. Por más discrecionales que sean sus facultades, éstas no pueden amparar el tratamiento exageradamente permisivo con que ha sido tratada la empresa mientras estuvo gestionada por la administración anterior”. Y, por último, en el fundamento 23 se plantea que, “aunque los tributos no pueden ser entendidos como sanciones, en las actuales circunstancias, imputar íntegramente la deuda tributaria dejada de pagar al grupo económico perjudicado con dicha suerte de expropiación judicial es, en nueva cuenta, una medida carente de racionalidad y, en la práctica, una

sanción anómala que termina por vulnerar el derecho de propiedad de la recurrente y que este colegiado se encuentra en la obligación de proteger”.

Esta argumentación que se utilizó para declarar fundada la demanda y en consecuencia inexigible la deuda tributaria adolece de justificación material en la premisa normativa y es que es una decisión que tiene ausencia de fundamento, pues no se puede sostener que la deuda tributaria es una sanción anómala. Si fuera así como sostiene el tribunal se estaría dejando abierta una nueva forma de eludir obligaciones tributarias y esto no es adecuado a los principios y valores sostenidos en la Constitución, sobre todo desde la perspectiva de la recaudación tributaria que tiene el Estado. Por estas razones, esta sentencia es consecuentemente una arbitraria y subjetiva.

El cuarto caso es una de naturaleza internacional resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El caso Gelman vs. Uruguay del 24 de febrero de 2011. En síntesis, la Corte IDH condenó a Uruguay por la desaparición forzada de María Claudia García de Gelman durante la dictadura militar. Sostiene en el fallo que Uruguay debía remover todo obstáculo que permitiera la impunidad de los responsables del hecho. Consideró que la ley de caducidad de Pretensión Punitiva del Estado, que impedía que fueran llevados a juicios quienes habían cometido graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar, resultaba carentes de efectos jurídicos, dada la incompatibilidad con la Convención Americana de Derecho Humanos (CADH) y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. Al mismo tiempo sostenía que no es obstáculo para observar la ley, el que esta haya sido aprobada democráticamente, y luego respaldada popularmente a través de consultas directas con la ciudadanía.

En relación con la premisa fáctica, la Corte IDH en el apartado 238 sostiene que el “hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél”, es decir, en términos concretos al parecer la Corte IDH hizo la analogía sobre los hechos y generalizó que “las

leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José (de Costa Rica)”.

Esta afirmación no es adecuada y es difícil de aceptar porque no está justificada materialmente, “en el caso Latinoamericano porque las amnistías que fueron apareciendo en la región respondieron a motivaciones diversas, y adquirieron formas y contenidos diferentes, de ahí que considerar a todas las amnistías carentes de validez jurídica frente a graves violaciones de Derechos Humanos a pesar de sus diferencias puede resultar en principio, poco útil e injusta”⁴⁴. Sobre todo, porque la amnistía en el caso Helman está sustentada en una legitimidad democrática en un grado significativo, es decir, la legitimidad de la norma en cuestión resulto reforzada por la presencia de consultas populares, distinta a otras amnistías que no tuvieron esta connotación. Existe un problema serio de justificación de la premisa cuando se toma como idéntica normas ilegítimas de un modo extremo y normas democráticamente legítimas en un grado significativo⁴⁵.

Ahora bien la Corte IDH identifica la premisa normativa para sostener su argumento en el artículo 1.1 de la CADH, tal artículo refiere que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza (...)”, no obstante, haciendo una *interpretación* de la disposición normativa a fin de darle contenido más detallado en relación con el caso sostiene que esta obliga a los Estados a “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procura, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

De esta cuestión se observa que de los elementos literales de la disposición de la norma no se desprende necesariamente lo sostenido en los detalles en el que incurre la Corte IDH. Interpretación cuanto menos bastante polémica pues si se va a realizar una interpretación de esta naturaleza para un

⁴⁴ GARGARELLA, Roberto, “La democracia frente a los crimines masivos: una reflexión a la luz del caso Helman”, en *Revista Latinoamericana de Derecho internacional*, 2015, pp. 4.

⁴⁵ GARGARELLA, Roberto, “La democracia frente a los crimines masivos: una reflexión a la luz del caso Helman”, Ob. Cit., pp. 5.

caso concreto se debe justificar materialmente la premisa normativa, al parecer no se hizo pues no evaluó adecuadamente la legitimidad democrática del congreso y la ciudadanía uruguaya⁴⁶.

En conclusión, tanto la decisión final de la Corte IDH como la justificación de la premisa fáctica como la normativa no respondieron adecuadamente a la racionalidad que supuestamente sostiene y defiende el constitucionalismo de los principios. En razón a ello la modalidad a utilizar por esta postura no es más que moralmente subjetiva y arbitraria.

La relación de estos casos es suficiente para evidenciar la problemática que existe a nivel jurídico, no obstante, es preciso sostener que la lista de decisiones de esta naturaleza es mucho más amplia que incluye sentencias de otros tribunales como el Supremo Tribunal Federal de Brasil, la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Tribunal Constitucional Español e inclusive el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

2.2 Formulación del problema

La pregunta que surge como consecuencia de la descripción del problema es de actualidad, relevancia y guarda un debate teórico para la filosofía del Derecho constitucional es:

¿Son los presupuestos jurídicos del constitucionalismo de los principios, sostenidos por Ronald Dworkin como por Robert Alexy, los que conducen al problema general de la erosión de la Constitución?

3. Hipótesis de investigación

Consistente en:

“La erosión de la Constitución se produce sobre la base de los presupuestos del constitucionalismo de los principios que comprende al Derecho como integridad – coherencia de los principios de justicia y equidad que se

⁴⁶ Ibidem, pp. 8.

sostiene en el objetivismo moral –, a la pretensión de corrección – la injusticia extrema no es Derecho y el discurso racional práctico que se sostienen en el objetivismo moral y en el objetivismo moral racional respectivamente – y al modelo axiológico de Constitución como norma – preferencia de la dimensión moral sobre la dimensión jurídica – lo que impone adoptar un modelo de constitucionalismo que evite tal erosión”.

4. Variables de la investigación

Variables cualitativas nominales	categorías
La erosión de la Constitución (dependiente)	<ul style="list-style-type: none"> • Presencia de la moral subjetiva y arbitraria • Presencia del estamento del imperialismo moral y elitista • Desgaste de las normas constitucionales
El constitucionalismo de los principios (independiente)	<ul style="list-style-type: none"> • El derecho como integridad (coherencia de principios de justicia y equidad) • La pretensión de corrección (injusticia extrema no es Derecho) • La pretensión de corrección (discurso racional práctico) • El modelo axiológico de la Constitución (la preferencia de la dimensión moral de la Constitución sobre la dimensión jurídica)

4.1 Variable dependiente

Se enfoca como una variable cualitativa nominal en la medida que las categorías no implican orden entre ellas, esta es:

(1) La erosión de la Constitución

Conceptualmente se construye a partir del desgaste de las normas constitucionales, presencia de la moral subjetiva y arbitraria y del estamento del imperialismo moral y elitista.

Esta variable implica tres categorías en función a su operacionalización:

(a) Desgaste de las normas constitucionales

Implica el debilitamiento de las normas de la Constitución el cual se produce en su estructura producto de la inclusión de ciertas dimensiones morales externas que contienen posturas éticas y políticas ajenas a su consagración constitucional.

(b) Presencia de la moral subjetiva y arbitraria

Básicamente implica la mutación o transformación de los presupuestos del constitucionalismo de los principios, como el objetivismo moral y el objetivismo moral racional que sostienen al Derecho como integridad y a la pretensión de corrección. Este cambio suscita porque se comprueba que no existe método interpretativo ni argumentativo que evite la posibilidad a que estas dimensiones del objetivismo moral y racional puedan presentarse como subjetivismo moral.

(c) Presencia del estamento del imperialismo moral y elitista

Implica que una vez que se concrete el subjetivismo moral y arbitrario da lugar a que se conviertan las decisiones judiciales en un estamento propio de

pocos consagrados que puedan tener acceso a tales decisiones morales que se fraguan sus contenidos desde una propia y particular visión de ideología política y ética; perspectiva moral que estaría conminando las relaciones jurídicas, morales y políticas entre autoridades y ciudadano.

4.2 Variable independiente

Se enfoca como una variable cualitativa nominal en la medida que las categorías no implican orden entre ella, esta es:

(1) “los presupuestos jurídicos del constitucionalismo de los principios”

Esta variable implica cuatro dimensiones en función a su operacionalización:

(a) El Derecho como integridad (coherencia de principios de justicia y equidad)

En términos concretos el planteamiento del *objetivismo moral* fundamenta la tesis del *Derecho como integridad* (Ronald Dworkin) – presupuesto del constitucionalismo de los principios – que implica la tesis de la *coherencia de los principios de justicia y equidad* (principios morales de coherencia horizontal) que orientan al *juez hércules* a encontrar la *única respuesta correcta* para que a partir de estos principios se pueda reconstruir el sistema jurídico. En otras palabras, el Derecho como integridad que es una concepción interpretativa coadyuva a buscar la respuesta correcta a fin de reconstruir el sistema jurídico.

El objetivismo moral o norma moral verdadera implica la existencia de *valores que son verdaderos universalmente* y por conexión de implicancia con el *cognoscitivism moral* dan lugar a entender que las normas son verdaderas y que debe conectarse con la teoría de la verdad por correspondencia, esto es, la existencia de hechos morales que hacen verdades tales normas, en otras palabras, la existencia de una realidad moral objetiva independientemente de la perspectiva del individuo o de nuestro conocimiento. En este sentido es la norma moral objetivamente verdadera la que debería fundar o justificar en última instancia una decisión judicial.

(b) La pretensión de corrección (injusticia extrema no es Derecho)

En términos concretos el planteamiento del objetivismo moral fundamenta la *tesis de la pretensión de corrección o de justicia* (Robert Alexy) – presupuesto del constitucionalismo de los principios – que implica el argumento de la injusticia o la *tesis de la injusticia extrema no es Derecho*, esta fórmula se compone de la idea de que si se traspasa el umbral de la extrema injusticia *pierden las normas válidas* – establecidas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces – *su carácter jurídico o su validez jurídica*, esto da lugar a entender que los mandatos del legislador deben ser obedecidos por alguna razón distinta a la simple fuerza. Ahora bien, para que tenga funcionalidad en el ámbito de la pretensión de corrección, se debe integrar la *perspectiva del participante* - el juez que se oriente bajo el punto de vista interno del Derecho para que consiga reconstruir el sistema jurídico – y al *argumento de los principios* – que se compone de un tipo de estructura de normas jurídicas que se caracterizan por ser *abiertas, generales, abstractas y vagas*, y que dada su performance estructural-lógica se presentan como la puerta de entrada de la moral en el Derecho.

El objetivismo moral o norma moral verdadera implica la existencia de *valores que son verdaderos universalmente* y por conexión de implicancia con el *cognoscitivismo moral* dan lugar a entender que las normas son verdaderas y que debe conectarse con la teoría de la verdad por correspondencia, esto es, la existencia de hechos morales que hacen verdades tales normas, en otras palabras, la existencia de una realidad moral objetiva independientemente de la perspectiva del individuo o de nuestro conocimiento. En este sentido es la norma moral objetivamente verdadera la que debería fundar o justificar en última instancia una decisión judicial.

(c) La pretensión de corrección (discurso racional práctico)

En término concretos el planteamiento del objetivismo moral racional fundamenta la tesis de la *pretensión de corrección* – presupuesto del constitucionalismo de los principios – que implica a la tesis del *discurso racional práctico* que se compone de postulados como las *reglas procedimentales o*

condiciones de la decisión práctica racional, que coadyuvan a reconstruir la *respuesta correcta o fundamentada*. Ahora bien, para que suscite la dinamicidad en el marco de la pretensión de corrección se debe integrar con la *tesis del caso especial* que no es más que la aglutinación de ideas de que *el discurso jurídico y es un caso especial del discurso práctico racional*, en otras palabras, que la teoría de la argumentación jurídica es un caso especial de argumentación moral.

El objetivismo moral racional o norma moral objetivamente racional que, en este caso, no se encuentra conectado con el cognoscitivismo moral (teoría de la referencia normativa), sino que mantiene un concepto de *existencia de normas verdaderas* no en términos de verdad científica – ni siquiera en términos de correspondencia de algún orden moral superior – sino que la verdad debe ser entendida en relación con la búsqueda de respuestas correctas o fundamentadas. Así, en este caso es la norma moral objetivamente racional la que debería fundar o justificar en última instancia una decisión judicial.

(d) El modelo axiológico de la Constitución como norma (la preferencia de la dimensión moral de la Constitución sobre la dimensión jurídica)

El modelo axiológico de Constitución como norma – presupuesto del constitucionalismo de los principios –, se sustenta en la preferencia del contenido moral sobre el contenido jurídico.

4.3 Relación entre variable dependiente y la variable independiente

En términos concretos “los presupuestos del constitucionalismo de los principios”, que implica al objetivismo moral fundamenta la tesis del Derecho como integridad – coherencia de los principios de justicia y equidad – y la tesis de la pretensión de corrección – la injusticia extrema no es Derecho –, el objetivismo moral racional que fundamenta la pretensión de corrección – el discurso racional práctico – y la preferencia de la dimensión moral de la Constitución sobre la dimensión jurídica – modelo axiológico de la Constitución como norma – conllevan a la “erosión de la Constitución” – propende a la erosión de la Constitución, esto es, desgaste en las normas constitucionales en el que se sostiene la moral subjetiva y arbitraria y del estamento imperialista y elitista.

5. Objetivos de la investigación

5.1 Objetivo general

Ahora bien, el objetivo principal del presente trabajo de investigación es someter a revisión crítica los presupuestos del constitucionalismo de los principios, o lo que es lo mismo, el Derecho como integridad y la pretensión de corrección que se sustentan en el objetivismo moral y en el objetivismo moral racional; elementos que pretenden servir como modelo para sostener una intención reconstructiva del sistema jurídico, por esta razón se someterá a comprobación *contrario sensu* a lo planteado por el constitucionalismo de los principios si este modelo produce la erosión de la Constitución y si existe algún otro modelo del constitucionalismo que evite tal erosión.

5.2 Objetivos específicos

- Estudiar la transformación del Derecho en el marco de los presupuestos del constitucionalismo de los principios a nivel de la teoría del Derecho tanto desde la postura de Robert Alexy como Ronald Dworkin.
- Investigar el cambio que sucede a nivel de la teoría de las fuentes, de la independencia del Derecho legal a la omnipresencia de la Constitución.
- Observar la permuta en la teoría de las normas, el paso del modelo de las reglas al modelo de los principios.
- Constatar la mutación en la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho, de la subsunción a la ponderación.
- Analizar el constitucionalismo de los principios como filosofía jurídica, esencialmente la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada que pretende reconstruir el sistema jurídico tanto desde la postura de Robert Alexy como de Ronald Dworkin.
- Estudiar la focalización de los problemas esenciales del constitucionalismo de los principios representados en el fortalecimiento del objetivismo moral y del objetivismo racional y la preferencia de la dimensión moral respecto de la dimensión jurídica
- Sostener la erosión de la Constitución en razón a que nada inhibe o impide que el fundamento de los presupuestos del constitucionalismo de los principios como es el fortalecimiento del objetivismo moral y del

objetivismo moral racional puede transformarse en una moral subjetiva y arbitraria.

- Estudiar si existe algún modelo en el constitucionalismo que propenda a evitar la erosión de la Constitución.

6. Metodología de la investigación

La metodología o el método de investigación “puede ser definido como el procedimiento teórico a través del cual se establecen los conceptos y sus relaciones entre sí o, dicho de otro modo, el procedimiento a través del cual se construye un objeto teórico. Existe una relación de correspondencia entre el método y el objeto. (...) Por ende, el método construye el modelo teórico, o sea, el modelo a partir del cual se va a entender la realidad. En última instancia, el método contiene los principios de una ciencia, un saber, un discurso o un campo, como dicen los filósofos contemporáneos (...)”⁴⁷.

Es decir, la metodología es el procedimiento teórico que permite establecer, elaborar o construir un concepto o una teoría, estudiar sus elementos, compararlo o ponerlo en relación con otros conceptos y teorías. Este proceso implica o bien utiliza uno o varios de los elementos como el análisis del lenguaje, el análisis de la lógica, el análisis argumentativo⁴⁸.

En el presente trabajo se buscará conseguir el objetivo a través del método del análisis argumentativo, que básicamente “dota al investigador de herramientas intelectuales que le permitirán enfrentar concretas situaciones fácticas de ataque y defensa. Las propuestas que muchas veces consisten en la superación de otra postura teórica”⁴⁹.

En este sentido, para alcanzar el objetivo plasmado y para sostener la hipótesis se utilizará una metodología coherente en el plano de la filosofía del Derecho, que consiste en someter a revisión crítica los presupuestos jurídicos

⁴⁷ DE LIMA LOPES, “José Reinaldo, Reglas y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”, en Christian Courtis (Editor), *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pp. 48.

⁴⁸ ESCUDERO ALDAY, Rafael y GARCÍA AÑÓN José, *Cómo se hace un trabajo de investigación en Derecho*, Ob. Cit., pp. 73.

⁴⁹ LARA CHAGOYÁN, Roberto, “Argumentación jurídica e investigación en derecho, en Christian Courtis” (Editor), *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 74.

del constitucionalismo de los principios (filosofía jurídica) o sea, sobre la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta (pretensión de corrección y el Derecho como integridad). El análisis se realizará en el plano de la filosofía del Derecho que se caracteriza por su “aproximación crítica a las realidades jurídicas”⁵⁰ y a los presupuestos teóricos que alimentan dicha realidad o actividad de los sistemas jurídicos contemporáneos.

En suma, el trabajo se enmarca en lo que podemos denominar “filosofía del Derecho Constitucional”, cuya importancia viene demarcada por el objeto de estudio que no es más que el constitucionalismo de los principios y su incidencia en un modelo de Constitución, específicamente, en uno que tiene un carácter fuertemente axiológico. Los problemas que se identifican en esta concepción son de carácter conceptual, es decir, relativos al concepto de Derecho y a los denominados conceptos jurídicos fundamentales como el concepto de Constitución, que son típicos del campo de estudio de la filosofía y teoría del Derecho⁵¹.

Para sostener el análisis argumentativo que tiene como finalidad mantener una crítica al constitucionalismo de los principios y el respaldo a otro tipo de constitucionalismo como en este caso es el estrictamente positivista es necesario realizar una exploración documental en torno a los debates teóricos que se producen en esta materia. En este sentido, se ha podido tener alcance a una serie de materiales en el marco de la filosofía del Derecho que ayudan argumentar y respaldar nuestro concepto teórico como es el caso de la erosión de la Constitución.

En otras palabras, en cuanto al procedimiento para recaudar el material bibliográfico se seguirá el método de exploración documental, lo que permitirá hacer un estudio sobre los principales elementos conceptuales y teóricos del objeto de estudio –problemas, teorías o concepciones–, del constitucionalismo de los principios, es decir, se identificarán y describirán los principales elementos y sub-elementos del tema, para que sean procesados, comparados y

⁵⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J., “Derechos, Constitución y Democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las constituciones actuales)”, Ob. Cit., pp. 164.

⁵¹ ESCUDERO ALDAY, Rafael y GARCÍA AÑÓN José, *Cómo se hace un trabajo de investigación en Derecho*, Editorial Catarata, Madrid, 2013, pp. 38.

relacionados con otras propuestas teóricas, lo que en buena medida nos dará un alcance concluyente sobre el mismo.

En este sentido, los métodos que interactúan son el inductivo en el que desde presupuestos del constitucionalismo de los principios como la pretensión de corrección y el Derecho como integridad se pretende sostener la erosión de la Constitución; el método dialéctico que se utiliza para hacer una comparación entre las ventajas y desventajas que da lugar la defensa de los presupuestos del constitucionalismo de los principios, como también entre las ventajas y desventajas de adherirnos o no al constitucionalismo estrictamente positivista; el método de análisis-síntesis que permite separar los principales elementos de la teoría del Derecho y de la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios para saber qué es lo que les compone para luego realizar un análisis minucioso sintetizando nuestra respuesta en función a sus problemas o dificultades. En este caso se pretende sostener tanto la erosión de la constitución como la deconstrucción del sistema jurídico.

Para evitar confusiones es menester sostener que el presente trabajo de investigación no sigue un método empático con la dogmática jurídica o constitucional, que se encarga de configurar los métodos y las técnicas de los juristas y, al mismo tiempo, cumple una función orientadora, esencialmente práctica (crítico-prescriptiva) – facilitar la aplicación, producción e interpretación del derecho – y sistematizadora (descriptiva) presentando de una manera ordenada cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico⁵². En síntesis, la dogmática se propone a estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, operarlo, optimizarlo y mejorarlo⁵³, bajo una serie de argumentos que ayudan a los objetivos propuestos.

Una vez revisado el material bibliográfico y orientado sobre determinadas consideraciones teóricas, e identificado la problemática que determina la investigación se iniciará a construir los elementos conceptuales y teóricos bajo una óptica crítica sobre las conclusiones recogidas, lo que significa que en este trabajo de investigación se está planteando la construcción conceptual de la erosión de la constitución y de la deconstrucción del sistema jurídico.

⁵² LARA CHAGOYÁN, Roberto, "Argumentación jurídica e investigación en derecho", Ob. Cit., pp. 70.

⁵³ COURTIS, Christian, "El juego de los juristas", en Christian Courtis (Editor), *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pp. 106.

Cabe recalcar que como en toda investigación jurídica incluso la filosófica-jurídica no puede desatender o desprenderse de la realidad jurídica, pues la reflexión de la filosofía del Derecho constitucional parte del escenario del Derecho positivo y de la reflexión y reelaboración que llevan a cabo los juristas filósofos y dogmáticos sobre el mismo, por esta razón en el presente trabajo de investigación se ha relacionado todos los conceptos a lo que actualmente existe en nuestros ordenamientos jurídicos, que no es más que la influencia bidireccional entre lo teórico (filosofía del Derecho constitucional) y la realidad jurídica constitucional.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPCIONES DEL DERECHO Y EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS PRINCIPIOS COMO TEORÍA DEL DERECHO

1. Dimensiones en la concepción del Derecho. Una aproximación a la filosofía del Derecho iusnaturalista y positivista

Adentrándonos sobre el tipo de concepción, visión o sentido del Derecho que tiene que ver con el objeto de estudio y el problema filosófico que se enfoca⁵⁴, se advierte que la discusión teórica sobre los diferentes planteamientos no es nueva, este tiene un recorrido antitético en la historia y aún se mantiene los debates arduos entre los juristas que adoptan las tesis del iuspositivismo o el iusnaturalismo⁵⁵, por ello, está considerado como una polémica de larga vida⁵⁶, no obstante, dada la evolución teórica se ha dado apertura a debates sobre sus variantes y reformulaciones contemporáneas.

Es necesario advertir que la posición sobre cada una de estas tesis – la forma de cómo concebir lo jurídico –, siempre tiene presupuestos marcados con anterioridad, por ello, es por lo que los análisis concienzudos, dependen de la utilización conveniente de ciertas opciones metodológicas y epistemológicas

⁵⁴ “(...) la filosofía del Derecho depende no sólo de la manera en que se concibe la filosofía general, sino también que su mismo objeto de reflexión refleja compromisos ontológicos y decisiones conceptuales previas relativas a problemas filosóficos específicos. Esta pluralidad de concepciones del derecho y de la mejor manera de abordarlo explica la vitalidad de las discusiones en la teoría y filosofía jurídica contemporánea”. NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, M. Cristina, Filosofía del derecho: problemas y posibilidades, en Pablo E. Navarro y otros (Compiladores), La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, p. 17-18.

⁵⁵ Desde la diferencia del positivismo conceptual o metodológico frente al iusnaturalismo ontológico se entiende “(...) que gran parte de este *enfrentamiento* se debe a que estas corrientes proponen dos conceptos diferentes del Derecho. El positivismo jurídico propone un concepto descriptivo de Derecho (...) de forma que la validez del Derecho se determina por una serie de hechos empíricamente constatables, entre los que puede encontrarse, por supuesto, ciertas dimensiones referidas a valores siempre que ellas formen parte de la moral positiva. Mientras tanto el iusnaturalismo propone un concepto normativo de Derecho, de manera que su validez no depende sólo de la constatación empírica de determinados hechos sino también de la conformidad entre el mismo y una determinada moral correcta a la que se denomina Derecho natural, estableciendo una conexión necesaria entre el Derecho y dicha moral correcta, independientemente que ésta haya sido convertida o no en moral positiva (...)”. DORADO PORRAS, Javier, *Iusnaturalismo y positivismo: Dos versiones enfrentadas del concepto de Derecho*, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla Gonzales, El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 863.

⁵⁶ FERNANDEZ, Eusebio, *Iusnaturalismo*, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Editores), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 57.

previas⁵⁷. Realidad teórica que ha permeado no únicamente en un nivel externo (genético) de las tesis sino también y con mayor fuerza, en un nivel interno (inter-genético), esto se observa en la existencia de una inmensa variabilidad de postulados de donde se nutren sus tonalidades, me refiero al desarrollo de las concepciones del Derecho que tienen una enorme complejidad como consecuencia de su composición -escuelas y concepciones-.

En lo que sigue por razones de espacio no se hará un desarrollo histórico de cada una de las corrientes, toda vez que no es nuestro objetivo, sino únicamente se abarcará de manera general ciertos rasgos relevantes de las tesis teóricas que permitan explicar y hacer entender de mejor manera su utilidad para el presente trabajo de investigación.

1.1 El iusnaturalismo como concepción del Derecho

Empecemos por el desarrollo conceptual que se le ha dado al Derecho natural, entre ellas existen una serie de variantes como el iusnaturalismo ontológico que expone que los principios objetivos de justicia son susceptibles de conocimiento – cognoscibles – y que determina y condicionan lo jurídico, o sea, la validez se ve reducida por la justicia, es decir, como se señala, para la defensa del iusnaturalismo mínimamente se debe cumplir con la adhesión de dos tesis concomitantes (la tesis de filosofía ética y la tesis acerca de la definición del Derecho): “la existencia de principios de justicia universalmente válidos inmutables y asequibles a la razón humana (absolutismo moral) y la segunda postula un concepto de lo jurídico en función a que sólo será concebido como

⁵⁷ “La clase de respuesta esperada para la pregunta “¿Qué es el Derecho?” ha variado de manera característica de acuerdo con la tradición filosófica dominante. (...). Así, cuando el esencialismo medieval perdió su atractivo y ya no pareció tener sentido especular acerca de la naturaleza o esencia del derecho (...). Durante cierto tiempo estuvo de moda intentar definir el derecho, quizá como manifestación del interés creciente por la precisión lógica y científica. (...). Una vez más los filósofos del derecho pudieron recurrir a la tradición filosófica dominante de la época; en este caso a la filosofía analítica naciente y su evidente interés por el lenguaje y el concepto de significado. (...) No hace falta decir que el enfoque analítico de la teoría del derecho planteó sus propias preguntas metodológicas. (...) Sin embargo, su crítica ha experimentado desde hace poco un fuerte giro metodológico, que consiste en un rechazo total del enfoque analítico en el ámbito de la teoría jurídica. Este enfoque, que Dworkin identifica con aquello que llama “teorías semánticas del derecho” debería ser reemplazado por una teoría de la interpretación que, según sostiene, constituye la única clase de teoría que puede dar cuenta de la naturaleza interpretativa de las prácticas jurídicas”. MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, en Marcelo Mendoza Hurtado (traductor), Editorial Gedisa, Barcelona, 2001, p. 11-13.

jurídico si las normas o el conjunto de ellas no contradicen los principios universales”⁵⁸.

Desde otra vertiente resulta también interesante la novedosa propuesta hecha por el iusnaturalismo deontológico donde se defiende una ética jurídica más circunscrita a la historia y gestada en los albores de la modernidad – dignidad humana –⁵⁹, esta última propuesta, según cierto sector de la literatura jurídica no sería contradictoria con ciertas tesis del positivismo del Derecho⁶⁰.

En este sentido, el iusnaturalismo deontológico se reconduce a una propuesta más circunscrita en la historia y en la modernidad. Se sostiene sobre el particular que “el Derecho natural no es Derecho sino ética jurídica, que no es natural (en el sentido de no cambiante) sino histórico (la historia del Derecho natural alberga normas diversas y también opuestas entre sí varias veces), pero que responde al contenido de unas exigencias morales (que hoy por hoy y para hoy pueden llegar a considerarse intangibles) derivadas de una cierta idea de dignidad humana”. Asimismo, añade que su propuesta “reivindica la importante función histórica del Derecho natural, su aspiración ética, su comprensión como ética jurídica material, o la idea del Derecho natural deontológico como Derecho justo con una serie de funciones de control y vigilancia del ordenamiento jurídico, de fundamentación de los derechos humanos y de puente entre la moral y el derecho”⁶¹.

De igual manera, parece entroncar la filosofía del iusnaturalismo fecundado en el ámbito anglosajón, el cual no busca enfrentar al positivismo. De ello, se afirma que la teoría clásica del Derecho natural gestado por John Finnis tiene que ver con un cúmulo de principios que orienta la vida humana mediante la razón práctica donde se busca la realización de valores autoevidentes que no se conocen mediante un estudio de su naturaleza, ni siempre da lugar a normas morales que a su vez delimite el Derecho⁶².

⁵⁸ SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Ob. Cit., pp. 28.

⁵⁹ FERNANDEZ, Eusebio, *Iusnaturalismo*, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Editores), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 60-61.

⁶⁰ DORADO PORRAS, Javier, *Iusnaturalismo y positivismo: Dos versiones enfrentadas del concepto de Derecho*, Ob. Cit., pp. 863.

⁶¹ FERNANDEZ, Eusebio, *Iusnaturalismo*, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Editores), *El derecho y la justicia*, Ob. Cit., pp. 60-61.

⁶² RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín, *El iusnaturalismo de John Finnis*, Anuario de Filosofía del Derecho, BOE Tomo X, (1993), pp. 375-376.

1.2 El positivismo jurídico como concepción del Derecho

Desde las antípodas a la concepción iusnaturalista y a sus diferentes corrientes se encuentra el positivismo y que de alguna o muchas formas también tiene sus complejidades, partiendo de la idea preliminar que no es una expresión unívoca. Clásicamente se ha venido a identificar con el formalismo⁶³, cuya acepción de este último está relacionada con los planteamientos legalistas de la justicia, la teoría normativa del Derecho, la concepción de la ciencia jurídica como dogmática y la llamada jurisprudencia de conceptos⁶⁴, aunque otros afirman la potencialidad para ser diferenciados⁶⁵.

Contemporáneamente el positivismo jurídico desde la óptica de las clasificaciones meta-filosóficas presenta dos variantes: el positivismo realista, quien considera al derecho como hecho y el positivismo normativista que postula el derecho como norma-⁶⁶, aunque otras veces ha sido presentado al realismo

⁶³ “Se puede sostener que las dos nociones de formalismo y positivismo jurídico coinciden respecto de la extensión y que, de hecho, a menudo son usadas como si fueran sinónimas (...) todas las principales acepciones de formalismo jurídico reaparecen en los principales significados de positivismo jurídico”. BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, en Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel (traductores), Trotta, Madrid, 2015, pp. 102.

⁶⁴ Estas tesis pueden resumirse en lo siguiente: “Considerar justo aquello que es conforme a la ley significa emitir un juicio positivo con prescindencia de cualquier otra consideración moral, sobre un orden de la sociedad que reposa en la seguridad más que en la equidad; definir el derecho como un instrumento para la realización de los más diversos fines sociales, caracterizado por la técnica de la coacción o de la eficacia reforzada, significa poner el acento sobre el conjunto de medios indispensables para la conservación duradera de un determinado grupo social; atribuir al intérprete del derecho una tarea de reconstrucción conceptual y sistemática, más que de valoración de intereses y de los fines sociales, significa una vez más rendir homenaje, en el momento de la aplicación, a los ideales del orden, de la seguridad, de la estabilidad, de la paz social, más que a la justicia substancial. En cuanto a la consideración de la ciencia jurídica como ciencia formal, la tendencia a la formalización es propia de toda investigación que se presente como ciencia rigurosa, independientemente de la naturaleza de su objeto. Junto a los valores substanciales se encuentran los valores formales, tales como el orden, permanencia y la coherencia. Estos valores presiden la experiencia jurídica y la caracterizan, y prescindir de ellos significa privarse de los principales puntos de apoyo para la comprensión del fenómeno jurídico”. BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, en Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel (traductores), Trotta, Madrid, 2015, pp. 99-100.

⁶⁵ “A veces se identifica – o, por lo menos, se vincula en forma necesaria – positivismo y formalismo, pero esto no parece aceptable: se puede ser positivista sin ser formalista (en el caso del positivismo analítico o del positivismo de los realistas) y se puede también ser formalista sin ser positivista (como ocurre con no pocos juristas dogmáticos que practican un formalismo a veces extremo (...) pero no tienen empacho en declararse iusnaturalistas). (...) En realidad si se entiende el positivismo jurídico no propiamente como una teoría, sino como un hecho histórico (...) el formalismo jurídico vendría a ser, una de las direcciones positivistas; si se quiere, una desviación del positivismo, quizás más exactamente, la acentuación de uno de los componentes básicos”. ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 2012, pp. 288.

⁶⁶ “Desde el punto de vista de las clasificaciones (...) el realismo jurídico representa, además, una variedad del positivismo realista, que, en cuanto positivismo del derecho como hecho, se

como alternativa del iusnaturalismo y del positivismo⁶⁷. Estas consideraciones denotan la complejidad del asunto, sin embargo, precisaremos algunos puntos.

El realismo jurídico italiano (iusrealismo analítico)⁶⁸ que sería una variante⁶⁹ ha sido denominada como la Escuela Genovesa que define el realismo jurídico bajo tres tesis: *la tesis interpretativa* (compuesta por una interpretación en sentido estricto -decisión adscriptiva en relación al enunciado interpretativo en abstracto y a la norma en concreto- o en todo caso susceptible a construcción jurídica como actividad decisoria y de creación -conjunto de operaciones intelectuales como la creación de lagunas normativas o axiológicas, creación de jerarquías axiológicas entre normas, la concreción de los principios, la ponderación de los principios en conflicto y la elaboración de normas no explícitas); *la tesis ontológica empirista* (el derecho no es un conjunto de entidades abstractas que son fuentes de Derecho, sino de hechos -enunciados lingüísticos- de significados normativos que los intérpretes atribuyen mediante interpretación (en sentido estricto) o mediante construcción jurídica, así, también supone que tal conjunto de disposiciones normativas pueden ser expresas o implícitas formuladas por los intérpretes, y, por último, denota como conjunto de normas vigentes); y *una tesis epistemológica* (el realismo epistemológico consiste en dos tesis diferentes. La primera de las tesis es descriptiva, relativa a

opone al positivismo del derecho como norma, es decir al positivismo normativista". CHIASSONI, Pierluigi, *El realismo radical en Hans Kelsen*, en Pau Luque Sánchez (traductor), *Desencantos para abogados realistas*, en Diego Moreno Cruz (Compilador), Universidad Externado de Colombia. Serie teoría jurídica y filosofía del Derecho, Colombia, 2012, pp. 172.

⁶⁷ "(...) simplemente por considerar que tanto el realismo (aunque a veces se haya presentado como una alternativa frente al iusnaturalismo y al iuspositivismo – que serían dos formas de idealismo jurídico-) como el normativismo son formas de positivismo". ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 2012, pp. 287.

⁶⁸ "En el ámbito de la teoría del Derecho, ese grupo, conocido por muchos como la Escuela genovesa se ha caracterizado por las tesis propias del realismo jurídico: a) el escepticismo interpretativo, b) el carácter sistemático del derecho como variable dependiente de la labor de la doctrina, c) el no-cognoscitivismo ético y, como corolario de éste, la separación metodológica entre derecho y moral. También destaca el interés por responder a preguntas como ¿qué significa «conocer el derecho»? y, sobre todo, ¿cómo se conoce?; ¿existe una lógica de las normas jurídicas? y, en particular, ¿es ésta independiente de la voluntad de las autoridades normativas y de las operaciones de los juristas?". FERRER BELTRÁN, Jordi y B. RATTI, Giovanni, "nota introductoria", *El realismo jurídico Genovés*, en Jordi Ferrer Beltrán y otros (Editores), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 12-13.

⁶⁹ GUASTINI, Riccardo, *Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico*, *Revus. Revista de Teoría Constitucional y Filosofía del Derecho*, 27 (2015), pp. 55.

la doctrina o dogmática tal y como ésta de hecho se desarrolla. La segunda es una tesis prescriptiva relativa al conocimiento científico del derecho)⁷⁰.

Mientras que desde la segunda variante – positivismo normativista – muchos postulados han sido defendidos. Ahora bien, por el tintero han trascendido diversas propuestas, hasta el punto de usar la expresión positivismo jurídico para designar tesis lógicamente independientes⁷¹, concretamente, se precisa que el positivismo ha tenido complicaciones desde su génesis⁷², pasando por una etapa de desarrollo hasta llegar a consolidarse en ciertas tesis contemporáneas que son aceptadas actualmente por la literatura jurídica⁷³ unas defendidas más que otras.

Entre las propuestas más aceptadas se encuentra la de Norberto Bobbio quien distingue tres aspectos de aquello que comúnmente se considera como una única doctrina: como modo de aproximarse al estudio del Derecho (dimensión metodológica), como una determinada teoría del Derecho (dimensión teórica) y como una determinada ideología del Derecho (dimensión ideológica). De esta partición se afirma que entre ellas no existe una relación necesaria, en un sentido lógico y causal⁷⁴, de modo que se puede defender un positivismo

⁷⁰ GUASTINI, Riccardo, *Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico*, Ob. Cit., pp. 55-65.

⁷¹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, en Virgilio Zapatero Gómez (coordinador), *Horizontes de la filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Vol. 2, 2002, pp. 3.

⁷² “(...) el positivismo; éste tiene una fecha conocida de nacimiento que viene a coincidir con un modelo postrevolucionario del Estado de Derecho basado en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de los poderes, en la codificación y el imperio de la ley, en la figura del juez “autómata”. PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Editorial Fontamara, México, 1997, pp. 8.

⁷³ Una buena recomendación para entender sobre los orígenes históricos del positivismo lo encontramos en la obra de Norberto Bobbio. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, en Rafael de Asís y Andrea Greppi (traductores), Debate, Madrid, 1993, pp. 35-138.

⁷⁴ “(...) -como modo de acercarse al estudio del derecho- el positivismo jurídico se caracteriza por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal (...) derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero (...) se le podría llamar científica (...). asume frente al derecho una actitud avalorativa u objetiva o éticamente neutral (...). Por positivismo jurídico como teoría (...) vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado (...) identificación (...) con la teoría estatalista del derecho (...) están vinculados algunos conocidos rasgos (...): 1) con respecto a la definición del derecho, la teoría de la coactividad (...) 2) con respecto a la definición de la norma jurídica, la teoría imperativa (...) 3) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes, (...) 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas (...) de coherencia o falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, (...) juez como actividad esencialmente lógica. (...) Como ideología (...)

metodológico y dejar de lado los otros dos aspectos, aunque existen otras opciones como la del profesor Rafael de Asís que sostiene que estas tres tesis son normativas, en tanto que adoptan un determinado punto de vista sobre lo que es el derecho, no obstante, refiere que mientras los dos primeros se relacionan con una separación conceptual o necesaria entre el derecho y la moral, en el tercero ocurre lo contrario⁷⁵.

Otro autor en el marco de esta dimensión es H. L. A. Hart quien termina delineando sin plantear ninguna definición genérica o describir la esencia del positivismo jurídico tres tesis acerca de la naturaleza del Derecho, aunque no cierra la posibilidad de otros supuestos que pueda tener lugar a la discusión, estas se enfocan desde tres planos: la tesis de las fuentes sociales, la separación conceptual entre Derecho y la moralidad, la discrecionalidad jurídica⁷⁶. En alusión a cada una de estas tesis se han recreado diversas posiciones a favor y contra, sobre todo es Ronald Dworkin quien ha mantenido una discusión teórica

representa las creencias de ciertos valores (...) confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal (...). Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza (...): 1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo (...) es justo; (...) 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder (...), sirve con su misma existencia, independiente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la seguridad y, en general, la justicia legal.” BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, en Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel (traductores), Trotta, Madrid, 2015, pp. 101-149. “BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, en Rafael de Asís y Andrea Greppi (traductores), Debate, Madrid, 1993, pp. 140-243. Norbert Hoerster plantea que detrás del concepto genérico positivismo jurídico se esconden cinco tesis que son lógicamente independientes entre sí, o sea, que tienen que ser analizadas separadamente: “la tesis de la ley, la tesis de la neutralidad, la tesis de la subsunción, la tesis del subjetivismo y la tesis del legalismo”. HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, en Ernesto Garzón Valdés (traductor), Editorial Gedisa, Barcelona, 2000, p. 9-11.

⁷⁵ DE ASÍS ROIG, Rafael, *sobre los rasgos de lo jurídico*, en Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador), *El Derecho en Red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 635-636.

⁷⁶ “(...) La separación conceptual entre el derecho y la moralidad (...) existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moralidad (...) hay una coincidencia o solapamiento de facto entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad. Tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente. (...) Las tesis de las fuentes sociales del derecho sostiene que para que el derecho exista debe haber una forma de práctica social que incluya a los jueces y ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos o test, últimos de validez jurídica. (...) la tesis de la discrecionalidad jurídica. Sostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente (...) y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto (...) debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso”. H. L. A. Hart, *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, en Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo (traductores), Sistema Nº 36, pp. 3-18.

y antitéticamente profunda⁷⁷, donde alternativamente al positivismo justifica observar al Derecho como integridad⁷⁸.

Como se puede observar la delimitación sobre el positivismo jurídico en estos autores no ha sido nada pacífica, todo lo contrario, se han visto envuelto de enfrentamientos internos como consecuencia de la perplejidad teórica, afirmación que se deduce con claridad en el debate entre el positivismo jurídico incluyente⁷⁹ y el positivismo jurídico excluyente⁸⁰, aunque también el positivismo ético o normativo y el positivismo corregido o crítico⁸¹, el positivismo

⁷⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, en M. Guastavino (traductor), Barcelona, Ariel, 1995, pp. 61-101.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, en C. Ferrari (traductor), Barcelona, Gedisa, 1998, p. 164 y 164-191. CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, *El concepto de integridad en Dworkin*, Doxa, N. 12 (1992), pp. 155-176.

⁷⁹ Al parecer según se desprende de la siguiente idea José Juan Moreso parece defender la tesis del positivismo incluyente. “¿cómo se refleja la tesis iuspositivista de la identificación del derecho en la aplicación del derecho (...)? La respuesta a esta pregunta depende del modo en el cual se caracterice la tesis de la identificación, que suele presentarse en algunas versiones de la llamada tesis de las fuentes sociales del derecho, de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del derecho en una sociedad determinada depende de un conjunto de hechos sociales. (...) la tesis de la identificación del Derecho (TID): La determinación de lo que es el derecho no depende de criterios o argumentos morales. Hay al menos tres modos de comprender dicha tesis. (...) interpretarse como “no puede depender” (...) “no necesita depender” (...) “no debe depender” (...). Las dos primeras versiones de TID responden a dos modos de interpretar las tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral (una tesis central del positivismo) (...). La segunda versión de la tesis es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así. (...) basta que tomemos una tesis incorporacionista débil (...). Según dicha concepción, entonces, cuando las normas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho a de identificarse mediante el uso de esos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. (...) Desde el punto de vista conceptual es adecuado sostener la segunda versión de la tesis de la identificación del derecho, puesto que permite dar cuenta del indiscutible hecho de que los jueces acuden a la argumentación moral, a menudo, cuando resuelven los casos y, por otra parte, (...) sin asumir (...) que siempre que las normas jurídicas incorporan conceptos morales los jueces tienen discreción”. MORESO, José Juan, *El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho*, Doxa, cuadernos de filosofía del Derecho, 27 (2004), pp. 45-62.

⁸⁰ “Las páginas de esta investigación se cierran con una versión de la tesis de la versión excluyente. Con ello se pretende revelar que esta corriente, es, en realidad, la más ajustada a los objetivos generales del positivismo jurídico (...)”. JIMENEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008. p. 172. Asimismo, parece ir en la misma línea Juan Carlos Bayon quien apunta que “(...) habría que diferenciar dos versiones posibles de las tesis de las fuentes sociales: Una versión fuerte (a la que se alude también como positivismo excluyente o positivismo estricto (...)) y una versión débil (...) bajo denominaciones como incorporacionismo o positivismo incluyente (...) Pero la réplica -que me parece correcta- del partidario de la versión fuerte de la tesis social (...)”. BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, *El contenido mínimo del positivismo jurídico*, en Virgilio Zapatero Gómez (coordinador), Horizontes de la filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel, Vol. 2, 2002, pp. 17-19.

⁸¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos del Instituto “Bartolomé de las Casas”, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 111-130.

constitucionalista⁸². Incluso más adelante han surgido ciertas posiciones alternativas como el postpositivismo⁸³ quienes manejan una idea no de superación sino de desplazamiento en la agenda de los problemas⁸⁴; y el otro tiene que ver con los no-positivistas, que pretende encontrarse en las antípodas de las tesis positivistas⁸⁵. Pero no solo se dieron enfoques antipositivistas desde la forma de concebir lo jurídico o aproximación al Derecho sino también desde el constitucionalismo como ideología⁸⁶ o desde la corriente del

⁸² ". CUENCA GÓMEZ, Patricia, *La constitucionalización de los derechos fundamentales en el siglo XX: Dimensiones, rasgos y algunas consecuencias*, Ob. Cit., p. 397-398. DE ASIS ROIG, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Editorial Dykinson-Universidad Carlos III, Madrid, 2005, pp. 124

⁸³ "(...) se podría afirmar que es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Creo que esa es una posibilidad, pero me parece que en el seno del positivismo esas tesis han sufrido modificaciones importantes. En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy en un cierto sentido somos positivistas". CALSAMIGLIA, Albert, *Postpositivismo*, Doxa 21, Vol. I, 1998, pp. 209.

⁸⁴ El desplazamiento del problema se da desde dos planos: 1) En el ámbito del problema de los límites del derecho, hay un desplazamiento de la determinación a la indeterminación y a la solución de casos indeterminados, de la atención al legislador a la adjudicación; 2) en el ámbito del problema de la conexión entre derecho y moral, se desplaza en el sentido que el razonamiento moral juega un papel importante en el razonamiento jurídico, por ello, hay una relación intrínseca entre derecho y moral, o sea, el problema ya no está en la separación entre derecho y moral sino o bien en la conexión contingente o en la conexión necesaria, otro desplazamiento se da en el marco de los conceptos jurídicos abstracto y como funciona en el juego del derecho y, por último, existe un desplazamiento desde la teoría general del derecho hacia concepciones del derecho más cercanas al derecho positivo, mas, locales, menos generales y con más incidencia en comprender y usar mejor el derecho". CALSAMIGLIA, Albert, *Postpositivismo*, Doxa 21, Vol. I, 1998, pp. 209-220.

⁸⁵ "todas las teorías no positivistas sostienen la tesis de la vinculación. Según ella el concepto de Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Ningún no positivistas que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos se incluyan también elementos morales (...)" ALEXY, Robert, *El concepto y validez*, en Jorge M. Seña (Traductor), Segunda Edición, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 14.

⁸⁶ "(...) el constitucionalismo, representa un fenómeno cultural y político propio del mundo moderno que hace efectivo los postulados de la filosofía ilustrada y liberal; (...) alude a un modelo de organización jurídica, a un Derecho existente o que pretende existir (...)". PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Editorial Fontamara, México, 1997, pp. 7. "El constitucionalismo (...) es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Tal ideología, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis identificativa entre el derecho y la moral, y, por otro lado, tiene como adversario al positivismo ideológico. El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del derecho: la teoría dominante en el siglo xix y en la primera mitad del siglo xx es sin duda la positivista, y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destituir tal hegemonía con una diferente propuesta teórica (...)". COMANDUCCI, Paolo, *Formas de neconstitucionalismo. Un análisis metateórico*, en Miguel Carbonel (Editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 96-97. Para Luigi Ferrajoli el término constitucionalismo como "terminología corriente, resulta, en varios aspectos, equívoca y engañosa. (...) cuyo empleo para designar una ideología (...) hace de ella un término de léxico político antes que, del léxico jurídico, y no permite

neoconstitucionalismo⁸⁷ o desde el constitucionalismo de los principios, que supone la superación del positivismo en sentido tendencialmente iusnaturalista⁸⁸.

2. Justificación sobre el uso de la expresión “constitucionalismo de los principios”

La expresión “Neoconstitucionalismo” fue acuñada por Susanna Pozzolo, para integrar a un grupo de ius-filósofos del Derecho que comparten un peculiar modo de acercarse al Derecho⁸⁹, es decir, tienen una epistemología y metodología del Derecho profundamente comprometida (prescriptiva)⁹⁰ y no descriptiva, en el que se sostiene la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada.

Este rótulo según señala la profesora Pozzolo puede recaer en Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, entre otros y que surge a finales del siglo pasado mostrando un desarrollo, por un lado, como una crítica teórica hacia posturas de tipo positivista formalista y, por otro, lado como una postura

evidenciar el cambio de paradigma producido en la estructura del Derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional.” FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, 34 (2011), pp. 18.

⁸⁷ “El término neoconstitucionalismo es manifestación del giro interpretativo que surgió a finales del pasado siglo y que se desarrolló, por un lado, como una crítica teórica hacia posturas de tipo positivista o formalista y, por otro, lado como una doctrina filosófica enfocada hacia las potencialidades ofrecidas por el gran número de derechos y valores reconocidos en los textos constitucionales que se van produciendo desde la segunda posguerra”. POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo*, Eunomía, Revista en cultura de la legalidad. N° 11, octubre 2016 – marzo 2017, pp. 142-151. Por otro lado, Paolo Comanducci es quien, usando el criterio diferenciador de Norberto Bobbio, presenta el neoconstitucionalismo como una ideología, una metodología y explícitamente como una teoría concurrente con la positivista. COMANDUCCI, Paolo, *Formas de neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico*”, en Miguel Carbonel (Editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 97. Para Luigi Ferrajoli la expresión neoconstitucionalismo lo ve confusa y equívoca “puesto que, al referirse, en cambio -en el plano empírico- al constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, resulta asimétrica respecto del constitucionalismo político o ideológico antes aludido, que no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del Derecho (...). FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, 34 (2011), pp. 18.

⁸⁸ “(...) el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de neoconstitucionalista, es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente iuspositivista”. FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, 34 (2011), pp. 16.

⁸⁹ POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 21-II (1998), pp. 339.

⁹⁰ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Editorial Trotta, 2009, Madrid, pp. 18.

filosófica enfocada hacia las potencialidades que ofrecen los derechos y valores reconocidos en los textos constitucionales⁹¹.

Las implicancias de esta calificación generalmente se sostienen en ciertas características como la distinción estructural-lógica entre principios y reglas, el mayor uso de la ponderación y menor uso de la subsunción, la superioridad del texto Constitucional por sobre el texto legal y la omnipotencia de los jueces sobre la libertad del legislador⁹².

En relación con el neoconstitucionalismo nuestra posición en estas líneas es disentir con el uso de la expresión que pretende englobar a una serie de autores cuyas tesis que defienden tienen diferencias sustanciales, sobre todo porque algunos son filósofos del Derecho con vocación constitucionalista (Dworkin y Alexy) y otros son constitucionalistas con vocación a la filosofía del Derecho (Zagrebelsky)⁹³.

También se ha señalado que en realidad debería utilizarse el vocablo “neoconstitucionalismo (s)” en sentido plural y no neoconstitucionalismo⁹⁴, pues resulta más coherente con la distinción de las tesis que propone cada autor en particular, sin embargo, si bien *en principio* podemos estar de acuerdo con esta idea, pues se plantean diferencias, nuestro análisis va más allá.

Esta última afirmación da lugar para apartarnos y dejar atrás la locución “neoconstitucionalismo”, postura que encuentra sustento en la idea de que el uso “neoconstitucionalismo” no sólo es muy general, sino que su tratamiento es complejo, es nada novedoso, se presenta como un término confuso, equivoco, altamente ambiguo y extremadamente vago.

Es general porque sus tesis no serían fácilmente encuadrables en una sola expresión, más aún cuando existen diferencias teóricas, es decir, cada autor propone orientarse por distintos caminos o vertientes paralelas, lo que hace de su construcción única, más allá que tienen un horizonte común que hace que recorran el camino apuntando a un mismo objetivo – pretenden la reconstrucción

⁹¹ POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo”, en *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, N° 11, octubre 2016 – marzo 2017, pp. 142-151.

⁹² ALEXY Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Ob. Cit., pp. 160.

⁹³ PRIETO SANCHÍS, L., “La doctrina del Derecho natural”, en BETEGÓN CARRILLO, y otros, L., en *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, pp. 65.

⁹⁴ PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 24.

de los sistemas jurídicos –. En algunos casos los discursos están gestados y parten de distintos modelos de sistemas jurídicos.

La complejidad se sostiene porque una calificación general debe responder a criterios de coherencia en el que exista una verdadera similitud de los presupuestos y donde se dé oportunidad para distinguir es preferible hacerlo en vez de omitir o presuponer que hay una similitud implícita, de manera que la complejidad se torna en un problema al momento de ser identificada como un todo.

La expresión no es novedosa pues en realidad se sostiene sobre otras construcciones teóricas que forman parte de los elementos de esta postura sobre todo está muy próxima al iusnaturalismo, es decir, se puede calificar a los autores como neo-iusnaturalistas pues sostienen la existencia de un objetivismo moral que hace depender la validez de las disposiciones normativas en función a la pretensión de corrección y el Derecho como integridad, esto hace que no sea considerada como algo nuevo sino como un disfraz o enmascaramiento que pretende ocultar sus rasgos de identidad primigenios con la finalidad de persuadir a la comunidad jurídica ingenua.

El carácter confuso y equívoco son características que encuentran sentido pues se advierte que “el constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas resulta asimétrica respecto del constitucionalismo político o ideológico (...), que no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del Derecho (...)”⁹⁵, en este caso es mejor diferenciar sus planos que engloban la postura y no generalizar las posturas.

Estas son las razones que motivan adoptar la dicción “constitucionalismo de los principios”, sobre todo para agrupar a dos autores como son Ronald Dworkin y Robert Alexy que defienden el papel y la virtualidad de los principios, en el que a través de este se observa la puerta abierta por donde ingresa la moral al Derecho. Se defiende así una filosofía jurídica única⁹⁶, en el que se pretende sostener la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 18.

⁹⁶ Aunque no todos los autores diferencian entre filosofía jurídica y teoría del Derecho, por razones metodológicas y a fin de comprender de mejor manera los objetos de estudio, se adoptará tal distinción en el presente capítulo. PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 101.

fundamentada, la posición del punto de vista interno o del participante y la obligación moral de las normas jurídicas.

Este rótulo – constitucionalismo de los principios – no es cosecha propia, esta ha sido utilizada anteriormente por otros autores que han criticado la postura Dworkiniana o Alexyana, así, el constitucionalismo de los principios tiene uso en autores como Luigi Ferrajoli⁹⁷, Luis Prieto Sanchís⁹⁸ y en el primer Alfonso García Figuera⁹⁹.

La crítica viene a ser justamente el factor determinante que permite encuadrar de mejor manera a los autores mencionados, así, el “constitucionalismo principialista, de principios o de los principios” tienen como parámetro teórico una serie de postulados que pretenden la reconstrucción de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, presupuestos que serán materia de reflexión en el presente capítulo.

La expresión “de los principios” hace alusión, y en esto radica la preferencia del uso, a quienes defienden una peculiar “teoría de los principios” y a la virtualidad que éste tiene en el desenvolvimiento de la resolución de problemas en los ordenamientos contemporáneos, pues es a través de los principios que se intenta conectar el Derecho y la moral correcta o fundamentada. Esto no impide por supuesto encontrar diferencias, como señalamos anteriormente, aunque en estos dos autores es mucho más suave, diferencia que se produce en la construcción teórica que será estudiada en su momento.

Mientras que la expresión “constitucionalismo” “puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, es etiquetada comúnmente de neoconstitucionalista y la segunda como una postura positivista”¹⁰⁰, en este caso teniendo en cuenta tal diferencia

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 15-53.

⁹⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002, pp. 165. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, en *Anuario de filosofía del Derecho XIII*, (1996), pp.125-158.

⁹⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 41.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 16.

se asume para este punto la primera opción que debe ser entendido como un refinamiento de las tesis iusnaturalistas. De ello se advierte que su uso puede ser relativizado para proponer una defensa de alguna concepción del Derecho.

Ahora bien, el “constitucionalismo” también tiene planos de enfoque, así se puede entender como un tipo de Estado de Derecho, como una filosofía política, como una teoría del Derecho y como una filosofía jurídica¹⁰¹, aunque no suele ser la única clasificación, por ejemplo, para Luigi Ferrajoli es mejor entender a los planos como un modelo de Derecho, como una teoría del Derecho y como una filosofía jurídica¹⁰².

Para el presente trabajo se adoptará la primera clasificación de planos en el que se hará una revisión de la teoría del Derecho y de la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios. En este sentido, como dato introductorio el “constitucionalismo” como teoría del Derecho hace hincapié en el análisis sobre la transformación del sistema jurídico que se realiza a nivel de la teoría de las fuentes (muerte de la ley y preeminencia de la Constitución), de la teoría de la norma (al lado de las reglas están los principios y estos últimos son de una estructura especial) y de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho (menos subsunción y más ponderación), es decir, como consecuencia de la positivización de los derechos fundamentales en la Constitución¹⁰³ la idea es generar nuevas formas de limitar al poder, por ello se denomina constitucionalismo, teniendo ahora como eje central de la virtualidad de la Constitución y de los principios a través del juez y de la utilización de la ponderación.

Como se señaló, esta transformación que se produce a nivel teórico ha llegado a repercutir en la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios¹⁰⁴, una postura que defiende una conexión necesaria y conceptual

¹⁰¹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2009. pp. 101-102.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 15-53.

¹⁰³ Lo mencionado se plantea en un contexto donde los derechos fundamentales son recogidos en los ordenamientos jurídicos, más exactamente en la Constitución, lo que quiere decir que el debate de antaño sobre el Derecho y la moral huye de una dimensión de la norma frente a la norma para instalarse en el ámbito de la Constitución, es decir, donde los derechos fundamentales han sido institucionalizados positivamente, a este hecho se le ha denominado, la moralización del Derecho.

¹⁰⁴ “Y, sin embargo, el constitucionalismo de los principios sostiene como evidente que el particular sistema jurídico que él mismo encarna ha de influir en la concepción del Derecho; más concretamente, que exige ensayar una tercera vía entre el viejo Derecho natural racionalista,

entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada, la presencia del participante o punto de vista interno y la obligación moral de las normas jurídicas, ahora bien, en adelante se hará una evaluación de cada uno de estos elementos que servirá posteriormente para el análisis crítico de los mismos.

3. La simbiosis entre Constitución y jurisdicción. El constitucionalismo de los principios como teoría del Derecho

El constitucionalismo de los principios como teoría del Derecho pretende explicar las características de la transformación que ha experimentado el Derecho, en este camino no es nada extraño que se considere como tesis añejas a las planteadas por el positivismo jurídico decimonónico que también postula una teoría del Derecho.

Este cambio se manifiesta en la teoría de las fuentes del Derecho, en la teoría de la norma y en la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho, en otras palabras, suscita “la omnipresencia de la Constitución sobre la ley, la relevancia de los principios sobre las reglas, la importancia de la ponderación sobre la subsunción¹⁰⁵, respectivamente.

El discurso generalmente se construye por necesidad de algunos cambios que ocurren jurídica y políticamente, esta es la nueva realidad del Estado Constitucional. En él se presentan a los derechos fundamentales como parte genética del sistema normativo, pero ya no al mismo nivel de otras normas como las que pretendía el imperio de la ley, sino ahora tienen un escenario con mayor importancia – cúspide constitucional –.

De modo que, las tesis anacrónicas y desfasadas de la teoría del Derecho positivistas – tendencia decimonónica – no podían explicar esta nueva realidad. El papel que desempeñan los derechos fundamentales en la Constitución material contemporánea, no es el mismo de antaño, ahora su irradiación parte de un centro de gravedad, donde todos los dispositivos normativos y las decisiones jurídicas tienen que orientarse por la Constitución que es el nuevo cenit de los derechos fundamentales, es decir, lo característico de la

abstracto y sistematizador y un positivismo que se presenta como filosofía jurídica necesariamente unida a un modelo de Derecho ya hoy en clara bancarrota”. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, Ob. Cit., pp. 126.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Ob. Cit., pp. 160.

rematerialización constitucional es que una vez asentada desenvuelve un papel fundamental no sólo frente a los ciudadanos sino con mayor razón frente a las autoridades.

Esta situación básicamente se observa en la teoría de las fuentes en el que se origina el desbordamiento de las fuentes, la ley deja de ser lo que había sido en 200 años para pasar a la Constitución que es lo que se quiere que sea. De ahí el interés para reformar estructuralmente las normas que alberga la Constitución, así los derechos fundamentales no sólo tenían la forma de reglas sino y sobre todo de principios que por sus características especiales y únicas pretenden ser más disponibles para el intérprete, en este caso es el juez quien asume la gran responsabilidad para afrontar los desafíos del constitucionalismo de los principios.

Es en estas circunstancias que el juez necesita de un nuevo método de orientación para la interpretación y aplicación de las normas, no se puede comprometer y conformar con uno que había sido utilizado por el positivismo de antaño – método de subsunción – sino ahora ante el nuevo escenario del objeto a interpretar – principios – y las cualidades que ofrece el sistema jurídico cobra relevancia la ponderación, pues es el único método de resolución de conflictos de normas de derecho fundamental que asume el carácter de los principios y que tiene una estructura lógica y formal única.

En este sentido, se construye la simbiosis entre Constitución y jurisdicción que sienten la necesidad mutua para que pueda sobrevivir en el discurso del constitucionalismo de los principios frente a otros discursos contemporáneos. Mencionado ello, en este acápite se hará una exploración de los principales componentes de la teoría del Derecho a fin de observar el desarrollo de sus principales características.

2.1 El efecto en la teoría de las fuentes. De la independencia de derecho legal a la omnipresencia de la Constitución

Para el constitucionalismo de los principios la teoría de las fuentes ya no puede girar exclusivamente en torno a la ley¹⁰⁶, esto en la medida de que se ha producido ciertos cambios, por ejemplo, ya no es defendible la idea de la independencia del derecho legal por sobre el derecho constitucional, por el

¹⁰⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., p. 120.

contrario, se asume la existencia de la “omnipresencia de la Constitución” desde donde tendrá repercusión para los niveles inferiores del sistema jurídico.

Uno de los rasgos de este acontecimiento es el cambio corporal que sufre la norma constitucional, la configuración ya no es únicamente considerada como una Constitución formal sino ahora es la Constitución jurídicamente material, esta transformación se produce como consecuencia de la positivización de los derechos fundamentales, así que, la Constitución en este contexto se comprende como una verdadera norma jurídica cuya consecuencia inmediata será el efecto de irradiación¹⁰⁷.

La Constitución material ya no es solo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley, sino que “es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social”¹⁰⁸.

Se extrae dos ideas relevantes de lo anterior con relación a los límites al poder: por un lado, se puede entender como límite al poder desde una perspectiva formal y por otro lado se puede comprender como límite al poder desde una perspectiva material, para desentrañar estas dos premisas es oportuno entender a los componentes de la Constitución, una que es eminentemente formal y otra que es eminentemente material.

La Constitución se erige como la fuente del Derecho más relevante en los actuales sistemas jurídicos contemporáneos, aunque claro está que no se debe dejar pasar por alto que esto no siempre fue así sino todo lo contrario hubo todo un proceso de transformación desde la Constitución formal a la Constitución material como apuntamos, ahora se asumen derechos, principios y valores de distinto matiz de acuerdo con el pluralismo político.

Esta pléyade de principios y valores son completamente heterogéneos y diversos en función a su desarrollo, esta realidad es producto del pluralismo en el que toda sociedad se encuentra inmersa, como se dice no somos sociedades monoculturales o monomorales, siempre tendemos a percibir la cultura y la moral de manera diversa y asumimos ciertos contenidos en función a cómo queremos

¹⁰⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. en Juan Luis Requejo e I. Villaverde (traductor). Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Baden - Baden. 1993. p. 110-111.

¹⁰⁸ PRIETO SANCHIS, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Ob. Cit., pp. 121.

definir una sociedad, de modo que, la Constitución se comporta del mismo modo, pues lo recogido, “ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas”¹⁰⁹.

Conceptualmente se puede señalar que el modelo del pluralismo se manifiesta como “multiplicidad de ideas e intereses, y viceversa, en el seno de una comunidad política (...) Esta multiplicidad de facetas se nutre de todo un amplio abanico de procedimientos formalmente bien diferenciados (...)”¹¹⁰. Ese conjunto de ideas hace referencia a supuestos fácticos y a valores, concentrándose en situaciones de consenso y conflicto en el seno de sociedades democráticas. Cabe resaltar que “el pluralismo implica básicamente la apertura del sistema constitucional”¹¹¹.

2.1.2 La Constitución eminentemente formal

Dicho esto, podemos señalar en primer lugar que la “Constitución eminentemente formal” implica tener en consideración la comprensión adecuada de la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico¹¹², este planteamiento sostiene tener en cuenta las “normas fundamentales” en sentido formal: a) que determinan la llamada forma de Estado; b) que determinan las formas de gobierno; c) que disciplinan la producción normativa¹¹³.

En efecto, Hans Kelsen sostiene que la noción de Constitución “ha conservado un núcleo permanente (...) lo que se entiende siempre y ante todo por Constitución – y la noción coincide ante todo con la forma de Estado – es que las Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de leyes, de las normas más generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas (...) De esta noción se deriva la idea de asegurarle a la Constitución de la mayor estabilidad posible (...) sometiendo la revisión de aquellas a un procedimiento especial que contiene condiciones más difíciles de

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 120.

¹¹⁰ PEREZ, LUÑO, Antonio-Enrique, Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional, Ob. Cit., pp. 500.

¹¹¹ HÄBERLE, Peter., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, en E. Mikunda (editora), Tecnos, Madrid, 2002, pp. 103.

¹¹² KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia Constitucional)*, en Rolando Tamayo y Salmorán (traductor), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de ensayos jurídicos, Núm. 5, pp. 20.

¹¹³ GUASTINI, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en Miguel Carbonell (traductor), *Cuestiones Constitucionales*, núm. 1, julio-diciembre, 1999, pp. 166.

reunir”¹¹⁴. Desde esta Constitución, proclamada por H. Kelsen se destaca el carácter neutral desde el punto de vista político y el fundamento de la Constitución en sentido jurídico-positivo¹¹⁵ (órgano, procedimiento y la agravación del procedimiento de reforma respecto a la ley).

La Constitución eminentemente formal es un concepto políticamente neutro y escrito que puede recibir cualquier contenido (político), y, a la vez, constituye el fundamento jurídico-positivo de todo orden jurídico estatal¹¹⁶. De tal modo que la relación necesaria entre el procedimiento agravado y el sistema del orden jurídico estatal (forma de Estado, forma de gobierno y procedimiento de producción normativa), se justifica a fin de estabilizar de manera ordenada su desarrollo. En otras palabras, la Constitución formal constituye el fundamento jurídico-positivo de todo orden jurídico estatal¹¹⁷.

Por esta razón, conviene una comprensión adecuada de la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico que se reconduce a un análisis detallado de la construcción escalonada del orden jurídico¹¹⁸, esto quiere decir, que, de la implementación de la jerarquía normativa se desprende y engloba los supuestos

¹¹⁴ KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia Constitucional)*, Ob. Cit., pp. 20-21.

¹¹⁵ Es esencial traer a colación la diferencia que hace Hans Kelsen sobre la Constitución en sentido lógico jurídico y en sentido jurídico-positivo, sostiene que, “la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción del derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico jurídico, para diferenciarla de la Constitución en sentido jurídico-positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta”. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, en Roberto J. Vernengo (traductor), Quinceava Edición, Editorial Porrúa, México, 2007, pp. 206.

¹¹⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Ob. Cit., pp. 233

¹¹⁷ Al parecer Víctor Ferreres Comella se mueve en la misma dirección, aunque en las líneas descritas anteriormente, se hace mención a un marco más detallado; es así como, Comella se cuestiona sobre ¿Por qué debe ser rígida la Constitución? sobre ello sostiene que: “con respecto a aquella parte que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado. En efecto: dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada, es conveniente que la Constitución opte por uno de esos sistemas. La rigidez constitucional asegura entonces la estabilidad de la opción elegida. Es más importante tener establecida una determinada estructura de gobierno, que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cuál es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país”. FERRERES COMELLA, Víctor, “Una defensa de la rigidez Constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 23, 2000, pp. 29.

¹¹⁸ Es recomendable precisar que: “el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas, equivalentes, sino una construcción escalonada de diversos estratos de norma jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica”. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Ob. Cit., p. 232

como la forma de Estado, la forma de gobierno, la producción normativa y el carácter agravado que necesita¹¹⁹.

Por consiguiente, la supremacía de la Constitución entraña su carácter procedimental agravado, motivado por el surgimiento de la Constitución como norma formalmente fundamental, lo que implica, que, “el criterio distintivo de las normas constitucionales sea únicamente el de su rango y jerarquía. Puesto así las normas constitucionales llegarán a tener un estatus en la cúspide de la pirámide normativa, lo que determinará la forma de producción de las restantes normas jurídicas de menor rango y son por eso el fundamento de la validez, pero sea cual sea su contenido, las normas constitucionales lo son debido a su rango supra-legal”¹²⁰. De este modo que, se afirma que la Constitución como norma formalmente fundamental es puramente neutral, pero a la vez es insuficiente.

2.1.2 La Constitución eminentemente sustancial o material

De esta construcción de la Constitución eminentemente formal pasaríamos a la Constitución eminentemente sustancial o material que sería la dimensión complementaria a la anterior, claro está que se produce tal relación como consecuencia de positivar los derechos fundamentales en la Constitución, lo que ha llevado a una transformación en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Así, contemporáneamente la Constitución como norma sustancialmente fundamental se presenta con distintos matices a lo anterior post segunda fase del constitucionalismo moderno como ha sido denominado por Maurizio Fioravanti (posterior a la segunda guerra mundial) o como también se sostiene en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, pero esto no queda ahí, pues producto de ciertos acontecimientos se renueva con una imagen novedosa, recuperando la centralidad en virtud de que la Constitución en sentido material engloba la máxima forma de garantía (límite al poder) y la directriz fundamental

¹¹⁹ Decimos que una constitución es rígida en la medida que su modificación sólo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario. FERRERES COMELLA, Víctor, “Una defensa de la rigidez Constitucional”, Ob. Cit., pp. 29.

¹²⁰ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*. Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 16.

(vinculo al poder), lo que necesariamente implica entender a la Constitución como auténtica y verdadera norma jurídica¹²¹.

El escenario en el cual se sitúa la Constitución es el de una posición de primacía jurídica como expresión de la primacía de los derechos y libertades¹²², esto quiere decir, que se le reconoce “un componente fuerte de liberación política, o sea, de erradicación de los males más característicos de las dominaciones políticas anteriores (o, si no, no es Constitución)”¹²³.

En síntesis, la Constitución como norma constitutivamente fundamental – Constitución fáctica – y la Constitución como norma formalmente fundamental aparecen conectadas a los derechos fundamentales y a su nuevo carácter, la Constitución como norma sustancialmente fundamental. Esta relación es entendida ahora como una cuestión reeditada, distinta en comparación a lo que representó entre Constitución y derechos, tanto en las revoluciones liberales como en la experiencia de entreguerras y en los regímenes totalitarios¹²⁴.

En este sentido, se debe resguardar el carácter supremo de la Constitución no solo desde la dimensión de la Constitución como norma formalmente fundamental sino desde lo sustancialmente fundamental, toda vez que, la materialización de los componentes del Estado Liberal, del Estado Democrático y del Estado Social (positivización de los derechos fundamentales) dan lugar a la erradicación de la arbitrariedad, el autoritarismo y de la exclusión política y social respectivamente¹²⁵.

Esta idea se encuentra concatenada con la premisa de que si bien la Constitución del Estado liberal de Derecho se mostraba como limite al poder ahora “las actuales constituciones principialistas asumen de forma resuelta la función de modelar el conjunto de la vida social”¹²⁶. Lo que se quiere afirmar, es

¹²¹ FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, en Manuel Martínez Neira (Traductor), Séptima edición. Editorial Trotta, Madrid, 2016, pp. 123-124.

¹²² ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “El Estado Constitucional: apuntes para una comprensión de su significado histórico”, *Revista historiográfica*, N° 9, v (2/2008), pp. 86.

¹²³ AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 24, 2001, pp. 443-445.

¹²⁴ “Ciertamente, no siempre ha estado claro a partir de la lectura del texto constitucional que los derechos y los deberes constituyen normas dotadas de una eficacia jurídica equivalente a la de las restantes normas del ordenamiento”. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “El papel del juez en el Estado constitucional”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, N° 22, 2005, pp. 113.

¹²⁵ AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, *Ob. Cit.*, pp. 429-457.

¹²⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, *Ob. Cit.*, pp. 121.

que, el papel de los derechos recogidos en la Constitución en el marco del constitucionalismo principialista, en la etapa posterior a la segunda guerra mundial, implica revitalizar la dimensión fuertemente jurídica y moral¹²⁷ bajo la tesis de la fuerza normativa que representa¹²⁸, de manera que este elemento se configura en el renovado constitucionalismo político e ideológico de los derechos fundamentales, no obstante, al ser conceptos, estos pueden caer según las concepciones de la Constitución en una orientación específica, es decir, que si se le da más preferencia a la dimensión moral y se reduce la dimensión jurídica como hace el constitucionalismo de los principios en ciertos contextos, se estaría gestando la Constitución como norma axiológica que sería ahora una concepción y no un concepto.

En cuanto al efecto de irradiación en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, se entiende primeramente que la Constitución (derechos) se encuentra detrás de la ley como referente supremo para solucionar problemas jurídicos (conflictos entre derechos o como se conoce casos difíciles), de manera que, de esa relación se invoca el efecto de irradiación, calificación que se asume en cuanto a que los derechos fundamentales como orden objetivo de valor plantean un efecto de irradiación en todos los ámbitos del Derecho.

La peculiaridad de esta irradiación estriba en que no constituye un nuevo ámbito objetivo del Derecho Constitucional, pues permite que cada ámbito del Derecho – civil, penal, administrativo y social – permanezca como tal, pero se impone en ellos acuñándolos e influyéndolos; estos ámbitos del Derecho quedan en cierto modo conformados constitucionalmente. De ello surge una – a veces disoluble – situación de mixtura entre el Derecho denominado ordinario y el

¹²⁷ Cruz Villalón sostiene que los derechos fundamentales son reconocibles, “en cuanto a su vinculación general, eficacia directa, el respeto del contenido por parte del legislador y la tutela judicial, sin embargo, el derecho fundamental no lo define únicamente su contenido sino sobre todo la “conexión de sentido” de los derechos fundamentales con la Constitución, esto quiere decir que los derechos fundamentales nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución”. CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y Evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 25, enero-Abril / 1989, pp. 35-62.

¹²⁸ “La Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos”. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Tercera Edición, Madrid, 1983. pp. 49.

Derecho Constitucional¹²⁹. Asimismo, cabe resaltar que el efecto de irradiación se proyecta sobre todas las autoridades, es decir, no se limita al poder judicial sino sobre todo afecta al poder ejecutivo y al legislativo.

Una segunda peculiaridad del “efecto de irradiación” que viene sostenida bajo los parámetros antecedentes es que este “no determina por sí mismo su intensidad y extensión, ya que está abierto hacia arriba (...) debido a esta apertura, la intensidad o extensión de la irradiación, y con ello a la realización del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales en el Derecho ordinario, se establece con arreglo a parámetros auto-establecidos”¹³⁰.

En suma, la supremacía normativa de la Constitución va unida a la rigidez de la Constitución, pues, la segunda encuentra su razón no sólo en cuestiones formales sino y sobre todo materiales, en tanto que los derechos gozan novedosamente de la eficacia directa sin intermediación legislativa (dimensión fuertemente jurídica) lo que permite agravar el procedimiento de reforma sobre los derechos, poniendo en claro el acento de la diferencia respecto a las normas legales¹³¹, lo que quiere decir, que, el procedimiento agravado y rígido, en este caso de los derechos, se debe entender en clave de supremacía en sentido no sólo formal sino también material¹³².

Visto desde esta perspectiva la transformación y como consecuencia de ello, este produce lo que se ha denominado “el desbordamiento de las fuentes del Derecho”¹³³, pues “los ordenamientos jurídicos y, en especial su sistema de fuentes, se han visto afectados directamente por el fenómeno del pluralismo”¹³⁴, lo que implica, como mencionamos con anterioridad, la apertura del sistema constitucional¹³⁵, esto ha llevado a que se produzcan dos situaciones: supra-

¹²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ob. Cit., p. 110-111.

¹³⁰ *Ibidem*, pp.111.

¹³¹ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La constitucionalización de los derechos fundamentales en el siglo XX: Dimensiones, rasgos y algunas consecuencias”, en Gregorio Peces-Barba Martínez y otros (directores), en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo IV, Siglo XX, Volumen VI, El derecho positivo de los derechos humanos, Libro I, Parte General, Dykinson, Madrid, 2013”, pp. 372.

¹³² FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Ob. Cit., pp. 121.

¹³³ PEREZ, LUÑO, Antonio-Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, Ob. Cit., pp. 502.

¹³⁴ *Ídem*.

¹³⁵ HÄBERLE, Peter., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Ob. Cit., pp. 103.

estatalidad normativa e infra-estatalidad normativa; el primero toma como referencia el salto de referencia normativa estatal producto de las relaciones internacionales (fuera del ámbito estatal) y el segundo hace referencia a la ampliación de competencias normativas situados entre el ciudadano y el Estado (dentro del ámbito estatal)¹³⁶.

Lo que se quiere decir es, que la ley deja de ser el único y exclusivo centro de referencia normativa, produciéndose “una fuerte erosión en la omnipotencia y la autonomía del legislador: de la omnipotencia porque, como es obvio, la Constitución como norma de garantía impone un control externo sobre la validez de las leyes, y de la autonomía porque la Constitución como norma directiva pretende imponer a lo largo de amplias esferas de la decisión política qué objetivos corresponde seguir”¹³⁷.

No está demás insistir de esta idea, sobre todo desde otra percepción del problema, que “la ley ya no es la única ni la suprema fuente del Derecho, pues si bien conserva, sin duda, una gran importancia que no es preciso subrayar, ahora su función no es crear el sistema, sino integrarse en un sistema ya dado en permanente renovación donde su palabra es sólo una de las que puede pronunciarse, no la única, ni la última”¹³⁸.

2.1.3 El modelo axiológico de Constitución como norma

El presente modelo denominado axiológico de la Constitución como norma se compromete con la idea de un “conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento que son, respecto a las otras reglas, fundamentales, (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas) (...) a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor. En este modelo (...) la constitución está cargada de un valor intrínseco: la constitución es un valor en sí”¹³⁹

Del modelo se puede extraer una serie de características: la consideración de los sistemas jurídicos como sistemas predominantemente estáticos, distinto

¹³⁶ PEREZ, LUÑO, Antonio-Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, Ob. Cit., pp. 502.

¹³⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 122.

¹³⁸ Ibidem, pp. 128.

¹³⁹ COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, Ob. Cit., p. 98

al sistema jurídico dinámico; el acaparamiento de los principios que son contruidos atendiendo al texto de la norma como prescindiendo de él¹⁴⁰, de modo que la Constitución se vuelve un puente entre la moral y el Derecho (conexión necesaria entre el Derecho y la moral).

De esta manera, el sistema jurídico abre paso a consideraciones de tipo moral sea desde opciones como las fuentes morales y objetivas (Dworkin y los positivistas inclusivos) o desde la corrección moral (Alexy como no-positivismo incluyente)¹⁴¹ utilizando en este último caso unos métodos específicos como la ponderación o concretización¹⁴² o alguna forma de argumentación, lo que conlleva a que la interpretación no pueda prescindir de valoraciones éticas proponiendo siempre la interpretación moral de la Constitución¹⁴³.

En este sentido, se evidencia la preferencia de la dimensión moral por sobre la dimensión jurídica de la Constitución, donde los postulados morales (derechos fundamentales) no son vinculantes porque aparezcan en la Constitución, sino son vinculantes por su fuerza moral¹⁴⁴.

Esta lectura que postula el relieve de la moral por sobre lo jurídico, o en otras palabras, de la Constitución como norma sustancialmente fundamental (una tipo de lectura) por sobre el elemento formal y el constitutivo, puede resultar legítima en cuanto se entienda como una concepción, pero no como un valor absoluto y verdadero, es más, las dificultades por las que atraviesa este tipo de modelo se postulan como irreversibles, de manera que se cae en una sobrevaloración de la misma, repercutiendo en la afectación de ciertos elementos sustanciales del Estado de Derecho y en su resquebrajamiento.

¹⁴⁰ H. L. A. Hart, "El nuevo desafío del positivismo jurídico", Ob. Cit., p. 3-18.

¹⁴¹ Por ejemplo, Robert Alexy enraizado en un no-positivismo, hacen depender la validez de las normas constitucionales de la moral, sostiene: "(...) sí sería cierto, en caso de que la tesis de la pretensión de corrección fuera verdadera. Esta tesis proveería una base sólida para el argumento de que la moral está necesariamente incluida en el derecho. La inclusión de la moral en el derecho ayuda a resolver algunos problemas (...) el problema de las evaluaciones básicas que se encuentran al fundamentar y justificar el derecho; (...) el problema de realizar la pretensión de corrección en la creación y aplicación del derecho y (...), el problema de los límites del derecho". ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2016, p. 96.

¹⁴² COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico", Ob. Cit., p. 127.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., p. 78. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., p. 99. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., p. 125.

¹⁴⁴ ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco, "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", Ob. Cit., p. 210.

En todo caso para este modelo la relación entre la Constitución como norma y el sistema jurídico dependerá de la concreción de los derechos fundamentales, la coherencia normativa que se entenderá ahora como un test de corrección normativa, dando lugar a la laguna axiológica, todo ello producto del desplazamiento de la teoría de la autoridad a la teoría de la justicia¹⁴⁵. Al mismo tiempo, los adeptos del modelo axiológico de la Constitución como norma sostienen que el modelo descriptivo de Constitución y la interpretación que se hace de ella (atribución de significado al texto normativo en función del sentido de las palabras empleadas en la norma) no tienen ninguna utilidad para la práctica jurídica¹⁴⁶, esto quiere decir que, la defensa del positivismo jurídico al mantener el modelo descriptivo¹⁴⁷, la separación entre el Derecho respecto a la moral¹⁴⁸, entre otras tesis, sería nada relevante en el contexto del neoconstitucionalismo.

La justificación de esta última idea se encuentra en la conexión de la positivización de los derechos, que se entiende como el contexto esencial de los ordenamientos constitucionales contemporáneos, única y exclusivamente con el discurso del modelo axiológico, en el que se le asigna una lectura particular a la Constitución postulándose como la bisagra entre el discurso jurídico y el moral¹⁴⁹.

Esta afirmación al parecer hace desvelar una falacia argumentativa, en cuanto se alimenta de la idea de que este modelo únicamente y exclusivamente está vinculado con el modelo de Constitución, negando de esta manera otras lecturas. En todo caso, cabe precisar, a mayor abundamiento, que la

¹⁴⁵ AGUILÓ REGLA, Josep, "Sobre la Constitución del Estado Constitucional", Ob. Cit., p. 456.

¹⁴⁶ "La doctrina neoconstitucionalista rechaza, por tanto, la adopción de un modelo descriptivo de la norma Constitucional (...) El rechazo del uso de este modelo se debe a su carácter descriptivo, y por eso mismo, incapaz de proveer razones para actuar. (...)" POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la Interpretación Constitucional", Ob. Cit., p. 344.

¹⁴⁷ Una defensa de esta idea en contra del argumento de la inutilidad para la práctica véase en: CUENCA GÓMEZ, Patricia, "La constitucionalización de los derechos fundamentales en el siglo XX: Dimensiones, rasgos y algunas consecuencias", Ob. Cit., p. 397-398.

¹⁴⁸ En este sentido revítese Jiménez Cano que alcanza una respuesta entre varias que pretende contestar al denominado "argumento del contraste con la práctica", el cual sostiene que la tesis de las fuentes sociales (...) resulta descriptivamente inadecuada para dar cuenta de la práctica jurídica efectiva". JIMENEZ CANO, Roberto M., "Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)", *Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del Derecho, Nº 39, 2013, p. 85.

¹⁴⁹ "La doctrina neoconstitucionalista rechaza, por tanto, la adopción de un modelo descriptivo de la norma Constitucional (...) El rechazo del uso de este modelo se debe a su carácter descriptivo, y por eso mismo, incapaz de proveer razones para actuar. (...)" POZZOLO, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la Interpretación Constitucional", Ob. Cit., p. 344.

positivización de los derechos fundamentales, como se ha señalado anteriormente en la Constitución como norma sustancialmente fundamental, no es expresión del último periodo del siglo XX¹⁵⁰, sino este se remite a épocas anteriores. Si bien después de la segunda guerra mundial los derechos empiezan a tomar un carácter jurídico y una fuerza normativa distinta, esto no es óbice para realizar lecturas diferentes y comprometidas con la institucionalización de la Democracia y el Estado de Derecho, que incluyan al análisis de los derechos fundamentales, tal y como lo hace el modelo descriptivo de Constitución como norma¹⁵¹.

Asimismo, sostienen los defensores del modelo axiológico, que, en cuanto a los elementos de la Constitución como norma formalmente y constitutivamente fundamental, si bien resultan estar presentes en sus tesis, estos son insuficientes para presentar la mejor versión de la Constitución, por ello, sostienen el relieve de la Constitución como norma sustancialmente fundamental por sobre los otros modelos (desde una lectura particular) bajo la idea de que “el pasado y futuro se ligan en una única línea y, al igual que los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio que viene del pasado y por tanto a una incesante redefinición de los principios de la convivencia constitucional”¹⁵², en cuanto se caracteriza por su carácter abierto.

2.2 El efecto en la teoría de las normas. De las reglas a los principios

La pregunta que surge en este apartado es ¿sobre qué base normativa se pretende realizar la reconstrucción de los sistemas jurídicos? La respuesta fácilmente es encontrada por el constitucionalismo de los principios que sostiene la existencia de “más principios que reglas”¹⁵³. Se propone la preferencia de los principios frente a las reglas, lo que no significa que se debe dejar de lado las reglas, sino que debe haber convivencia entre los tipos de normas en un sistema

¹⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 17.

¹⁵¹ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico jurídico*, Ob. Cit., p. 229-230.

¹⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, en Miguel Carbonell (traductor), Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 87-88.

¹⁵³ ALEXY, Robert, *El concepto y validez*, Ob. Cit., pp. 160.

normativo, aunque claro está que la presencia de los principios en las normas constitucionales es sobredimensionada con relación a las reglas.

La transformación del sistema jurídico se hace sobre la base de la nueva estructura lógica de los principios, cabe precisar que la presencia de este tipo de normas en el sistema jurídico y sus características condicionan el cambio del equilibrio entre los poderes estatales y sus competencias¹⁵⁴, pues a partir de su realización se hace presente con mayor énfasis la omnipotencia de la jurisdicción por sobre la presencia del legislador.

Estas características que ofrece este cambio genético se refieren al alto nivel de generalidad, abstracción, apertura, al carácter no concluyente, al peso o ser considerados como mandatos de optimización y por ello ponderables; aunque dentro de todo cabe precisar que en el ámbito de la filosofía del Derecho que asume el constitucionalismo de los principios se presentan dos enfoques, podemos señalar en todo caso a la teoría de los principios de Robert Alexy y la de Ronald Dworkin.

En la literatura jurídica se ha calificado a la postura como la propuesta de una “distinción estricta o fuerte entre principios y reglas”. Pues bien, sobre el particular se ha sostenido que esta diferencia tiene una relación condicionada con el papel que ejerce la moral en el Derecho, es decir, se hace depender la conexión necesaria entre el Derecho y la moral del tipo de distinción entre reglas y principios, pues como se sabe también hay una distinción más moderada o débil.

Aunque no es la única propuesta también existe la posibilidad contraria, en el que estaría inmerso, en este se sostiene que como consecuencia del surgimiento de la “diferencia estricta de los principios frente a las reglas” se da origen a la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Esta idea encuentra justificación cuando se señala que lo que suscito primigeniamente fue el “hecho histórico” el proceso de moralización de la Constitución (los derechos fundamentales positivados), luego se relacionó a los derechos fundamentales con los principios (momento que se planteaba la diferencia estricta), para al final buscar justificación conceptual a fin de darle función y actividad a los principios, o sea, para que sean dinámicos en el sistema

¹⁵⁴ POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo”, Ob. Cit., pp. 143.

jurídico, es así que tuvo lugar una concepción del Derecho para justificar la idea de la conexión necesaria entre Derecho y moral. Desde nuestra perspectiva es más convincente esta última lectura.

Dicho esto, es relevante estudiar ¿en qué se justifica la diferencia estricta entre principios y reglas? tal distinción se encuentra en los presupuestos tanto en las tesis de Ronald Dworkin como en las de Robert Alexy. Ahora bien, el tratamiento tiene un antecedente interesante que obliga a realizar un recuento breve para luego introducirnos en la discusión.

2.2.1 La diferencia estricta entre principios y reglas en Ronald Dworkin

Es pues Ronald Dworkin en “Los derechos en serio” – el modelo de las normas – e incluso antes cuando se publicó el célebre artículo “¿Es el derecho un sistema de reglas?”¹⁵⁵ donde se replantea el escenario del Derecho y, aclara que el Derecho no solo está compuesto por reglas primarias y secundarias (criticando las tesis de H. L. A. Hart, en el concepto de Derecho)¹⁵⁶ sino también de principios (principios y directrices políticas)¹⁵⁷, aunque como se constata en un escrito posterior – *el Postscriptum* – Hart termina aceptando que ha sido un error no haber considerado de manera relevante a los principios jurídicos, es más, reconoce que los argumentos establecidos a partir de principios constituyen “un rasgo importante en la adjudicación y del razonamiento jurídico”, y sostiene esta idea sin que afecte la tesis sobre la versión moderna del positivismo normativista¹⁵⁸.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, en Javier Esquivel y Juan Rebolledo G. (traductores), *Cuadernos de crítica* 5, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, pp. 4-54.

¹⁵⁶ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, en Genaro R. Carrió (traductor), Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 99-113.

¹⁵⁷ Sostiene Ronald Dworkin: “cuando los juristas razonan o argumentan acerca de derechos y obligaciones, particularmente en aquellos casos difíciles cuando nuestros problemas con estos conceptos parecen ser más agudos, hacen uso de patrones que no funcionan como reglas, sino que operan de modo diferente como principios, políticas y otros tipos de patrones. Argumentaré, que el positivismo es un modelo de y para un sistema de reglas y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones que no son reglas. (...) Llamo directriz o directriz política al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de una comunidad (...). Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.” DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 72

¹⁵⁸ Precisa H. L. A. Hart: “coincido en que es un defecto de mi exposición el no haberme detenido en los principios (...) Considero que los argumentos establecidos a partir de principios de esta índole constituyen un rasgo importante de la adjudicación y del razonamiento jurídico y que tal rasgo debiera señalarse mediante la terminología apropiada”. HART, H. L. A, “Postscriptum”, en

Es así como bajo la “aceptación de los principios como parte del Derecho junto a las reglas” se construyen argumentos tendencialmente disímiles que delinear la defensa de una u otra propuesta. Como veremos en el transcurso, algunos autores replican las tesis de Ronald Dworkin y otros las de H. L. A. Hart en cuanto a la diferencia entre las reglas y los principios, claro está, asumiendo ciertas matizaciones¹⁵⁹; otros, también postulan tal diferencia, incluso haciendo depender sus teorías sobre la distinción y la teoría de los principios¹⁶⁰ que adoptan como es el caso de Robert Alexy.

La clave para que existan diversas posturas es justamente entender que la expresión “principios” goza de un carácter ambiguo y vago, por tanto, la determinación no es unívoca¹⁶¹, no existe una precisión indiscutible del mismo. Asimismo, se señala que los principios no son exhaustivos del conjunto de las normas, pues existen otros usos como los valores, las instituciones y las normas constitutivas¹⁶².

Juan Manuel Pombo (traductor), en *La decisión judicial. El debate Hart -Dworkin*, estudio preliminar César Rodríguez – Bogotá: Siglos del hombre editores; Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997, pp. 118-123

¹⁵⁹ AARNIO, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, en Pedro Serna (traductor), *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 4, 2000, pp. 593-602. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Palestra, Colección pensamiento jurídico, N° 13, Lima, 2013., pp. 27. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2007, pp. 24-28.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, en Ernesto Garzón Valdés (traductor), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993., pp. 81.

¹⁶¹ Genaro R. Carrió presenta hasta once denominaciones de los principios jurídicos. CARRIÓ, Genaro. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Editorial Abeledo-Perrot, monografías jurídicas N° 131, Buenos Aires, 1970, pp. 21-38. Aulis Aarnio para reducir imprecisiones conceptuales afirma que existe una serie de categorías de principios: “1. Principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico. 2. Los principios jurídico-positivos. i) los principios formalmente válidos. ii) Las generalizaciones jurídicas. iii) Los principios relativos a la toma de decisiones. iv) Principios extrasistémicos”. AARNIO, Aulis, “reglas y principios en el razonamiento jurídico”, Ob. Cit., pp. 593-602. Manuel Atienza y Ruiz Manero para evitar imprecisiones, clasifican a los principios desde cuatro perspectivas diferenciales: 1) Principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. (Distinción que es exhaustiva y excluyente). 2) Principios en el contexto del sistema primario o sistema súbdito y principios del sistema secundario o sistema del juez, y en general de los órganos jurídicos. (Distinción exhaustiva pero no excluyente). 3) Principios explícitos y principios implícitos. (Distinción exhaustiva y excluyente). 4) Principios sustantivos y principios institucionales (Distinción exhaustiva, pero no excluyente) ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ob. Cit., pp. 24-28.

¹⁶² Sostiene Paolo Comanducci que al lado de los principios y las reglas estas no agotan la calificación de normas, pues “a ambos muchos teóricos les añaden las normas constitutivas y/o las normas conceptuales, y/o las definiciones, y/o las normas de competencia, y/o valores, y/o directrices, etc.” COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 77.

Estas afirmaciones demuestran que los “principios” *per se* no son incompatibles con una actitud ius-positivista como parece sostener cierto sector de la literatura jurídica, el tema pasa mayormente por el “sentido de principios que se admita y sobre todo por el modelo de distinción que se defiende entre los principios y las reglas”¹⁶³, en este apartado únicamente observaremos a los principios en su diferencia estricta, dado que es lo que proponen los autores del constitucionalismo de los principios.

Ahora bien, en este apartado se pretende desarrollar minuciosamente el estudio sobre “la distinción estricta o la diferente estructura lógica entre reglas y principios”, sobre todo se tratará la diferencia que existe entre las tesis de Ronald Dworkin y Robert Alexy quienes alientan una teoría de los principios en el ámbito de la transformación de la teoría de las normas.

Sobre el particular Ronald Dworkin viene a sostener que existe una diferencia entre principios y reglas en relación con la estructura lógica en base a dos tesis: 1) el carácter no concluyente de los principios y el carácter de que las reglas actúan como mandatos todo o nada; y 2) la supuesta dimensión del peso e importancia de los principios frente a la ausencia del peso en las reglas.

En alusión al primer aspecto, se señala que las normas (reglas) son aplicables de forma disyuntiva, es decir, si acaecen los hechos que el supuesto de hecho que la regla establece, entonces o bien la norma es válida, aceptada y aplicada o bien no lo es. Se entiende que las reglas tienden a seguirse automáticamente en tanto encuadren los supuestos fácticos, lo cual permitirá actuar como mandatos de todo o nada¹⁶⁴, es así como, el desarrollo de las reglas únicamente proporciona criterio sobre acciones (como se debe o no actuar y como se puede) en contextos concretos determinados por las mismas reglas, lo que da a entender que las reglas se agotan en sí mismas, en lo que significan¹⁶⁵.

Ronald Dworkin buscando el contraste frente a las normas (reglas) sostiene que los principios – principios en sentido estricto y las directrices – no

¹⁶³ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, Madrid, 2000, pp. 144. Parecería afirmar lo mismo Manuel Atienza y Ruiz Manero cuando sostienen que “la cuestión de cómo distinguir los principios de las reglas o, entre sí, los diversos tipos de principios, podría adquirir tonos diferentes, según cuál sea la perspectiva escogida para considerar las normas” ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ob. Cit., pp. 29.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 76-78.

¹⁶⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., pp. 110

pretenden establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación y consecuencia todo o nada como las reglas, más bien enuncian una razón que atiende a una sola orientación o dirección, pero no exigen una decisión en particular, o sea, los principios son razones para decidir. Asimismo, concluye diciendo que “esta es la manera que se comportan los principios en el derecho, donde los funcionarios deben tener en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine inclinarse en uno u otro sentido”¹⁶⁶, sin que se sientan obligados a una decisión en particular.

Lo mismo pretende Gustavo Zagrebelsky, cuando señala que “los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa (...) en un caso concreto”¹⁶⁷.

En este sentido, los principios para Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky desde esta perspectiva cumplen un doble papel: como orientadora, ante las interpretaciones dudosas – casos difíciles – y, otra, como controladora de soluciones, que al mismo tiempo no ofrece ni deja de ofrecer una respuesta categórica¹⁶⁸. Lo que permite evidenciar según afirma G. Carrió sobre Dworkin, que “al parecer este autor plantea que los funcionarios deben tener en cuenta que los principios apuntan a cierto sentido y no a uno en específico”¹⁶⁹

En relación con el segundo aspecto, da a entender que esta diferencia viene sostenida en el criterio del peso o importancia relativa (no absoluta) que se le asignan a los principios dentro del ordenamiento jurídico, situación que dará origen a ciertos conflictos entre principios y a su vez promoverá la reconciliación recíproca en base al reequilibrio¹⁷⁰, se produce o bien sea como meta a alcanzar

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 76-78.

¹⁶⁷ “Los principios (...) no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una toma de posición conforme con su ethos en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida (...). Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, en Marina Gascón (traductor), Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 109-130.

¹⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Ob. Cit., pp. 29.

¹⁶⁹ CARRIÓ, Genaro. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Ob. Cit., pp. 53.

¹⁷⁰ “También desde el punto de vista relatable, los principios se distinguen de las reglas (...) porque estos presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia. No resulta difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para

(por lo general una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad) – directrices políticas – o bien como exigencia de justicia o de equidad o de alguna dimensión de la moral positiva – principios en sentido estricto –.

Esta característica da a entender que un principio que es desplazado por otro de más peso sobrevive intacto, y aunque en esa ocasión – caso concreto – no prevalezca, siguen siendo válidos. Esta dimensión no se encuentra presente en las normas (reglas), en tanto que, tienden a ser funcionales o no funcionales; es decir, en el marco de las normas (reglas) la importancia vendrá marcada por la función más relevante en la regulación del comportamiento el cual conllevará a un posible conflicto que será resuelto utilizando ciertos criterios como la autoridad superior (jerarquía), o el posterior (temporalidad), o la más especial (especialidad)¹⁷¹, y que tendrá como consecuencia la no supervivencia de las reglas, es decir, una de las reglas no puede ser válida. Desvelando de esta manera la importancia que tienen los principios sobre las normas (reglas) en el caso concreto.

2.2.2 La diferencia estricta entre principios y reglas en Robert Alexy

En el caso de Robert Alexy, la importancia de esta distinción estricta entre principios y reglas es relevante para la construcción de su teoría de los derechos fundamentales, así citamos literalmente la idea: “(...) para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. (...) constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales”¹⁷².

la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., pp. 125.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 78-79.

¹⁷² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., p. 81.

Sobre esta base las normas principios y las normas reglas se hunde en “una diferencia no sólo gradual sino cualitativa”¹⁷³, a esto se refiere cuando se hace alusión a la distinción estricta o la diferente estructura lógica que se maneja en las reglas y los principios. Los enfoques se presentarían así: se plantea una diferencia en cuanto a criterios de generalidad, abstracción y a su carácter abierto que se conecta con una moral fundamentada en el momento de la interpretación y argumentación; como también se señala que los principios tienen un carácter como mandatos de optimización¹⁷⁴ y, por último, los conflictos se resuelven a través de la ley de ponderación y de la colisión¹⁷⁵.

Una defensa como la de R. Alexy advierte serias dificultades que deben ser tomadas en serio, en tanto que interpretar a las normas como principios desde los presupuestos del constitucionalismo de los principios que pretenden sostener que la validez de las normas ahora dependen de la moral correcta, es decir, de la pretensión de corrección (argumento de la injusticia) que es presupuesto relevante para la teoría de los derechos fundamentales¹⁷⁶ y que se relaciona con la teoría de la argumentación jurídica para llegar a sostener justamente esa moral correcta en el sentido de fundamentada¹⁷⁷

Ahora bien, sobre el primer criterio de distinción se entiende que los enunciados normativos gozan de un alto nivel de “generalidad”, que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y las reglas son normas de un grado relativamente bajo¹⁷⁸. Por ejemplo, la norma que expresa “todos gozan de libertad de creencias” tienen una estructura diferente a la norma que dicen que “todo recluso tiene derecho a apartar a otros reclusos de sus creencias”, el primero goza de un grado relativamente alto de generalidad y el segundo de un grado relativamente bajo¹⁷⁹. El grado de

¹⁷³ “Las normas pueden dividirse en reglas y principios y que (...) no solo existe una diferencia gradual sino cualitativa. Esta tesis es correcta. Existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios. Este criterio (...) explica la mayoría de los criterios en ella contenidos como típicos de los principios (...) Los principios como mandatos de optimización (...)”. Ibidem, pp. 86.

¹⁷⁴ Ibidem, pp. 87.

¹⁷⁵ Ibidem, pp. 94-98.

¹⁷⁶ Ibidem, pp. 81.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ob. Cit., pp. 205.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, pp. 249.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en Manuel Atienza (traductor), en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 05, 1988, pp. 141.

generalidad alto corresponde a las características de las disposiciones constitucionales, esto se debe a la configuración como principios entendidas como normas surgidas de manera natural, que no necesitan ser establecidas de manera detallada (carácter general y abierto) frente a las reglas que si necesitan ser explicitadas¹⁸⁰.

Esta cualidad para el autor deviene de la vaguedad (carácter de toda expresión semántica) y por ello es indeterminada y al mismo tiempo se encuentra en conexión con la naturalidad axiológica o valorativa al momento de la determinación del contenido (momento que se realiza la interpretación y argumentación), lo que implica que la diferencia estructural esta no sólo sostenida sobre una base semántica sino está relacionada con un carácter moral, el cual se presenta al momento de la aplicación de las normas y no antes, siendo este instante en el que se pretende aplicar la tesis de la pretensión de corrección que más adelante será desarrollada.

El segundo criterio es el de abstracción, este refiere que en relación con los principios se presenta tres tipos de abstracción: ausencia del destinatario, ausencia de la modalidad del objeto (abstención o de acción) y ausencia de restricción del derecho, es decir, de cláusulas restrictivas¹⁸¹, esto quiere decir, que existe un alto nivel de abstracción en los principios mientras que en el caso de las reglas el nivel es mínimo.

El tercer criterio tiene que ver con el carácter abierto – conducta descrita y condiciones de aplicación –. Al respecto se debe hacer una breve digresión pues es necesario distinguir la tesis de Robert Alexy y la de Ronald Dworkin en la medida que emplean criterios disímiles para distinguir los principios de las reglas.

Así, como anteriormente se ha estudiado, Ronald Dworkin sostiene que la diferencia se da en función al carácter no concluyente de los principios y al carácter de mandatos de todo o nada de las reglas¹⁸², es decir, los principios –

¹⁸⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp.104.

¹⁸¹ ALEXY, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático". en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Derechos y libertades*, Madrid, 2000, 8. V (Ene-jun 2000), pp. 30)

¹⁸² DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 76-78. En la misma sintonía está Gustavo Zagrevski. "Las reglas en este caso proporcionan el criterio de las acciones (como debe o no actuar y como se puede) en contextos concretos determinados, de modo que las

principios en sentido estricto y las directrices – no pretenden establecer condiciones que hacen necesaria su aplicación y consecuencia todo o nada como las reglas, más bien enuncian una razón que atiende a una sola orientación o dirección, pero no exige una decisión en particular, entendiéndose que los principios son razones para decidir¹⁸³.

Esta distinción para Robert Alexy es una versión demasiado simple y tiene que ser reelaborada por otra que sea aún más diferenciada¹⁸⁴. Enfatiza que en lo que respecta a su carácter *prima facie*, las reglas y principios son nítidamente distintos, los últimos siempre tienen el carácter *prima facie*, mientras que los primeros en tanto se plantea una excepción a la aplicación, hace que pierda el carácter de definitivo (razones definitivas) y adquiera el carácter *prima facie*¹⁸⁵.

El cuarto criterio es el de “los mandatos de optimización” que no sólo se distingue por el “carácter estructural de las normas” sino por el “carácter funcional que desarrolla en la interpretación y argumentación”, ejercicio teórico que no ha sido profundizado por Ronald Dworkin¹⁸⁶. De manera que, para Robert Alexy el criterio de los principios como mandatos de optimización representa el más importante de todos y que plantea razones para explicar otros criterios dentro de su seno, tanto así que es más importante que el criterio de generalidad¹⁸⁷.

Los principios como mandatos de optimización refuerzan la idea de una separación cualitativa entre principios y reglas. Esta postura para el autor “constituye (...) el punto de partida para responder a la pregunta acerca de la

reglas se agotan en sí mismas”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., pp. 110.

¹⁸³ “Esta es la manera que se comportan los principios en el derecho, donde los funcionarios deben tener en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine inclinarse en uno u otro sentido”. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 76-78.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 99.

¹⁸⁵ Ídem.

¹⁸⁶ “Se podría preguntar por qué colisionan los principios de la manera descrita. Sólo esta cuestión, no planteada por Dworkin, lleva al núcleo de la diferencia entre las reglas y principios. (...) los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización (...)”. ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en Manuel Atienza (traductor), en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 05, 1988, pp. 143.

¹⁸⁷ Para Robert Alexy lo realmente determinante para la diferencia entre reglas y principios viene condicionado por entender a los principios como mandatos de optimización, cosa que no sucede con las reglas. Contrariamente propone que “quien considera la generalidad como decisiva llega a la conclusión de que entre las reglas y los principios existe solo una distinción de grado. Esto puede designarse como la tesis débil de la separación”. ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Ob. Cit., pp.141. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 86.

posibilidad y límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales”¹⁸⁸. Lo que da a entender que tal diferencia se presenta como uno de los “pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”¹⁸⁹.

Los principios que se asientan en los derechos fundamentales generalmente prescriben lo que debe de ser¹⁹⁰, por ello, son normas que ordenan que algo sea realizado en la “mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, esta tesis reside justamente en la idea de los “mandatos de optimización” cuyo carácter se realiza en el cumplimiento de diferentes niveles y grados en un caso concreto y que el grado de su cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Todo lo contrario, ocurre con las reglas que se caracterizan por ser normas que solo pueden ser cumplidas o no¹⁹¹. En cambio, las reglas hacen puntualmente lo que se les pide, pues está configurada como válida, es decir, “las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado, por ello, toda norma es o bien una regla o bien un principio”¹⁹².

Esta afirmación advierte el vínculo recíproco que existe entre la teoría de los principios (diferencia cualitativa entre reglas y principios), la norma de derecho fundamental y los mandatos de optimización, lo que dará lugar a entender que el grado o nivel de su cumplimiento se deberá específicamente a otros principios opuestos, lo que no sucede en el caso de las reglas.

En quinto criterio, la solución de estos problemas entre los principios debe hacerse o bien a través de la ponderación o bien a través de la ley de la colisión, mientras los conflictos entre las reglas a través de ciertos criterios (especialidad, temporalidad e importancia).

¹⁸⁸ Ibidem, pp. 82).

¹⁸⁹ Ídem, pp. 82).

¹⁹⁰ Tanto los principios como las reglas; “pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”. Ibidem, pp. 83.

¹⁹¹ Ibidem, pp. 86-87.

¹⁹² Ibidem, pp. 86-87.

Propone Robert Alexy que el carácter beligerante en la diferencia de las normas como principios y reglas es resultado de la consideración de “deber ser”, es decir, de los juicios que prescriben una conducta a realizar. La solución a estos conflictos, en el caso de las reglas, solo puede llegar a través de dos vías: o bien determinando una cláusula de excepción a la regla; o bien, mediante la declaratoria de invalidez de una de las reglas, que repercutirá en la expulsión del sistema jurídico (el conflicto se enmarca en la variable de la validez), en base a criterios de especialidad, temporalidad y de la jerarquía que representa una de las reglas¹⁹³.

Los principios en cambio en los casos concretos tienen diferente peso y prima el principio con mayor peso. Es decir, que la colisión de los principios se abarca desde la “variable del peso o la fórmula del peso” y no desde la validez¹⁹⁴. De modo tal, que, las soluciones de la colisión entre principios pueden darse a través de la “ley de colisión”¹⁹⁵ o “a través del resultado de la ponderación como norma de derecho fundamental adscripta”¹⁹⁶.

En suma, para este autor le resulta relevante la conexión e implicación recíproca entre la teoría de los principios – mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas – y la máxima de la proporcionalidad – adecuación, necesidad y sobre todo proporcionalidad en sentido estricto o ponderación –¹⁹⁷.

Cabe señalar en relación con los autores que han planteado tal diferencia que la propuesta de Alexy representa un refinamiento del criterio de la dimensión del peso o importancia que propuso en su momento Ronald Dworkin, entendida como una característica de los principios y no de las reglas, que da origen a los conflictos y a la conciliación recíproca en base al reequilibrio¹⁹⁸. En este caso

¹⁹³ Ibidem, pp.88.

¹⁹⁴ Ibidem, pp. 90.

¹⁹⁵ Ibidem, pp. 94.

¹⁹⁶ Ibidem, pp. 96-98.

¹⁹⁷ Ibidem, pp. 111-112.

¹⁹⁸ “También desde el punto de vista relativo los principios se distinguen de las reglas (...) porque estos presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia. No resulta difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, en Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira (traductores), Trotta, Madrid, 2014, pp. 125.

Robert Alexy ha desarrollado una reformulación más profunda en el que ha institucionalizado la racionalidad del principio de proporcionalidad (fórmula del peso), la tesis de los mandatos de optimización y la forma de colisión como parte de la teoría de los principios. Lo que da lugar a sostener, la diferencia sobre todo “cualitativa” entre principios y reglas.

2.3 El efecto en la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho. De la subsunción a la ponderación

En este ámbito se pretende hacer notar la transformación que ha sufrido el proceso de razonamiento jurídico sostenido por el constitucionalismo de los principios, en especial por Ronald Dworkin y Robert Alexy.

En este sentido, la idea es dar a conocer que este cambio a nivel de la concepción de la interpretación cognitiva tradicional, que luego se plantea como interpretación contemporánea para luego dar lugar a la argumentación jurídica en general y a la ponderación como una forma de argumentación en particular.

2.3.1 La concepción de la interpretación cognitiva tradicional

De manera introductoria se deja entrever que el desarrollo de la interpretación y aplicación del Derecho tiene su origen básicamente en la idea del “juez autómatas”, es decir, el juez es boca de la ley. En este tipo de juez si se quiere semántico en términos Dworkinianos, se evidencia que el nuevo orden de la voluntad y la razón y el desplazamiento de este último a la interpretación o el desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del Derecho¹⁹⁹, conecta naturalmente con el principio de separación de poderes²⁰⁰, pues por un lado está el legislador que crea Derecho y por otro está el juez que aplica.

Es decir, el desarrollo de este principio plantea dos compartimentos estancos y rígidos; por un lado, el poder de “crear” Derecho – legislador – y, desde otro, el de aplicarlo – juez –²⁰¹, lo que, a su vez, le conlleva el vínculo del

¹⁹⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Ideología e Interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pp. 28.

²⁰⁰ “Parece claro que el dogma que los jueces aplican, pero no crean Derecho ha venido siendo apoyado por el origen teórico-político de la teoría de la subsunción, que no es otro que la división de poderes, y por su más obvia consecuencia procesal, como es la obligación de redactar las sentencias conforme a la fórmula silogística de resultados, considerandos y fallo”. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Creación y aplicación de la decisión judicial”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, N° 1, 1984, pp. 8.

²⁰¹ Con anterioridad se había preocupado Norberto Bobbio sobre el tema que buscando “la razón en el Derecho” plantea una segunda observación donde afirma que “creo que con una cierta aproximación, a los dos significados de la razón, -que podemos llamar también, según un uso

primero con la voluntad-razón (primer plano de la versión del mito legalista) y al segundo con la racionalidad – dejando al juez sugestionado a la ley y al mito de la certeza del Derecho – (segundo plano de la versión del mito legalista)²⁰².

Sin embargo, la concepción en análisis no sólo se recuesta en un vínculo fuerte con el principio de separación de poderes y con la idea de la existencia de certeza del Derecho, como se observa, sino también con la idea de igualdad formal y sobre todo con la tesis del imperio de la ley²⁰³ que se caracteriza por ser única, pública, precisa, sencilla, clara, abstracta, general, garante de la libertad y sobre todo emana de la voluntad esclarecida del pueblo; y, por último, también se sostiene que entre los valores jurídicos que orientan la decisión judicial se encuentra la seguridad jurídica y el equilibrio de las decisiones²⁰⁴.

De la idea de los principios esenciales de la concepción cognitiva se concluye que, en términos de Jerzy Wróblewski²⁰⁵ que el discurso está centrado en defender una ideología de la decisión vinculada, en el que se presenta como eje central la “fidelidad a la ley – entendida como fidelidad a un conjunto de preceptos entera y unívocamente preconstituidos a su aplicación judicial”²⁰⁶—.

convalidado (...), razón sustancial a la primera y razón formal a la segunda- se les puede hacer corresponder con los dos distintos momentos del universo jurídico (...): el momento de la creación del Derecho y el momento de la aplicación. La razón fuerte es la que crea, descubre o revela -según los distintos puntos del Derecho racional- el Derecho, (...) la razón débil es aquella que, una vez establecidas las reglas (...), las aplica al caso concreto y para aplicarlas al caso concreto se vale de los procedimientos descritos o regulados por la lógica, por la tópic, por todas las disciplinas que tienen por objeto las operaciones mentales que se pueden hacer entrar en el concepto de razonamiento. Naturalmente, los límites (...) no son de hecho tan rígidos. BOBBIO, Norberto, “La razón en el Derecho, (Observaciones preliminares)”, en *Doxa, Revista de filosofía del Derecho*, Nº 2, 1985, pp. 19.

²⁰² GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, en Marina Gascón y Miguel Carbonell (Traductores), Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, pp. 14. Asimismo, destaca el profesor Prieto Sanchis: “Por eso, cabe decir que es la euforia codificadora cuando la concepción del sistema jurídico se ha visto más ampliamente sometida a los dominios de la razón y de la lógica; creación y aplicación del Derecho aparecen entonces como perfectas operaciones racionales, pues si el Código constituye un monumento de la geometría social y jurídica, la interpretación por su parte ha dejado de ser un catálogo de casos, tópicos y argumentos para construirse a imitación del propio Código, esto es, como un silogismo perfecto”. PRIETO SANCHIS, Luis, *Ideología e Interpretación jurídica*, Ob. Cit., pp. 28.

²⁰³ CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, Madrid, 2008, pp. 345.

²⁰⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, en Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría (traductores). Editorial Fontamara, Segunda Edición, México D. F., 2008, pp. 76.

²⁰⁵ Denominación realizada por Jerzy Wróblewski, que muy bien puede coincidir con lo planteado en la concepción cognitiva y con la versión del noble sueño postulada por H. L. A. Hart en su obra una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: el noble sueño y la pesadilla.

²⁰⁶ CHIASSONI, Perluigi, *Técnicas de interpretación jurídica*, en Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora (traductor), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 161.

En este sentido, en su versión apegada al “positivismo o formalismo jurídico” decimonónico, se sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo, en el que se pretende descubrir el significado normativo de los textos – de manera empírica – (descubrir el verdadero, unívoco y determinado significado de las disposiciones legislativas) o en todo caso se busca la intención subjetiva de los autores – autoridad legislativa – (determinar la verdadera, unívoca y determinada voluntad o intención del legislador, o sea, ya sea voluntad subjetiva o histórico-psicológica de los individuos que han formulado y aprobado las disposiciones)²⁰⁷; lo que conllevaría a afirmar que es posible configurar la *verdad o falsedad* del enunciado.

Alguien con una visión muy amplia, como es el caso de Norberto Bobbio, puede sostener que la jurisprudencia de conceptos y la escuela de la exégesis (presentes en el siglo XIX) usando distintas vías, llegarían a resultados semejantes, sobre todo porque las tesis defendidas tienen que ver con la idea de un diseño lógico y mecánico en la interpretación y aplicación del Derecho²⁰⁸, es decir, una estructura silogística en el momento de interpretar y aplicar el Derecho, lo cual concluye en una teoría de la subsunción. De tal manera que las autoridades normativas tienen una voluntad unívoca y reconocible, por ello, el objetivo inmediato del acto interpretativo es en este caso puntual descubrir ese significado objetivo o esa voluntad subjetiva que preexiste a la interpretación, admitiendo únicamente una respuesta correcta o verdadera²⁰⁹.

Al admitir “la respuesta correcta” en versión del positivismo decimonónico y en el desarrollo de esta concepción no se está más que afirmando la existencia de elementos básicos del sistema jurídico, como es el de plenitud y el de coherencia²¹⁰ de las normas y del sistema jurídico, lo que conlleva a sostener que el juez no puede tener espacios de discrecionalidad y no existen normas

²⁰⁷ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Ob. cit., p. 14. ROSS, Alf., *Sobre el derecho y la justicia*, en Genaro R. Carrió (traductor), Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp. 117-118.

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, en Rafael de Asís y Andrea Greppi (traductores), Debate, Madrid, 1993, pp. 133.

²⁰⁹ CHIASSONI, Perluigi, *Técnicas de interpretación jurídica*, Ob. Cit., pp. 161.

²¹⁰ “Las leyes, que determinan de una forma tan completa la decisión judicial, forman un sistema jurídico que es completo, cerrado y no contradictorio. Ese sistema como codificación es excelente, codificación que llegaba a ser el ideal del legislador. Se trata de la interpretación jurídica como gobernada por la lógica formal”. WRÓBLEWSKI, Jersy, *Sentido y hecho en el derecho*, en Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría (traductores), Editorial Fontamara, Segunda Edición, México, 2008, pp. 76.

indeterminadas, por lo tanto, el juez no crea Derecho, sólo aplica las normas o estándares preexistentes.

La finalidad de la concepción cognitiva es poder evitar la ausencia de elementos ideológicos, políticos y éticos, es decir, la interpretación desprovista de dimensiones voluntaristas y creacionistas por parte del juez²¹¹, porque el Derecho ha sido creado por el legislador en estricto cumplimiento del principio de la separación de poderes²¹².

Este modelo desde el plano filosófico y constitucional ha sido descartado, justamente porque en el espacio del actual constitucionalismo contemporáneo resulta ser insuficiente, sobre todo porque ahora existe una Constitución en el que se recogen una diversidad de derechos que torna más complejo el pronunciarse sobre sus contenidos.

El cambio sobre la visión cognitiva ha sido realizado por H. L. A. Hart quien encuadrándose dentro de un positivismo contemporáneo reconoce la existencia de indeterminación de las disposiciones normativas, contrariamente a la certeza del Derecho en cuanto el sistema jurídico es coherente y pleno.

Así, cabe profundizar brevemente sobre la locución “textura abierta” o la vaguedad, la cual se debe exclusivamente a Waismann, quien fue el que acuñó el término y que ha sido trasladado por H.L.A. Hart al ámbito de la filosofía del Derecho, apuntando que “cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, (...) en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una textura abierta”²¹³.

Esta expresión básicamente servirá de ayuda para referirse a la presencia de un núcleo de certeza y de una penumbra de incertidumbre en la aplicación de las palabras generales²¹⁴ Al parecer H.L.A. Hart no hace diferencia alguna entre vaguedad y textura abierta, más bien termina entendiendo ambas expresiones en igual sentido, ya que, para él, la textura abierta se da en “aplicación de las palabras o conceptos”, lo que da a entender que tal denominación funciona en el momento del roce con la realidad o con el caso concreto a resolver y no antes.

²¹¹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Ideología e Interpretación jurídica*, Ob. cit., pp. 28.

²¹² SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Editorial tecnos, Madrid, 1998, pp. 75.

²¹³ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, Ob. Cit., pp. 159

²¹⁴ ENDICOTT A. O., Timothy, *La vaguedad en el Derecho*, en J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez (traductores), Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pp. 73

En todo caso, cabe cuestionarse: ¿por qué la textura abierta o la vaguedad es un carácter inherente al lenguaje jurídico? Siguiendo la línea de H. L. A Hart se puede sostener que “no podría considerarse deseable, ni aún como un ideal, la concepción de una regla tan detallada (...) por dos obstáculos entre sí. El primero, es nuestra relativa ignorancia de los hechos y el segundo por la relativa indeterminación de los propósitos”²¹⁵.

Para Genaro Carrió la textura abierta es producto del lenguaje natural o jurídico, sin diferencia: “no es una circunstancia meramente accidental; tampoco debe ser vista como un defecto grave ni como una insuficiencia remediable de la técnica de control social que llamamos derecho. (...). Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural que, en cierto sentido, tienen que hacerlo”²¹⁶.

Aún, cuando estemos frente a un caso hipotético en el que se haya determinado con claridad en todas las dimensiones, suscita lo que ha llamado “el caso insólito”, es decir, que en ciertos casos existe ausencia de determinación, lo que obliga a sostener dos ideas que justifican a la textura abierta; la primera, que no se puede prever todos los casos posibles y la segunda que no se puede agotar la descripción de un objeto material ni formular una lista completa de todas las características o propiedades, en tanto que, pueden registrarse variantes o combinaciones de eventual relevancia²¹⁷.

Como consecuencia de la evidencia afirmada el mismo autor deja entrever que “habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. Es indudable que un automóvil es un vehículo). Pero también habrá casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no (la palabra vehículo comprende tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplano, bicicletas y patines?)”²¹⁸

Lo que conllevará a plantear dos escenarios para desarrollar las proposiciones diferenciadas, el primero de ellos tiene que ver con que “para toda norma existen casos fáciles que seguramente recaen en su campo de aplicación,

²¹⁵ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, Ob. Cit., pp. 160.

²¹⁶ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre el Derecho y el Lenguaje*, Quinta edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 49.

²¹⁷ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre el Derecho y el Lenguaje*, Ob. Cit., pp. 36.

²¹⁸ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, Ob. Cit., pp. 156-157.

y el segundo, como también casos marginales o difíciles”²¹⁹, respecto a los cuales la aplicabilidad de la norma es controvertida, ya que en este caso se sitúa en la zona de penumbra”²²⁰.

Es pertinente hacer una diferencia sustancial al entender los casos difíciles en Ronald Dworkin que a continuación se observará en el desarrollo de sus tesis y en H. L. A. Hart. Se manifiesta que “a diferencia de la teoría de Dworkin, en la que la dificultad de un caso es consecuencia de la interpretación y ésta, a su vez, se representa como presupuesto de la comprensión, en el caso de la vigilia, es la presencia de un caso difícil la que justifica el recurso a la interpretación”²²¹.

2.3.2 La concepción de la interpretación cognitiva contemporánea

Teniendo en cuenta este nuevo escenario contemporáneamente surge la postura de Ronald Dworkin, antes que nada, se debe recordar que anteriormente cuando se estudió la teoría de las normas y se desarrolló la presencia de los principios (directrices y principios en sentido estricto) se dejó en manifiesto la importancia de la distinción estricta (estructural y lógica) frente a las reglas, de manera que el autor asume que en el sistema jurídico no sólo existían reglas sino también principios.

Unido a ello, dada la existencia de varias normas (reglas y principios) para la solución de un caso, estas por su naturaleza y más aún entendidas en el sistema jurídico, conlleva a sostener, ya no, la coherencia y plenitud en sentido positivista sino la incerteza jurídica, justamente este vendría a ser el elemento esencial para considerar el origen de los casos difíciles, aunque este se da en una etapa post-interpretativa como se desarrollará más adelante.

Es en este contexto en el que Ronald Dworkin urgido por buscar una solución a la problemática de la teoría de los casos difíciles, el cual se produce por la indeterminación de las normas, la discrecionalidad del juez (discreción para decidir el caso en uno u otro sentido) en el que el litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, y además²²², plantea la tesis de la

²¹⁹ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Ob. cit., pp. 53.

²²⁰ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Ob. cit., pp. 17

²²¹ BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Ob. cit., pp. 53.

²²² “En los últimos capítulos sostuve que esa teoría de la adjudicación de competencias al juez es totalmente inadecuada”. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 146.

“única respuesta correcta” que refiere que el juez siempre encuentra la respuesta correcta en el derecho preestablecido²²³, esta propuesta para el autor es una mejor teoría a la anteriormente comentada²²⁴

Este modelo nos da a entender, que, en los casos más difíciles, la razón y la imaginación deben buscar la respuesta correcta, pues la razón da lugar a pensar que es así, que es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta, análisis que se realiza en una dimensión sobre la moralidad y no sobre la metafísica²²⁵. Sostiene el autor que este modelo rechaza enérgicamente la concepción silogística o de subsunción, es decir, niega que el juez debe reducir su actividad a una mera operación mecánica²²⁶.

En este modelo sostiene que el Derecho se encuentra totalmente determinado, aunque esta afirmación no se justifica en los mismos términos de la concepción cognitiva, así la tesis sostiene que una norma encuentra determinación en los principios de justicia y equidad que cierra el sistema, de este modo el autor plantea que se evidencia la existencia de una discrecionalidad débil²²⁷, o sea, que se hace presente la capacidad de discernimiento, pero sin libertad interpretativa²²⁸, esta idea se verá más adelante cuando se trate la relación necesaria entre el Derecho y la moral, propuesta que sostendría R. Dworkin.

En todo caso se propone un nuevo enfoque del fenómeno jurídico en la interpretación de los principios, en el que se postula una concepción del Derecho

²²³ Albert Calsamiglia, “Prólogo. Ensayo sobre Dworkin”, en Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, en M. Guastavino (traductor), Barcelona, Ariel, 1995, pp. 20-21.

²²⁴ “Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos, (...) esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles”. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 146.

²²⁵ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones interpretativas de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Ob. Cit., 1988, pp. 12.

²²⁶ Albert Calsamiglia, “Prólogo. Ensayo sobre Dworkin”, en Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 21.

²²⁷ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999., pp. 66.

²²⁸ “La discrecionalidad débil exige “capacidad de discernimiento” sin libertad interpretativa. Mientras que la discreción fuerte implica que un funcionario no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión, por lo que puede decidir libremente, lo que no implica que la decisión tenga que ser arbitraria”. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 85

basado en la idea de integridad²²⁹, donde se defiende que no existen casos que no puedan resolverse jurídicamente²³⁰. Esta afirmación se consigue por intermedio de un agente que sería el Juez Hércules “quien debe descubrir principios que no solamente se adecuen al precedente particular al cual le obliga a prestar atención algún litigante, sino a todas las otras decisiones judiciales generales que caen dentro de su jurisdicción general (...) Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente”²³¹.

De este modo, la única respuesta correcta del Juez Hércules en el caso concreto se constituye en la etapa post-interpretativa²³² (visión holística o integradora respecto del fenómeno jurídico), por ello, siempre es posible encontrar una mejor interpretación que impliquen que el resto de las respuestas no eran las correctas, pero para ello se requiere salir del Derecho y acudir a razonamientos morales.²³³

Esta tesis de la existencia de determinación total y objetividad en el derecho – única respuesta correcta – no sólo se muestra independiente de la suerte de la tesis metafísica como se mencionó anteriormente sino también de la tesis de la semántica, pues su posición respecto al escepticismo lo pone de manifiesto²³⁴, abrazando de este modo una tesis moral enfocado desde el realismo moral²³⁵.

²²⁹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., pp. 165

²³⁰ “El principio adjudicativo de integridad incluye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, bajo la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad. (...). El derecho como integridad es diferente: es a la vez producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal. El programa que ofrece a los jueces que deben decidir casos difíciles, es esencialmente interpretativo: el derecho como integridad les pide que continúen interpretando el mismo material que reclama haber interpretado bien por sí mismo. Se ofrece como continuidad (la parte inicial) de las interpretaciones más detalladas que recomienda. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., pp. 164-165

²³¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., 1995, pp. 189-190

²³² “En aquellas sociedades en las que se haya desarrollado la actitud interpretativa frente a la práctica del Derecho (...) el fenómeno jurídico puede analizarse -en opinión de Dworkin- a partir del paso por las tres etapas interpretativas (...) La etapa preinterpretativa. El problema de la identificación del Derecho (...) La etapa interpretativa. La búsqueda de un significado para el derecho (...) La etapa postinterpretativa. La formulación del Derecho (...)”. LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Ob. Cit., pp. 284-291.

²³³ LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Ob. Cit., pp. 291.

²³⁴ MORESO, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Segunda Edición, Editorial Palestra, Lima, 2014, pp. 170.

²³⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, Ob. Cit., pp. 115.

Esto al final conduce el estudio a dos dimensiones autónomas: por un lado, la existencia de un mundo jurídico autónomo de nuestro conocimiento; y, por otro, la verdad jurídica independiente de nuestra capacidad de justificar, en condiciones epistémicas ideales, la verdad de nuestras proposiciones jurídicas²³⁶. A este presupuesto teórico se le ha calificado como una explicación del sentido deontológico de los derechos fundamentales en general²³⁷.

De ello, advierte que los principios cumplen un papel fundamental, diferenciándose del modelo de y para un sistema de normas (reglas)²³⁸ en un sentido amplio, y que al lado de las normas o reglas se encuentran los “principios” como parte integrante del Derecho. Es así como, los principios no se basan en ninguna decisión particular de ningún tribunal u órgano sino en un sentido de “conveniencia y oportunidad” que, tanto en el foro como en la sociedad se desarrolla con el tiempo. De manera que la continuación de su poder dependerá de que tal sentido de conveniencia que mantenga²³⁹, mientras que las reglas (normas) encontrará un origen basado en la autoridad competente y en el procedimiento (*pedigree*), bajo el manto de la regla de reconocimiento²⁴⁰.

²³⁶ MORESO, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., pp. 171.

²³⁷ En ese sentido recalca Jürgen Habermas en cuanto “por derechos (...) entiende Dworkin derechos que gozan de validez positiva a la vez que merecen ser reconocidos desde el punto de vista de la justicia. La tesis de que hay tales derechos cuenta con una razón práctica histórica encarnada (...) Dicha razón se hace valer en el punto de vista moral y se articula en una norma fundamental que exige que tengan todos la misma consideración y respeto. Esa norma fundamental de Dworkin coincide con el principio del derecho de Kant y con el primer principio de justicia de Rawls, conforme a los que a todos y cada uno asiste un derecho a iguales libertades subjetivas de acción. Pero contra Rawls, Dworkin objeta que las partes en la posición original sólo pueden ponerse de acuerdo sobre ese principio porque ese derecho básico a igual consideración y respeto regula ya la admisión de las partes a la posición original, es decir, figura entre las condiciones de todo acuerdo o convenio racional en general. En Dworkin la norma fundamental goza de estatus, ya no, ulteriormente fundamentable, de un derecho natural..., que todos los hombre y mujeres poseen..., simplemente por ser seres humanos que tienen la capacidad de proyectar planes y practicar la justicia”. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, en M. Jiménez Redondo (traductor), Trotta, Madrid, 1998, pp. 270-271.

²³⁸ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. cit., pp. 72

²³⁹ Ibidem, pp. 95

²⁴⁰ “La distinción de Hart entre normas primarias y secundarias es de gran importancia. Las primeras aseguran derechos e imponen obligaciones a los miembros de la comunidad, la segunda estipula cómo y por obra de quiénes se puede formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias. Justamente a esta norma secundaria es lo que Hart denomina “regla de reconocimiento”. Esto quiere decir, que, de acuerdo con Hart que la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por un órgano legislativo, otras por los jueces, es decir, las establecidas por las instituciones jurídicas”. Ibidem, pp. 94

En suma, el descubrimiento y la tesis de la reconstrucción de un principio como jurídico, obliga a descifrar “la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas”²⁴¹. Los principios se encuentran después de haber pasado por un proceso de actividad interpretativa (etapa post-interpretativa)²⁴² de descubrimiento preexistente, que se sustentan en “la teoría ética y política mejor fundada – el buen razonamiento moral –”²⁴³. De modo que la validez jurídica y origen de los principios jurídicos no depende de la autoridad competente sino de la moral correcta (única respuesta correcta) lo que a su vez implica una “conexión argumentativa cierta de tipo conceptual entre derecho y moral”²⁴⁴.

En conclusión, la tipología da a entender que: “en un sistema jurídico moderno, para cada caso por difícil que sea – controvertida – el sistema establecido idóneamente interpretado, provee, no solamente una respuesta, sino, con ciertas excepciones desdeñables, una única respuesta correcta derivada del sistema. La apariencia de fisuras subrayada por el positivista es superficial y engañosa y desaparece, cuando una adecuada teoría general de la interpretación es aplicada al Derecho. Esto es así porque un sistema jurídico, tal y como es percibido por los jueces, incluye no solamente el Derecho explícito reconocido como tal por el positivista e identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (legislación, precedente, costumbre y práctica judicial, etc.) sino también un conjunto consistente de principios jerárquicamente ordenados que están implícitos en o son presupuestos por el derecho explícito. La especificación de este conjunto de principios implícitos constituye una teoría general del sistema jurídico como un todo. Esta teoría al mismo tiempo explica el derecho explícito en el sentido de que cualquier parte del derecho puede ser vista como ejemplificación de uno o más de tales principios, y también justifica el derecho en el sentido de que tales principios constituyen la más sólida (como

²⁴¹ Ibidem, pp. 128.

²⁴² “Pero se debe tener en cuenta que para R. Dworkin, la dificultad o no de un caso, es consecuencia de la interpretación, en otros términos, la existencia de un caso difícil tendrá lugar una vez producida la interpretación”. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Ob. cit., pp. 54.

²⁴³ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 23, 2011., pp. 80

²⁴⁴ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”, Ob. cit., pp. 79

dice Dworkin) o mejor justificación moral del derecho explícito. La teoría tiene por ello tanto una dimensión de adecuación como una dimensión de moralidad”²⁴⁵.

Sin embargo, por más que esta postura pragmática sea bastante influenciada dentro de su aceptación jurídica en el Derecho *anglosajón*, ulteriormente en el Derecho *occidental europeo* han aparecido propuestas más moldeables al Derecho escrito en el sentido de cómo solucionar los problemas que presentan los casos difíciles, es aquí donde se debe dar atención a “la teoría estándar de la argumentación jurídica”²⁴⁶ en sentido general y de la ponderación en sentido particular.

Se ha visto que hasta el momento existe todo un cambio dentro de la temática de la interpretación y aplicación del Derecho de modo que ahora en este ámbito el Derecho no se entenderá como interpretación únicamente sino como argumentación.

En este sentido, para un cierto sector del positivismo jurídico (H. L. A. Hart) en los casos difíciles o dudosos se evidencia “los márgenes de la indeterminación y donde sencillamente se alzaban el vacío jurídico y la subjetividad de los operadores jurídicos”²⁴⁷, tesis conocida como la discrecionalidad del juez. Para otro sector de la filosofía del Derecho como es el caso de los que defienden una teoría de la argumentación jurídica esta incompletitud debe rellenarse con una limitación a la discrecionalidad judicial, toda vez que sostienen que no se deben dejar las decisiones a la subjetividad o arbitrariedad del juez.

Por lo que siguiendo la finalidad de pretender resolver los problemas teóricos que enfrenta el Derecho, al constitucionalismo de los principios le urge sostener una teoría de la argumentación o del razonamiento jurídico, pues las decisiones judiciales deben contener buenas razones, puedan así ser sujeto de control por las mismas autoridades y por la sociedad en general. En el Estado Constitucional de Derecho supone la proscripción de la arbitrariedad y según esta postura únicamente se logrará esta finalidad a través de la argumentación jurídica.

²⁴⁵ Hart, H. L. A. “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, en Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo (traductores), *Sistema*, Nº 36, 1980., pp. 3-18.

²⁴⁶ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 132.

²⁴⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 134.

2.3.3 La concepción argumentativa en el Derecho

2.3.3.1 La argumentación jurídica en general

En términos generales la teoría de la argumentación jurídica defendida por Robert Alexy gira en torno a la *tesis del caso especial* que se expresa en que el “discurso jurídico es un *caso especial* del discurso práctico general”²⁴⁸ o en el que la argumentación jurídica es un tipo especial de argumentación práctica general.

La tesis del caso especial se fundamenta en tres elementos: 1) las discusiones jurídicas deben referirse a *cuestiones prácticas* o que es lo mismo que dentro de la argumentación jurídica se deben discutir cuestiones prácticas; 2) la discusión debe darse desde la *pretensión de corrección*, esto quiere decir, que se pretende que el enunciado afirmado pueda ser racionalmente fundamentado en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente; y, por último, 3) que la discusión debe estar bajo *condiciones de limitación* (menor amplitud y mayor vinculación)²⁴⁹.

Sin llegar a ampliar el primero de los fundamentos que por su misma denominación se entiende, pasamos al segundo que es en el que se plantea la necesidad de un análisis más detallado, este supone que en el ámbito del discurso jurídico *la pretensión de corrección* “no plantea que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto del ordenamiento jurídico vigente *que pueda* ser racionalmente fundamentado (...). Esta pretensión de corrección no decae por el hecho de que quien fundamenta algo persigue únicamente sus intereses subjetivos (...) hay razones para opinar que la falta de pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida”²⁵⁰. De esta afirmación se puede extraer dos cosas, primero que la argumentación no implica una de tipo absoluta y segundo que la pretensión de corrección subsiste a pesar de no ser satisfecha.

En cuanto al tercer fundamento se hace alusión a que “ciertamente aquí no se pretende que las proposiciones normativas a fundamentar encuentren el

²⁴⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ob. Cit., pp. 206.

²⁴⁹ Ibidem, pp. 207.

²⁵⁰ Ibidem, p. 208-209.

acuerdo de todos en una discusión sin limitaciones, pero sí que se pretende que todo el que orienta su comportamiento según el ordenamiento jurídico vigente debe estar de acuerdo con estas proposiciones. Lo que se toma como referencia en este tipo de argumentación tiene lugar bajo condiciones limitativas. Esta referencia de la argumentación racional no sólo justifica, sino hace que parezca necesario hablar de discurso jurídico, en tanto no desaparezcan las condiciones limitativas”²⁵¹.

La teoría del discurso “no resulta sólo adecuada, sino incluso necesaria para la comprensión teórica de la argumentación”²⁵², así, se entiende como discurso a “la pretensión de las partes de argumentar racionalmente”²⁵³, de manera que, en la teoría del *discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*, se verá solamente como discurso aquellas disputas jurídicas que tienen lugar bajo la idea de pretensión de corrección²⁵⁴, más adelante se estudiará a más detalle la idea de pretensión de corrección del Derecho (normas, decisiones y sistema jurídico), de momento queda decir que este concepto implica que las normas no son válidas sólo por su fuerza sino por determinados contenidos sustanciales.

En resumen, lo que se quiere poner en relevancia es que “el núcleo del caso especial consiste en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico, pero como se señaló anteriormente la pretensión plantea que las proposiciones normativas en el marco de un ordenamiento jurídico vigente²⁵⁵ puedan ser racionalmente fundamentadas y no que sea sin más racional”²⁵⁶, al parecer esta postura no busca la plena racionalidad²⁵⁷ porque

²⁵¹ Ibidem, pp. 211.

²⁵² Ibidem, pp. 212.

²⁵³ Ídem.

²⁵⁴ Ibidem, pp. 213.

²⁵⁵ “El ordenamiento jurídico no puede considerarse como una figura retórica o un dato casual, sino que responde a las exigencias del funcionamiento del derecho en una sociedad técnicamente avanzada”, que no sólo se caracteriza por ser existir relativamente unidad coherencia y plenitud, sino que también plantea caracteres como el pluralismo, la apertura jurisdiccional y el mismo tema que se está tratando por ahora, que es la argumentación. PEREZ, LUÑO, Antonio-Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, Ob. Cit., pp. 498.

²⁵⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ob. Cit., pp. 213.

²⁵⁷ “(...) es pertinente reconocer que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional. De este modo, puede refutarse la objeción de que la ponderación es irracional, porque no es plenamente objetiva”. BERNAL PULIDO, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base

sería casi un imposible, también se debe señalar que la pretensión de corrección es limitada pues se efectúa bajo reglas precisas y, por último, también es relativa porque vale para los participantes y en un determinado momento temporal.

Retomando la idea de la teoría de la argumentación jurídica en sentido general este se encuentra compuesto no sólo por la justificación interna de gran importancia en el que se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas, sino por la justificación externa que es la dimensión en la que se deben presentar buenas razones para que las premisas estén justificadas materialmente, es en este ámbito en el que se trata de ver la corrección de las premisas o lo que es lo mismo, “el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna”²⁵⁸.

Sobre el particular se deben entender que las premisas son de tres tipos: 1) reglas de Derecho positivo, 2) enunciados empíricos y 3) premisas que no son ni enunciado empírico ni reglas de Derecho. Las distintas premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación, aunque en la argumentación todas están interconectadas. Al primero le sirve mostrar la conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico, la segunda sujeta a los métodos de las ciencias empíricas como las máximas de la presunción racional como la regla de la carga de la prueba y en cuanto al tercer tipo de premisa le corresponde el método de fundamentación de la argumentación jurídica estricta o justificación externa estricta que anteriormente se ha descrito²⁵⁹.

Para la fundamentación del tercer tipo de premisa existen algunos grupos de reglas y formas de justificación externa (argumentación jurídica), según el autor estas constituyen reglas de interpretación, de argumentación dogmática, de uso de precedentes, argumentación empírica, de normas especiales de argumentos jurídicos y reglas y formas de la argumentación práctica general. Es a través de estas reglas y formas que se satisface la pretensión de corrección presente en el discurso jurídico (argumentación jurídica)²⁶⁰.

para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 283-284.

²⁵⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ob. Cit., pp. 222.

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ Ibidem, pp. 224.

Pero estas reglas o formas no actúan solas pues en su desarrollo se encuentran integrados con la argumentación práctica general (el papel de los argumentos prácticos de tipo general en el discurso jurídico) que también señalan reglas y formas de justificación externa (argumentación práctica general) como las reglas fundamentales, las reglas de la razón, las reglas sobre la carga de argumentación, las formas de argumentos y las reglas de fundamentación y reglas de transición²⁶¹.

Estos últimos tipos de reglas *puede ser necesarias* en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos, en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a distintos resultados, en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, en la fundamentación de los distinguishing y overruling y directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna. Esto quiere decir, que la reglas y formas de la justificación externa (argumentación jurídica) necesita siempre de los argumentos prácticos de tipo general²⁶².

No obstante, pese a ello a veces se da el “desplazamiento de los argumentos prácticos de tipo general” por enunciados dogmáticos o precedentes instaurados para la saturación de distintas formas de argumentos y para la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos, pero esta sólo es siempre provisional, pues las reglas y formas de justificación externa (argumentación jurídica) necesitaran siempre de argumentos prácticos de tipo general (argumentación práctica). En suma, la argumentación práctica general – formas y reglas – constituye por ello el fundamento de la argumentación jurídica – formas y reglas –²⁶³.

En conclusión, la teoría de la argumentación jurídica se identifica básicamente con el discurso jurídico en el que se debe dar “*la justificación de proposiciones normativas*” que toma forma a través de la diferencia entre *justificación interna* y *justificación externa*²⁶⁴. La teoría de la argumentación jurídica se centra explícitamente en el contexto de justificación y no en el

²⁶¹ Ibidem, pp. 184

²⁶² Ibidem, pp. 271.

²⁶³ Ibidem, pp. 271-272.

²⁶⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ob. Cit., pp. 214.

descubrimiento, es decir, en el conjunto de razones justificativas de la decisión jurídica y no en causas psicológicas o sociológicas respectivamente²⁶⁵.

En este sentido, es en la justificación externa que se observa la *corrección de las premisas* que fueron determinadas lógicamente en la justificación interna²⁶⁶. A estas premisas le corresponde un método de fundamentación de la argumentación jurídica o justificación externa que logra tener dinamicidad cuando interactúan las reglas y formas de justificación externa (argumentación jurídica) con las reglas y formas de justificación externa (argumentación práctica general).

De todo ello, se puede entender que existen ciertos rasgos de teoría de la argumentación jurídica entre ellos se puede hacer alusión a que esta gira en torno a señalar que “la tesis del caso especial a reforzado la vinculación conceptual entre el Derecho y la moral, y en ese sentido es tendencialmente antipositivista”²⁶⁷ o en todo caso sostiene una filosofía jurídica de corte no-positivista²⁶⁸, así se evidencia que la tesis del caso especial encuadra de mejor manera en los presupuestos de un constitucionalismo de los principios que plantea la conexión entre el Derecho y la moral correcta.

En alusión a este punto es que se dan otros rasgos de la argumentación por ejemplo que al caso especial (razonamiento jurídico) le interesa el razonamiento de los órganos jurisdiccionales, que el razonamiento jurídico plantea una especialidad como un tipo, que el razonamiento jurídico que siempre ha sido moral plantea un punto de vista interno (participante), que la tesis del caso especial en el que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral en el que se vincula el razonamiento jurídico con la moral crítica o correcta, que la adopción del caso especial parece asentarse sobre el

²⁶⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, en *Doxa, Revista de filosofía del Derecho*, N° 22 (1999), pp. 197.

²⁶⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ob. Cit., pp. 214.

²⁶⁷ “La teoría de la argumentación ha impuesto una teoría del Derecho no positivista, es decir, ha favorecido una vinculación conceptual necesaria entre el Derecho y la moral”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, Ob. Cit., pp. 197-210.

²⁶⁸ Cabe resaltar que “la teoría de la argumentación jurídica no tiene por qué ser necesariamente incompatible con una visión positivista del derecho, la tesis del caso especial ha reforzado de manera más o menos consciente una teoría del Derecho de corte no positivista”. *Ibidem*, Ob. Cit., pp. 197.

presupuesto en materia ética, es decir, presupone una *teoría ética normativa* cuando vincula el razonamiento jurídico con la moral crítica²⁶⁹.

Aunque cabe sostener que no es la única teoría ética normativa, pues en la filosofía moral existe diversas propuestas de teorías éticas – de ética normativa – que sostienen (diversas intensidades) el objetivismo moral y que pueden ser aptas para suministrar un método para descubrir o reconstruir la respuesta correcta, entre una de las propuestas de ética normativas está el constructivismo o procedimentalismo moral que es defendido por Manuel Atienza²⁷⁰.

2.3.3.2 La ponderación como una forma de argumentación jurídica

Ahora bien, a todo esto ¿qué tiene que ver la ponderación? ¿Qué lo hace distinto al Derecho como integridad de Dworkin? ¿En qué radica la diferencia con la subsunción? ¿Cuál es su estructura? ¿Cómo se relaciona la distinción entre justificación interna y justificación externa en la ponderación?

La ponderación es la novedad que trae la transformación del Derecho, es decir, el paso del modelo de subsunción al modelo ponderativo. La transformación implica que el razonamiento formal – silogismo lógico – es complementado por un razonamiento más complejo que se presenta en los casos difíciles – indeterminación de las normas –, la “fórmula de la subsunción” en este estado no es suficiente ante un conflicto de principios. Es en todo caso la estructura formal de la ponderación que es la “fórmula del peso” que ante un conflicto entre principios – carácter *prima facie* – según Alexy es quien toma lugar para dilucidar si un principio ha sido restringido por otro principio de manera desproporcionada.

Es Robert Alexy quien defiende un procedimiento metodológico de aplicación de normas-principio, es decir, un modelo ponderativo ante el conflicto de principios en el que se subraya que para saberlo se tiene que conocer su estructura²⁷¹, lo cual evidencia la distinción con el modelo propuesto por R. Dworkin que no tiene un método estructural de esta naturaleza y con estas características.

²⁶⁹ Ibidem, Ob. Cit., pp. 198-201.

²⁷⁰ ATIENZA, Manuel, “Cómo evaluar las argumentaciones judiciales”, en *Dianoia*, Volumen LVI, número 67 (noviembre 2011), pp. 118.

²⁷¹ ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 11, enero-junio 2009, pp. 7.

La disimilitud radica en que la estructura formal de la subsunción puede ser representada en un esquema deductivo, el que puede llamarse "la fórmula de subsunción". El autor señala que existe un esquema análogo para la estructura formal del balanceo o evaluación ponderativa, el cual le denomina "la Fórmula del Peso".

En resumen, según Robert Alexy la subsunción y la ponderación tienen esquemas análogos, mediante el cual se puede identificar la estructura formal de un conjunto de premisas que garantice la inferencia de un resultado legal. La relación en ambos casos, entre las premisas y la derivación del resultado legal, es, sin embargo, diferente. La fórmula de subsunción es representada por un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la lógica, mientras que la fórmula del peso lo hace mediante un esquema que opera de acuerdo con las reglas de la aritmética. A pesar de esta diferencia, las dos fórmulas son similares, en cuanto refiere al juicio existente en la base de la argumentación²⁷².

En relación con la estructura de la ponderación se señala que esta viene a ser una parte de lo que exige un principio más amplio, este principio que comprende todo, que no es más que el principio de proporcionalidad, cuyos elementos son los sub-principios de adecuación, necesidad y de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, todos estos subprincipios expresan un ideal optimizable²⁷³.

Algunas características del principio de proporcionalidad no serán comentadas ahora, no obstante, si es importante detenerse en el principio de ponderación, en la medida que, es en este punto, en el que se puede apreciar con mayor nitidez la mayor influencia de la transformación, lo que no quiere decir que los elementos anteriores no sean relevantes.

El principio ponderativo está conformado por una estructura que conforma (i) la ley de la ponderación, (ii) la fórmula del peso y (iii) las cargas de argumentación. La primera implica a la tesis central de los mandatos de optimización, esto es, "la mayor realización posible sobre las posibilidades jurídicas", en otras palabras, se "dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas"²⁷⁴ en relación con los principios que juegan en sentido

²⁷² ALEXY, Robert, "Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural", en *Revista de Derecho Foro Jurídico*, Núm. 9 (2009), pp. 40.

²⁷³ ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", Ob. Cit., p. 8.

²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 9.

contrario²⁷⁵. Básicamente esta idea se desenvuelve en el marco de la ley de la ponderación que expresa que “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”²⁷⁶. Siendo más simples se puede decir que la ley de la ponderación pretende dotar de racionalidad a las decisiones que tome el juez con relación al conflicto de los principios (derechos).

La tesis última puede desdoblarse en tres pasos y que ahora se explicará de manera resumida, en el que se tiene que: 1) definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios; 2) definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en contrario; y, 3) definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro²⁷⁷.

Sobre el particular el autor propone algunas variables para determinar “si la satisfacción del segundo principio *justifica* la afectación del primero”²⁷⁸, estas son: a) la variable del grado de afectación de los principios en el caso concreto; b) la variable del peso abstracto de los principios relevantes; y, c) la variable de la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación, que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes²⁷⁹.

Además de ello Alexy atribuye un valor numérico a las variables, en el primer punto al que llamaré (a) se determina mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades, el grado de afectación o satisfacción de los principios puede ser leve, medio o intenso. El segundo (b) como peso abstracto se funda en el reconocimiento en el que uno de los principios tiene mayor importancia según “la concepción de los valores predominantes de la sociedad” y que se mide con las tres intensidades. El tercero punto (c) se mide en función al grado de certeza sobre el reconocimiento de las apreciaciones empíricas que inciden en la afectación a los principios en colisión, dependiendo de ello, será

²⁷⁵ ALEXY, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 22, Núm. 66, septiembre-diciembre, 2002, pp. 31.

²⁷⁶ ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, Ob. Cit., pp. 9.

²⁷⁷ ALEXY, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Ob. Cit., pp. 32.

²⁷⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales, en Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho”, en *Serie doctrina jurídica*, N° 244, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 22.

²⁷⁹ ALEXY, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Ob. Cit., pp. 40-56.

mayor o menor el grado de certeza²⁸⁰, es decir, se calificará como seguras, plausibles o no evidentemente falsas.

En relación con el segundo punto que es *la fórmula del peso* la idea es buscar la relación entre “los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”²⁸¹. A cada uno de estos puntos se le asignará un valor numérico según el primero punto que será representada en una fórmula cuyo resultado puede ser que la satisfacción del principio contrario no justifica la afectación del otro o que sí justifica o que resulte un empate.

Por último, sobre el tercer punto, en cuanto a la carga de argumentación se debe entender que ante un *empate* en los resultados de la fórmula del peso que produce la decisión que se enjuicia, ésta aparece como no desproporcionada, y, por lo tanto, debe ser declarada como constitucional la norma o la decisión que se ha tomado, como se observa esta resolución juega en favor del legislador y del principio democrático²⁸², sin embargo cabe precisar que esto no fue siempre así, pues antes de la versión del “epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” sostenida por Alexy, en el libro “teoría de los derechos fundamentales” el autor sostenía que ante un empate en los resultados de la fórmula del peso se debe declarar inconstitucional la norma o la decisión puesta en cuestión, lo que evidencia una defensa por los principios y derechos en detrimento de la democracia y de la seguridad jurídica y otros principios esenciales²⁸³.

De lo mencionado sobre la ponderación se observa que el autor sugiere que el esquema ponderativo – tipo de argumentación – denominado como la fórmula del peso el cual funciona bajo las *reglas de la aritmética* vendría a ser el equivalente al esquema deductivo que se denomina la fórmula de subsunción que funciona de acuerdo con las *reglas de la lógica*²⁸⁴. De modo que, si es así,

²⁸⁰ PULIDO BERNAL, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, Ob. Cit., p. 22-23.

²⁸¹ ALEXY, Robert, Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, Ob. Cit., p. 42.

²⁸² ALEXY, Robert, Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, Ob. Cit., p. 42.

²⁸³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., p. 81.

²⁸⁴ ALEXY, Robert, “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, Ob. Cit., pp. 40.

únicamente estaría garantizando la justificación interna tal y como lo hace el modelo de la subsunción y que parece que esa es la intención de Robert Alexy.

Bien, sobre el particular Manuel Atienza ha hecho algunas críticas: i) apunta que los errores de Alexy sobre la ponderación son de carácter retórico “la fórmula del peso” es un uso metafórico del lenguaje matemático; 2) sostiene que la estructura de la ponderación según señalan algunos autores no puede ser entendido como un algoritmo – conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permite hacer el cálculo y hallar la solución de un tipo de problemas –que pretende señalar que *si es seguido* permite solucionar un problema de ponderación y si no es seguido no es un problema de la ponderación (estructura interna) sino de su utilización o de la corrección de las premisas que le atribuye el juez, puesto que lo que ofrece la ponderación es ser un organizador de argumentos²⁸⁵; y, por último, 3) sostiene que la afirmación de Alexy “es aproximadamente cierto (...) el esquema aritmético de Alexy no es exactamente – como él dice – la justificación interna de la ponderación sino más bien la justificación externa de una de sus premisas”²⁸⁶, se añade “precisamente porque se trata de un esquema puramente formal (cuya base es la noción elemental de justicia o de racionalidad: los beneficios no deben superar los costes), no puede usarse más que como una ayuda para resolver un problema, el de la ponderación, que es *fundamentalmente material* y, por así decirlo, *interpretativo*, este último implica entenderlo como un recurso heurístico”²⁸⁷ que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a problemas ponderativos (conflictos entre principios). Concluye el autor que, “mi sugerencia es, por tanto, la de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas”²⁸⁸.

Esto implica que la ponderación como criterio interpretativo servirá para ser usado materialmente en la justificación externa de la premisa, bajo el umbral de que la pretensión de corrección del Derecho actúa sobre el discurso jurídico del Derecho, es decir, el discurso jurídico (argumentación jurídica) es entendida como un caso especial del discurso práctico (argumentación práctica).

²⁸⁵ ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en *Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, Nº 1 – 2010, pp. 7.

²⁸⁶ Ídem.

²⁸⁷ Ídem.

²⁸⁸ Ídem.

CAPITULO TERCERO

LA FILOSOFÍA JURÍDICA EN EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS PRINCIPIOS

1. Cuestiones preliminares

La discusión sobre el tipo de relación entre el Derecho y la moral que adopta alguna concepción del Derecho tampoco es novedosa sino todo lo contrario se remonta a tiempos anteriores en el que se defiende una postura iusnaturalista²⁸⁹ o positivista²⁹⁰. Esta tensión entre la visión de lo jurídico o el sentido del Derecho²⁹¹ tiene un recorrido antitético en la historia, aunque con mayor intensidad desde mediados del siglo XX²⁹² en adelante, enfrentamiento que es considerado como una polémica de larga vida²⁹³, no obstante, dada la evolución teórica se ha dado apertura a nuevos debates sobre sus variantes y

²⁸⁹ “En líneas muy generales se pueden establecer unos modelos históricos que diferenciarían el iusnaturalismo antiguo (sobre todo greco-romano), el iusnaturalismo cristiano- no-medieval, el iusnaturalismo moderno o racionalista y los iusnaturalismos contemporáneos”. FERNÁNDEZ, Eusebio y Rafael de Asís, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, en Gregorio Peces Barba y otros, en Curso de Teoría del Derecho, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 300. Para algunas lecturas sobre la temática se puede indagar en: SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Segunda edición, 2003, Buenos Aires, pp. 28. FERNANDEZ, Eusebio, “Iusnaturalismo”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Editores), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 60-61. RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquim, “El iusnaturalismo de John Finnis”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, BOE Tomo X, (1993), p. 375-376.

²⁹⁰ Clásicamente se ha venido a identificar al formalismo con el positivismo. Así sostiene Norberto Bobbio que: “Se puede sostener que las dos nociones de formalismo y positivismo jurídico coinciden respecto de la extensión y que, de hecho, a menudo son usadas como si fueran sinónimas (...) todas las principales acepciones de formalismo jurídico reaparecen en los principales significados de positivismo jurídico”. BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Ob. Cit., pp. 102. “El formalismo está relacionado con los planteamientos legalistas de la justicia, la teoría normativa del Derecho, la concepción de la ciencia jurídica como dogmática y la llamada jurisprudencia de conceptos”. Ibidem, pp. 99-100. Una buena recomendación para entender sobre los orígenes históricos del positivismo lo encontramos en la obra de Norberto Bobbio. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Ob. Cit., pp. 35-138.

²⁹¹ “De esta manera, la filosofía del Derecho depende no sólo de la manera en que se concibe la filosofía general, sino también que su mismo objeto de reflexión refleja compromisos ontológicos y decisiones conceptuales previas relativas a problemas filosóficos específicos. Esta pluralidad de concepciones del derecho y de la mejor manera de abordarlo explica la vitalidad de las discusiones en la teoría y filosofía jurídica contemporánea”. NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, M. Cristina, “Filosofía del derecho: problemas y posibilidades”, en Pablo E. Navarro y otros (Compiladores), en *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 17-18.

²⁹² El positivismo plantea cierta defensa de alguna de sus tesis que tiene bastante adhesión y que no ha sido descartada, se hace referencia al positivismo conceptual o metodológico, el cual encuentra como contrapartida al iusnaturalismo ontológico, sobre el particular se puede advertir que gran parte de este *enfrentamiento* se debe a que estas corrientes proponen dos conceptos diferentes del Derecho.

²⁹³ FERNANDEZ, Eusebio, “Iusnaturalismo”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Editores), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 57.

reformulaciones contemporáneas de modo que ahora podemos encontrar positivistas excluyentes, incluyentes, positivistas garantistas, positivistas constitucionalistas, positivistas realistas, no-positivistas incluyentes, post-positivistas y sobre todo aquellos que defienden un constitucionalismo de los principios cercanos al iusnaturalismo.

El constitucionalismo de los principios defiende una postura que sostiene una conexión necesaria y conceptual entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada, premisa que encuentra dinamicidad cuando el juez asume un punto de vista interno – la posición del participante – y observa la obligatoriedad moral de las normas jurídicas.

La defensa de esta postura responde a un punto de vista conceptual, pues para que se conciba el Derecho es necesaria tal conexión, es decir, la inclusión de dimensiones morales en el concepto de Derecho. Si es así entonces para la definición del Derecho se debe tener en cuenta la moral, sin que se excluya del mismo los elementos de legalidad ni la eficacia social que también serían parte del concepto, de ahí su naturaleza dual que ostenta el concepto de Derecho. En suma, según señalan algunos autores que la defienden esta propuesta representa un planteamiento intermedio entre las radicales²⁹⁴ – positivismo y iusnaturalismo – aunque este resulta ser cuestionable.

Esta última idea encuentra razón cuando se presume que la defensa de esta postura parece sostener un neo-iusnaturalismo renovado, pues si bien la validez de las normas esta sostenida bajo la conformidad con los hechos, esta también hace depender tal validez de una moral pero no positiva sino de una moral correcta o fundamentada que descansa en un objetivismo moral, esto no es otra cosa que el Derecho natural puro y duro, de modo que se establece a través de esta relación una conexión necesaria entre el Derecho y dicha moral

²⁹⁴ La tesis de la separación radical, en la definición del Derecho no debe incluir ningún elemento moral, sólo se sustentaría en el elemento de legalidad conforme al ordenamiento y a la autoridad como al de eficacia social, este representaría exclusivamente un concepto de derecho puramente o radicalmente positivista; y, la tesis de la vinculación radical o nada en serio, en el que no se da la relevancia ni a la legalidad conforme al ordenamiento ni a la eficacia social, tan sólo apunta a la corrección material o moral; de esta postura se obtiene un concepto de Derecho puramente iusnatural o iusracional radical. Ahora bien, como es evidente posicionarse en la tesis de la vinculación o no plantea o reconduce a una forma de preferir como se debe definir el Derecho. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, pp. 13-21.

objetiva, independientemente que ésta haya sido convertida o no en moral positiva²⁹⁵.

La postura de cómo concebir lo jurídico, representa en este caso un “giro metodológico”, si anteriormente para definir el Derecho se necesitaba plantear la pregunta “¿Qué es el Derecho?” en el que se especulaba acerca de la naturaleza o esencia del derecho y en el que se tenía un interés por la precisión lógica y científica producto de filosofía analítica, ahora existe un rechazo total en algunos casos y parcial en otros en el ámbito de la filosofía jurídica, esto se observa en Robert Alexy y Ronald Dworkin²⁹⁶.

En suma, el constitucionalismo de los principios al relacionarse con la tesis de la vinculación en serio que se produce en distintos momentos como en el mismo concepto, en la interpretación y aplicación del Derecho, en la justificación o fundamentación, no representaría más que la versión del neo-*iusnaturalismo* reformulado, aunque los autores rechazarían esta calificación considerándose en todo caso como una postura antipositivista (Dworkin) o como un no-positivista incluyente (Alexy)²⁹⁷.

Es menester resaltar que los autores han construido sus tesis sobre la base de la transformación que habría experimentado el sistema jurídico proponiendo lo que se ha denominado la moralización del Derecho²⁹⁸, este hecho se produce a través de la tesis de la “pretensión de la corrección” (Alexy) y de la defensa del “Derecho como integridad” (Dworkin).

²⁹⁵ DORADO PORRAS, Javier, *Iusnaturalismo y positivismo: Dos versiones enfrentadas del concepto de Derecho*, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla Gonzales, *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 863.

²⁹⁶ Brevemente, el primero advierte que las “teorías semánticas del derecho deberían ser reemplazadas por una teoría de la interpretación que, según sostiene, constituye la única clase de teoría que puede dar cuenta de la naturaleza interpretativa de las prácticas jurídicas”. MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, en Marcelo Mendoza Hurtado (traductor), Editorial Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 11-13.

²⁹⁷ ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 36 (2013), pp. 15-23.

²⁹⁸ “La moralización del Derecho parece presentar dos consecuencias, una positiva o de ampliación y reforzamiento del sistema jurídico, y otra negativa o de restricción de este. Positivamente, la moralización significa que, con independencia de lo que digan sus normas legales o consuetudinarias, sus normas puestas, todo Derecho incorpora un *minimum ético*, que incluso a veces se hace manifiesto en forma de principios latentes o implícitos y que, entre otras cosas, permiten colmar las lagunas que irremediablemente aquéllas presentan y en todo caso ofrecer también sus mejores interpretaciones. Negativamente, la moralización implica la eliminación o pérdida de valor jurídico de aquellas normas positivas que, no obstante, procede de la autoridad, resulten (...) notoriamente injustas. PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral”, *Ob. Cit.*, pp. 5-6.

Estos referentes con claro éxito han puesto en cuestión y revisión algunas tesis del positivismo legalista (decimonónico) que sostienen la tesis radical de la fuente del Derecho y la separación entre el Derecho y la moral, que prácticamente no podrían dar cuenta de los actuales sistemas jurídicos contemporáneos, sin embargo, no han tenido el mismo resultado en cuanto al positivismo conceptual o metodológico que ha sido reformulado, como se observa tanto en las propuestas Prieto Sanchís – constitucionalismo positivista – y Luigi Ferrajoli – positivismo garantista²⁹⁹ –.

En adelante queda analizar las implicancias de los autores que propugnan la defensa de las tesis del constitucionalismo de los principios, que sostienen algunas tesis en el plano de la filosofía jurídica como la definición del Derecho desde una perspectiva moral, producto de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada, la perspectiva del participante – punto de vista interno – y la obligación moral del Derecho.

2. La conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada

2.1 La postura de Robert Alexy

2.1.1 El concepto de Derecho y la pretensión de corrección

Para afrontar la temática sobre el concepto del Derecho se debe tener en cuenta ciertas diferencias pre-conceptuales para tener mayor claridad sobre la postura y así comprender el concepto y naturaleza del Derecho que adopta el autor, dentro de todos ellos el punto central para que se diferencie de otras posturas, sobre todo no-positivistas, son los distintos efectos que en la validez jurídica son atribuibles a los defectos morales que se observará en el punto cuarto³⁰⁰.

²⁹⁹ “Por separación entre Derecho y moral debe entenderse, en mi opinión, no tanto la negación de toda conexión entre uno y otro, claramente insostenible dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos una moral de sus legisladores, cuanto la tesis ya mencionada según la cual la juridicidad de una norma no se deriva de su justicia, ni la justicia de su juridicidad. Pero es claro que esta tesis (...) vale también para las normas constitucionales. Tanto así que una constitución (...) puede perfectamente incluir normas que expresan valores que no compartimos y que podemos criticar en el plano moral y/o jurídico”. FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, en Andrea Greppi (traductor), Editorial Trotta, Madrid, 2006, pp. 25.

³⁰⁰ ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 17.

Desde ahora se puede señalar que el autor defiende la concepción del Derecho o visión de lo jurídico del *no-positivismo incluyente* que no es más que la versión del constitucionalismo de los principios en el plano conceptual.

Las diferencias se plantean en los siguientes conceptos: 1) la distinción en el concepto de Derecho que *incluye y el que excluye la validez*³⁰¹. Todas las posturas sean positivistas, antipositivistas o las “no positivistas” se adscriben a la inclusión del concepto de validez; 2) la *diferencia entre un sistema* de normas (sistema de resultados de procedimientos de creación de normas) y un sistema de procedimientos (sistema de acciones basado en reglas y guiadas por reglas)³⁰². En este caso se asume que el sistema jurídico muy aparte de ser un sistema de normas es también un sistema de procedimientos; 3) *la distinción entre el punto de vista* interno y el externo³⁰³. El primero está representado por el juez, aunque es factible que también puedan hacerlo los teóricos del derecho, abogados, etc., interesados en asumir un papel en el sistema jurídico. Actualmente, esta postura se identifica con la perspectiva del participante (en el que se pretende saber cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico) y el punto de vista externo que actualmente se conoce como la perspectiva del observador (cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico)³⁰⁴. En este caso el autor asume la perspectiva del participante comprometido; 4) la disimilitud también se refiere a dos tipos de *conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral* en cuanto a sus efectos. Por un lado, están las conexiones denominadas “definitorias o clasificantes” que pretende ser rígida en su desarrollo, pues una norma o sistema jurídico que no satisface cierto criterio moral carece del carácter de norma o sistema de normas jurídicas. Por otro lado, se encuentra la conexión conceptual “calificativa o cualificante”, alejándose parcialmente de la lógica anterior, plantea que la norma o el sistema de normas que no satisface el criterio moral puede ser considerado

³⁰¹ Ibidem, pp. 30.

³⁰² ALEXY, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral, en Derecho y razón práctica”, en *Fontamara*, México, 1993, pp. 48-49.

³⁰³ Sostuvo Hart en su momento que: “El siguiente contraste, que se formula también en términos de aspecto interno y externo de las reglas, puede servir para destacar lo que da a esta distinción su enorme importancia para comprender no sólo el derecho, sino la estructura de cualquier sociedad”. HART, Herbert. L. A., *El concepto de Derecho*, Ob. Cit., pp. 110.

³⁰⁴ ALEXY, Robert, Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral, en Derecho y razón práctica, Ob. Cit., pp. 50.

como norma o sistema jurídico, aunque es calificada como defectuosa³⁰⁵, esta “deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no meramente moral”³⁰⁶. Existe una tercera posición que es la que adopta el autor, “los planteamientos del no-positivismo incluyente se circunscriben a una posición intermedia de modo que se centran en decir acerca de los defectos morales que: ni siempre socaban la validez jurídica (...) ni nunca lo hacen (...). En consecuencia, se afirma que los defectos morales socaban la validez jurídica sólo bajo ciertas condiciones (...) la injusticia extrema no es derecho (...) De acuerdo con esta fórmula, los defectos morales socaban la validez jurídica si y sólo si el umbral de la extrema justicia se transgrede. La injusticia por debajo de este umbral se considera parte del concepto de derecho, se acepta como derecho válido pero defectuoso”³⁰⁷; y, por último, 5) la gestación de los *diferentes significados que se suele atribuir a la palabra moral*³⁰⁸ que se vinculan con el Derecho. En todo caso, la moral suele entenderse como moral social³⁰⁹ o moral crítica³¹⁰, aunque otros agregarían también la moral subjetiva o individual. Iniciando por el último, éste hace referencia al “conjunto de principios sobre la conducta humana en relación con la idea que cada uno tiene del bien o del mal; en cuanto a la moral social o convencional se plantea aquel conjunto de principios sobre el comportamiento humano en relación con la idea que un determinado grupo tiene del bien y del

³⁰⁵ Ibidem, pp. 51.

³⁰⁶ “Por ello, aquí no puede tratarse de una conexión clasificante sino tan solo cualificante”. ALEX Y, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Ob. Cit., pp. 32.

³⁰⁷ Esta condición se manifiesta en: “*la injusticia extrema* no es derecho (...). De acuerdo con esta fórmula, los defectos morales socaban la validez jurídica si y sólo si el umbral de la extrema injusticia se transgrede. *La injusticia* por debajo de este umbral se considera parte del concepto de derecho, se acepta como derecho válido pero defectuoso”. ALEX Y, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 18.

³⁰⁸ GARZÓN VALDÉS Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 8, 1990, pp. 111. Esto demuestra que el positivismo más refinado y el iusnaturalismo renovado no sólo tiene un desacuerdo acerca de las relaciones entre el Derecho y la moral sino también un desacuerdo metateórico en torno a la perspectiva que se debe adoptar para la aproximación al fenómeno jurídico.

³⁰⁹ “La “moral social” se identifica con la concepción de la justicia mayoritariamente sentida por la comunidad o, al menos, asumida por un grupo importante de quienes ejercen el poder de dictar normas y de aplicarlas, y esta moral en forma alguna resulta indiferente para la existencia del Derecho”. PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 73. “La palabra moral puede ser utilizada para designar la moral positiva, es decir, la moral de una determinada sociedad o de sus grupos dirigentes, o la moral crítica o ética”. GARZÓN VALDÉS Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, Ob. Cit., pp. 112.

³¹⁰ “Cabe distinguir, en primer lugar, entre la moral ideal o crítica y la moralidad positiva. Esta última es el conjunto de juicios morales que prevalecen de hecho en un grupo social determinado en un tiempo determinado. Por moral ideal entenderé el conjunto de juicios morales, cuya validez no depende de actitudes, creencias o aceptación de ningún individuo”. BULYGIN, Eugenio, *El problema de la objetividad en la moral y en el Derecho*, Ob. Cit., pp. 52.

mal (...) tanto la moral personal como la social se puede reducir a hechos verificables. Es empíricamente comprobable lo que un individuo o un grupo considera que es moralmente bueno o malo; y, finalmente, la moral objetiva (correcta) entendida como *conjunto de principios verdaderos* sobre la conducta humana que son justos en sí mismos, *con independencia de lo que los seres humanos consideren al respecto*, es decir, sin que su corrección o mérito (moral) tenga relación alguna con lo que los seres humanos consideren bueno o malo, bien como norma objetivamente racional – producto de la teoría moral – aceptable por un auditorio racional”³¹¹.

En resumen, de todo lo expresado con anterioridad por Robert Alexy abraza la tesis del sistema jurídico de normas y de procedimiento³¹², la perspectiva del participante, la postura intermedia en el que los defectos morales que socaban la validez jurídica ante ciertas condiciones (injusticia extrema no es Derecho)³¹³ y la vinculación del Derecho con la moral crítica o ideal.

La *adopción de un participante* quien se encuentra integrado en un sistema jurídico – punto de vista interno – cumple un rol importante frente a las categorías deónticas de las normas determinadas en la Constitución – obligación, prohibición y permisión – y acerca de las facultades que confiere³¹⁴.

Si se acepta esta premisa, también se debe adherir a la obligación de las disposiciones normativas de carácter moral, en la medida que el fundamento de las normas coincide con los principios y reglas supremas que justifican y orientan los comportamientos³¹⁵.

Esto quiere decir que la Constitución debe obedecerse porque lo que establece es lo correcto, *el criterio de esta corrección* tendrá que estar fuera de lo jurídico – extrajurídico – es decir, de una moral externa que está en un nivel

³¹¹ JIMÉNEZ CANO, Roberto. M. “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, en *Isonomía*, N° 39, octubre 2013, pp. 95-96.

³¹² “Para un participante el sistema jurídico no es sólo un sistema de normas en el sentido de resultados sino también un sistema de procedimientos y que, desde el punto de vista del participante, las razones que toma en cuenta en el procedimiento de decisión y fundamentación pertenecen al procedimiento y, por tanto, también al sistema”. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Ob. Cit., pp. 77.

³¹³ ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 18.

³¹⁴ ALEXY, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 50.

³¹⁵ GARZÓN VALDÉS Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, Ob. Cit., pp. 114.

de justificación última, a este tipo de *fundamentación* se le suele llamar *justificaciones morales*³¹⁶.

En este sentido, el Derecho entendido como las normas jurídicas individuales, las decisiones judiciales individuales y al mismo sistema jurídico como un todo, necesariamente le es inherente una pretensión de corrección³¹⁷ o en todo caso exige necesariamente una pretensión de corrección, es decir, la “corrección moral lo que traerá como consecuencia una cierta obligación de obediencia al Derecho por parte del participante. Esto explica que el constitucionalismo haya dejado de ser una teoría que cuestiona la obediencia al Derecho para pasar a fundar una obediencia *prima facie* al Derecho (...)”³¹⁸.

En relación con el concepto de Derecho y su relación con la inclusión necesaria de la moral en el concepto del Derecho que viene a ser la tesis central de la postura de Alexy, se sostiene que, esta no representa más que la idea de la moralización del Derecho que según se observa puede suceder desde dos dimensiones como una inclusión positiva y como una inclusión negativa. La incorporación de la moralidad en sentido positivo da entender que “todo Derecho *incorpora un mínimo ético*, que incluso a veces se hace manifiesto en forma de principios latentes o implícitos, que van más allá del contenido prescriptivo que cabe reducir de las disposiciones explícitas y que permiten colmar las lagunas que irremediablemente presenta” añade en sentido “negativo suscita cuando se plantea la eliminación o pérdida de valor jurídico de aquellas disposiciones positivas, no obstante, de proceder de autoridad, resultan extremadamente injustas”³¹⁹.

La pretensión de corrección del Derecho se presenta, como se mencionó, como rasgo definidor del concepto de Derecho que pretende la inclusión de ciertas dimensiones de moralidad en el Derecho. En razón a esa idea es que se entiende que el Derecho tiene una doble naturaleza y razón para postular la conexión entre el Derecho y la moral correcta, como para recabar obediencia moral por parte del participante. Esta pretensión de justicia recae en el Derecho, es decir, sobre las normas jurídicas que generalmente son normas-principios, en

³¹⁶ Ibidem, pp. 115.

³¹⁷ ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 18.

³¹⁸ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Ob. Cit., pp. 41.

³¹⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 5.

las decisiones judiciales individuales o en el sistema jurídico como un todo, lo que quiere decir que se encuentra implícita en el mismo Derecho.

A modo de ejemplo sobre lo mencionado señala el autor “una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución y (...) se trata de una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si en el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión (...)”³²⁰. Por ello, “el Derecho y la pretensión de corrección no están solamente conectados por razones contingentes y prudenciales, sino también – y esto va bastante lejos – por razones necesarias de naturaleza”³²¹. Esta afirmación termina por sostener la existencia de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral que sirve para conceptualizar o definir el Derecho³²².

El concepto de Derecho presentado en estos términos se caracteriza porque el Derecho goza de una *naturaleza dual* lo que implica que la pretensión de corrección une tanto una dimensión real o autoritativa con una dimensión ideal o crítica, es decir, que el concepto de Derecho que defiende Alexy comprende necesariamente el principio de seguridad jurídica – compromiso con lo que se expide autoritativamente – y el principio de justicia que exige que la decisión sea moralmente correcta. Estos principios casi siempre colisionan de modo que es la naturaleza dual del derecho que exige que ambos principios sean vistos en proporción correcta entre sí y que sólo se logrará a través del resultado de la ponderación³²³.

Esto quiere decir que un concepto adecuado del Derecho surge cuando se relacionan tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de eficacia social y el de corrección material³²⁴, es decir, se asume la definición del Derecho desde la *tesis de vinculación* concebible entre una de las formas intermedias, que no excluye la legalidad conforme al ordenamiento, tampoco la eficacia social, pero más importante es que no rechace la *corrección material*. Esto da a entender que la propuesta de definición es prescriptiva, en tanto que

³²⁰ ALEXY, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, ob. cit., pp. 128.

³²¹ ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 18.

³²² ALEXY, Robert, *El concepto y validez*, Ob. Cit., pp. 41.

³²³ ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 21.

³²⁴ ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Ob. Cit., pp. 94.

para que el Derecho surja es imprescindible tener en consideración la cuestión moral o en otras palabras se puede decir que para que se reconstruya el Derecho es necesaria la vertiente sustantiva y moral.

Esta idea conecta bien cuando se suscribe que “todas las teorías no-positivistas sostienen la tesis de la vinculación”. Según ella el concepto de Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. “Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, además de estas características que apuntan a hechos se incluyan también elementos morales (...)”³²⁵.

De manera que se señala que la conexión necesaria entre el Derecho y la moral plantea una metodología del Derecho prescriptiva, diferente al positivismo legalista y al iusnaturalismo ontológico, según señalan quienes lo defienden, que dará lugar a una serie de consecuencias que se proyectan en el sistema jurídico y que parten desde la Constitución³²⁶. Esto ha llevado a que el autor señale dos cosas: “mi argumento a favor de una conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral está cerrado. La base está formada por una pretensión de corrección”³²⁷ y la “moral fundamentada juega un papel importante en la definición del Derecho”³²⁸.

Ahora bien, desde esta perspectiva cualquier interpretación de la tesis de la separación entre el Derecho y la moral no es adecuada o es falsa desde *e/*

³²⁵ Ibidem, pp. 14. “(...) no es posible excluir del concepto de derecho (existente, positivo) su vinculación con la moral, si es que se lo quiere entender tal como es y cómo funciona en la realidad”. GARZÓN VALDÉS Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, Ob. Cit., pp. 121.

³²⁶ “Es interesante advertir que la conexión entre el Derecho y la moral no se presenta en los términos tradicionales del iusnaturalismo, esto es, en relación con singulares normas de conducta. Al contrario, por lo común la conexión se predica o del sistema en su conjunto o de sus normas secundarias que establecen los requisitos de pertenencia (de legitimidad constitucional, cabe decir) de las demás normas; en otras palabras, parece que el rasgo de la justicia se considera indeleble sólo a la Constitución”. PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 55.

³²⁷ ALEXY, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral”, Ob. Cit., p. 68.

³²⁸ “El no positivista (...) si logra exponer una conexión conceptual necesaria, ha decidido la polémica a su favor. Puede intentar apoyar su tesis según la cual en la definición del concepto hay que incluir argumentos morales, recurriendo a argumentos normativos”. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Ob. Cit., pp. 28 y 75.

*punto de vista interno*³²⁹ mientras la tesis de la vinculación es correcta³³⁰. Desde esta premisa es fácilmente asimilable la identificación o la reconciliación entre la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios que defiende Robert Alexy con la propia dogmática constitucional, que es puesta en acción por el participante³³¹.

Teniendo en cuenta esta base conceptual del Derecho en el que se incluye dimensiones éticas al Derecho, por lo tanto, que para su definición se considera la conexión necesaria entre el Derecho y la moral, la perspectiva del participante y la obligación moral del Derecho. Esta como es natural, como se mencionó anteriormente, ayuda a resolver algunos problemas.

El mismo Robert Alexy sostiene la siguiente idea "(...) en caso de que la tesis de la pretensión de corrección fuera verdadera. Esta tesis *proveería una base sólida* para el argumento de que la moral está necesariamente incluida en el derecho. La inclusión de la moral en el derecho ayuda a resolver algunos problemas (...). Los problemas que la inclusión de la moral puede ayudar a solucionar son, en primer lugar, el problema de las evaluaciones básicas que se encuentran al fundamentar y justificar el derecho; en segundo lugar, el problema de realizar la pretensión de corrección en la creación y aplicación del derecho y, en tercer lugar, el problema de los límites del derecho"³³².

Se da inicio con este último, pues es quien plantea los problemas sobre los límites del Derecho, al parecer como da a entender Alexy esta se soluciona mejor mediante la incorporación de la moral en el Derecho. Así, se hace alusión en todo caso a la tesis de que "la injusticia extrema no debe considerarse como Derecho", por lo menos, desde el punto de vista del participante³³³.

³²⁹ Aunque, desde el punto de vista del observador es posible establecer una distinción entre el Derecho la moral, pues el observador externo explicará la validez de las normas si recurre a las normas o convicciones extrajurídicas (morales) de quienes dictan y aplican, por ello, puede ser que el observador no acepte la concepción moral de las autoridades y funcionarios por considerar que ella viola principios éticos. GARZÓN VALDÉS Ernesto, "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral", Ob. Cit., pp. 122-123.

³³⁰ "(...) existe una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral, y segundo, hay razones normativas que hablan en favor de una inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho que, en parte refuerzan la conexión conceptualmente necesaria y, en parte, van más allá de ella: existen conexiones conceptual y normativamente necesarias entre derecho y moral". ALEXY, Robert, El concepto y la validez del derecho, Ob. Cit., pp. 29.

³³¹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 57.

³³² ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2016, pp. 96.

³³³ Ídem., pp. 97.

Sobre el problema de las evaluaciones básicas plantea una necesidad práctica en la corrección que se relaciona con el Derecho. Se entiende como exigencia de la razón práctica cuando se tiene presente en los fines generales del derecho a la certeza jurídica y a la protección de los derechos fundamentales³³⁴.

En cuanto al problema que pretende resolver la inclusión de la moral en el Derecho y que se convierte en uno de los principales del autor “es la realización de la pretensión de corrección dentro del marco institucional del derecho” añade el mismo autor que “una vez que se concibe la moral como algo incluido en el derecho, las razones morales pueden y deben participar en la justificación de las decisiones jurídicas, cuando se agotan las razones autoritativas. La teoría del razonamiento jurídico intenta explicar este fenómeno, concibiendo a este último como un caso especial del razonamiento práctico general”³³⁵. Lo que quiere decir que la pretensión de corrección actúa no sólo en el razonamiento jurídico sino también y sobre todo en el razonamiento práctico. A este tema se le ha denominado la tesis del caso especial³³⁶ – el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico – que más adelante será tratada con mayor detalle.

En suma, el autor destaca que la tesis de que el Derecho tiene una doble naturaleza que exige combinar tanto la seguridad jurídica – reclama sujetarse a aquello establecido conforme al ordenamiento y es eficaz socialmente – como la justicia – exige corrección moral de la decisión – en proporción correcta es muy abstracta – indeterminada – que llegará a adquirir un contenido específico o concreto si se logra elaborar una teoría general y completa del sistema jurídico.

2.1.2 La pretensión de corrección y su concreción en la institucionalización de la razón

Siendo esto así, el punto arquidémico de la elaboración de una teoría como tal es la tesis de que el Derecho exige necesariamente una pretensión de corrección³³⁷, de modo que, este se concretizará a través de la idea rectora del

³³⁴ ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 96.

³³⁵ Ídem., pp. 97.

³³⁶ ALEXY, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, ob. cit., pp. 132.

³³⁷ ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2016, pp. 10.

sistema de la institucionalización de la razón momento en que dará lugar a la corrección de segundo nivel³³⁸.

En este escenario concreto giran distintos elementos como la tesis de la injusticia extrema no es Derecho, la teoría del discurso, la tesis del caso especial, la teoría de los principios, la tesis de los derechos humanos y la tesis de la democracia, que “cumple una función relevante en los modernos Estados Constitucionales que tiene que ver con la reconstrucción de los sistemas jurídicos”³³⁹. La pregunta que surge en este momento sería ¿Cómo se desarrollan los presupuestos para *reconstruir* el sistema jurídico en términos alexyanos?

Como se señaló el presupuesto central para que suceda esta reconstrucción es la tesis de la “institucionalización de la razón” que debe desarrollarse producto de la doble naturaleza del Derecho y sobre todo de la pretensión de corrección que habita en el núcleo central del Derecho. En sentido general la pretensión de corrección recae sobre las normas que pueden ser reglas o principios – derechos fundamentales y de los derechos humanos³⁴⁰– o de las decisiones que se tomen sobre el contenido de este o del mismo sistema jurídico en general³⁴¹.

Antes de seguir con la linealidad del contenido es necesario saber que significa la pretensión de corrección en términos concretos. Lo que se quiere decir con ello es que el Derecho sostiene siempre la pretensión de corrección y esto da a entender que sólo debe ser planteada por sujetos con capacidad de actuar y hablar, que intervienen y actúan en la creación, interpretación, aplicación y cumplimiento del Derecho, en este sistema quienes puede cumplir estas funciones no son más que el legislador o el juez que tiene competencia para emitir actos autoridad como la ley o la sentencia judicial. A este acto está unido otro de naturaleza no-institucional de aserción o afirmación como el acto jurídico

³³⁸ ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 25.

³³⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Ob. Cit., pp. 19.

³⁴⁰ Robert Alexy mantiene una concepción de los derechos humanos definida por cinco características: “si existen derechos humanos que son universales, morales, fundamentales, prioritarios y abstractos, entonces su institucionalización jurídica está mandada, tanto en el nivel del derecho internacional como del derecho nacional”. ALEXY, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático”, Ob. Cit., pp. 31.

³⁴¹ No se debe olvidar que esta tesis cómo se señaló tiene como punto de partida la naturaleza dual o doble naturaleza del Derecho, en el que incluyen dimensiones morales en el Derecho. ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 18.

procedimental o materialmente correcto, lo que implica que la pretensión de corrección debe ser afirmada, aseverada en función a su justificabilidad y tiene que tener la expectativa de ser aceptada como correcto por quienes participen en el sistema³⁴².

Mencionado ello, es necesario saber cuál es el contenido de la pretensión de corrección, sobre el particular Alexy sostiene que hay dos características de la pretensión de corrección en el Derecho en todo tipo de contexto: 1) pretensión de justificabilidad, y la 2) corrección moral³⁴³. El análisis de cada una de estas características se desarrollará en la institucionalización de la razón.

Retomando el tema de la pregunta anterior sobre los elementos de la reconstrucción del sistema jurídico se menciona que este se desarrolla en la institucionalización de la razón que es una estructura empresarial compleja de contiene cuatro elementos en el que “la tesis de la *pretensión de corrección*” actúa³⁴⁴.

2.1.2.1 La injusticia extrema no es Derecho

El primer componente vendría a ser el límite extremo o último del Derecho, este adquiere una dimensión específica y concreta en la fórmula de “*la injusticia extrema no es Derecho*” – argumento de la injusticia –³⁴⁵.

La fórmula de la injusticia extrema no es Derecho³⁴⁶, es la expresión clásica de la idea de una frontera externa del derecho, por ejemplo “matar a personas en campos de concentración por cualquier razón como sus convicciones o su religión o por una cuestión de raza es un caso de injusticia extrema, de modo que según la fórmula de *Gustav Radbruch* las normas que permiten a las autoridades legales hacer tales cosas, no puede ser considerado

³⁴² ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 26-27.

³⁴³ Ibidem, Ob. Cit., pp. 30.

³⁴⁴ “La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de Derecho (...) los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos”. ALEXY, Robert, *El concepto y validez*, Ob. Cit., pp. 41.

³⁴⁵ Además, agrega que tanto el argumento de la injusticia como el argumento de los principios son la base de la tesis de la pretensión de corrección. ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 46.

³⁴⁶ “Lo que tiene de particular esta fórmula es que conecta Derecho y moral sin exigir una coincidencia plena entre ambos. Deja que el Derecho positivo sea válido aun cuando sea injusto. Tan sólo si se traspasa el umbral de la extrema injusticia pierden las normas establecidas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces su carácter jurídico o su validez jurídica”. ALEXY, Robert, “Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho”. en A. D. Oliver-Lalana (traductor), en *Revista Doxa Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 32, 2009, pp. 77.

como derecho válido³⁴⁷. Esto llevaría a evaluar el equilibrio entre justicia y seguridad jurídica que dependerá básicamente de la *intensidad de interferencia en cada uno de los principios en colisión*, el ejemplo plantearía una interferencia intensa en el principio de justicia, por ello la pérdida de validez y por tanto de seguridad jurídica³⁴⁸.

Para que esta fórmula pueda concretizarse se necesita además de “razones normativas o morales” – perspectiva del participante – que se hace imprescindible para el desarrollo del Derecho, bajo este criterio se sostiene que lo que el Derecho debe ser penetra en lo que el derecho es – razón normativa como la seguridad jurídica – ³⁴⁹, esto quiere decir que, “el participante plantea preguntas y aporta argumentos con la vista puesta que él considera es la respuesta correcta a la cuestión jurídica en cuestión”³⁵⁰. De manera que bajo este argumento el Derecho es imposible sin participantes y sin razones normativas o morales³⁵¹.

El límite externo o frontera exterior del Derecho – fórmula de que la injusticia extrema no es Derecho – resulta insuficiente para la concretización de la institucionalización de la razón, para ello, se requiere que este sea integrado en el interior del Derecho a través del segundo componente. 2) Este viene a ser la fórmula política del constitucionalismo democrático³⁵², para que ello suceda es necesario tener presente a la teoría del discurso práctico racional que es quien orienta al constitucionalismo democrático porque plantea dos exigencias en el contenido y en la estructura del sistema jurídico con relación a la democracia y a los derechos fundamentales³⁵³.

2.1.2.2 La teoría del discurso racional práctico

Antes de entrar a este aspecto se debe tener en cuenta que representa la teoría del discurso. Esta no es más que “una teoría procedimental de la corrección o verdad práctica, cuya tesis principal de todas las teorías procedimentales de la corrección es que la corrección de una proposición

³⁴⁷ ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 22.

³⁴⁸ Ídem.

³⁴⁹ ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 37-38.

³⁵⁰ ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 22.

³⁵¹ Ídem.

³⁵² ALEXY, Robert, “Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho”. Ob. Cit., pp. 78.

³⁵³ Ídem.

normativa depende de que la proposición sea o pueda ser el resultado de un determinado procedimiento (...) un procedimiento de argumentación”³⁵⁴.

Así, continúa diciendo que “la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva a la *posibilidad* de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general (...)”. Añade el autor, “no son posibles teorías materiales que para cada cuestión práctica permita extraer (...) una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales procedimentales que formulan *reglas o condiciones* de la decisión práctica racional”. A esta teoría procedimental se le ha denominado “*discurso práctico racional*”³⁵⁵, cuya función principal es asegurar la racionalidad de la argumentación y sus resultados, en otras palabras, la objeción irracionalista que pretende sostener cierto sector ante dimensiones subjetivas y de decisión se hace frente con esta teoría del discurso práctico racional.

Para ello el autor ha formulado 28 tipos de reglas que no serán objeto de evaluación en el presente apartado, aunque si se mencionarían entre las más relevantes están la contradicción, claridad lingüística y verdad empírica, universalización, igualdad, ponderación, el intercambio de roles, la consideración de las consecuencias y el análisis del origen de las convicciones. Estas reglas de la razón práctica tienen dos funciones esenciales: una es la de complemento de las reglas específicas del discurso y a su vez es la base de la justificación y crítica de las reglas específicas³⁵⁶ y del sistema en general³⁵⁷.

Cabe hacer notar que estas reglas pueden ser válidas para fundamentaciones monológicas como para las no-monológicas, en cuanto a lo último, tendría que añadirse algunas reglas que tienen que ver con el procedimiento discursivo – hablar y tomar parte en el discurso, problematiza cualquier aserción, introducir, expresar opiniones, deseos, etc., impedir que ejerzan sus derecho en el discurso – estas reglas tienen el objetivo de conseguir imparcialidad en el discurso de modo que se sustentan en la libertad y la igualdad de la argumentación. Si ello es así vale la condición de aprobación o acuerdo universal que sería reflejada en “una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso si las consecuencias (...) puede ser observadas por

³⁵⁴ ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 31.

³⁵⁵ Ibidem, Ob. Cit., pp. 23.

³⁵⁶ Sobre las reglas específicas anteriormente en el primer capítulo de ha hecho alusión sobre el mismo.

³⁵⁷ Ídem.

todos”³⁵⁸. De manera que existe una relación entre “aprobación universal bajo condiciones ideales y los conceptos de corrección y por tanto de validez moral”, añade, la relación sobre esto puede presentarse, “únicamente son correctas, y, por tanto, válidas las normas que en un discurso ideal todos juzgarían correctas”³⁵⁹.

Termina reconociendo el mismo Alexy que “la principal debilidad de la teoría del discurso estriba en que su sistema de reglas no ofrece un procedimiento que permita llegar a un único resultado en un número finito de operaciones”. La justificación a esta afirmación se encuentra cuando afirma que las reglas del discurso tienen un carácter ideal como consecuencia se cumplen aproximadamente, lo que da lugar a la idea del discurso práctico ideal. El discurso ideal implica una idea regulativa que expresa un fin u objetivo³⁶⁰, más adelante retomaremos esta discusión sobre todo cuando se analice la crítica a esta tesis.

Está claro que desde esta base para el autor en la realidad no existe una respuesta única correcta para cada caso, no obstante, para el autor esto no debería ser un impedimento para “renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su estatus con mayor precisión”³⁶¹. De modo que los participantes deben elevar su pretensión de que su respuesta es la única correcta.

En suma, la idea regulativa de la respuesta correcta no presupone que exista una sola afirma que en algunos casos se puede dar una respuesta correcta. Estas respuestas deben de encontrarse en el ámbito del nivel de las reglas y principios de acuerdo con los criterios de argumentación jurídica racional – las reglas de la teoría del discurso práctico racional – en el que se incluyen a los de la argumentación práctica general – argumentos morales –³⁶² que más adelante será analizado.

Retomando sobre el segundo aspecto y habiendo comprendido la teoría del discurso, para Robert Alexy ahora se debe proceder a observar como orienta esta teoría en los derechos humanos y en la democracia. La primera exigencia

³⁵⁸ Ibidem, Ob. Cit., pp. 32.

³⁵⁹ Ibidem, Ob. Cit., pp. 31.

³⁶⁰ Ibidem, Ob. Cit., pp. 32.

³⁶¹ Ibidem, pp. 24.

³⁶² Ídem.

da a entender que “los derechos fundamentales son derechos que han sido recogidos en una constitución (...). Los derechos humanos son derechos morales de índole universal, fundamental, abstracta y prioritaria (...) los derechos fundamentales expresan la doble naturaleza del derecho (...). Los derechos humanos pueden poner exigencias al sistema jurídico solo si existen. Y existen si son válidos. Pues bien, la validez de los derechos humanos como derechos morales dependen de su justificabilidad, y de nada más”³⁶³.

En este sentido, esto da lugar a pensar la fundamentación de los derechos humanos en términos de teoría del discurso. Se da inicio así al argumento explicativo que implica una *capacidad discursiva* entendida como praxis discursiva – dar razones – que presupone reglas de igualdad y libertad de los participantes y también implica un *interés*. Ambos elementos le dan autonomía a la persona y se le reconoce la dignidad. En todo caso con esto se ha llegado a la fundamentación porque no se está ante cualquier clase de preferencias, sino que por vía de explicación se ha demostrado como posibilidad³⁶⁴.

La segunda exigencia tiene que ver con la democracia deliberativa que se relaciona con la “exigencia de la teoría del discurso”, es decir, la teoría del discurso exige de la democracia deliberativa que todos los implicados discutan sobre la solución política correcta, lo que conlleva a que la democracia deliberativa debe presuponer la posibilidad de la racionalidad discursiva, hasta aquí la relación sería “quien quiere corrección tiene que querer discursos y quien quiere discurso tiene que querer democracia deliberativa”³⁶⁵.

La jurisdicción constitucional en este contexto se vuelve imprescindible para que estas tesis logren su cometido, es decir la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios presentado por Robert Alexy requiere de un modelo constitucional representado en la democracia constitucional, pues será el ámbito que provoque su realización e inclusive la propuesta de la institucionalización de la democracia deliberativa³⁶⁶. En suma, se puede sostener

³⁶³ ALEXY, Robert, “Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho”. Ob. Cit., pp. 78.

³⁶⁴ Ibidem, pp. 80.

³⁶⁵ Ibidem, pp. 40-41.

³⁶⁶ “Una institucionalización completa de los derechos humanos presupone no solo su transformación en derecho positivo a nivel constitucional, sino también su protección a través de una jurisdicción constitucional. Siendo la democracia pieza fundamental del intento de la institucionalización procedimental de la racionalidad discursiva”. Ibidem, pp. 11.

que la tesis de la pretensión de corrección sólo puede desarrollarse extensamente en un Estado constitucional democrático³⁶⁷.

Si la mayoría parlamentaria vulnera los derechos fundamentales o se vuelve incompatible con los principios de la democracia deliberativa, la única solución sería instituir una jurisdicción constitucional que se conciba como la “representación argumentativa de los ciudadanos”³⁶⁸. Esta idea es una lectura del constitucionalismo discursivo o de los principios sobre un posible constitucionalismo democrático y deliberativo³⁶⁹.

2.1.2.3 La tesis del caso especial

En cuanto al aspecto 3) este que tiene que ver con la tesis del caso especial que básicamente es una interpretación no-positivista. La justificación se encuentra en los problemas interpretativos – vaguedad del lenguaje, antinomias o falta de normas – en el que se observa una apertura del Derecho. Sobre esta base el caso especial da a entender que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica en general o como bien se señala “el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”³⁷⁰.

Cabe recordar que tanto en el discurso jurídico como en el discurso práctico se concreta la pretensión de corrección. En el caso del discurso jurídico la pretensión de corrección no debe entenderse a lo correcto aislado del marco positivo sino dentro del sistema jurídico, esto tiene que ver con el denominado vínculo institucional – lo autoritativo o institucional – en extracto la argumentación se encuentra condicionada por la ley, el precedente, la jurisprudencia y la propia dogmática. En este caso la decisión está tomada por lo autoritativo e institucional³⁷¹.

³⁶⁷ ALEXY, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático”, Ob. Cit., pp. 22.

³⁶⁸ “La tesis (...) es que la revisión constitucional puede ser justificada sobre la base de la teoría de los principios, por un lado, y sobre la base de la teoría de la representación argumentativa, por el otro (...). El argumento de procedimiento es de importancia especial. Dice que la revisión constitucional puede justificarse si y sólo si puede ser concebido, en mis términos, como la representación argumentativa del pueblo. ALEXY, Robert, *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, Rivista di filosofía del diritto (IV, 1 /2015), pp. 23-36.

³⁶⁹ (ALEXY 2016: p. 41).

³⁷⁰ “El discurso práctico general es, pues, un discurso donde se combinan las razones morales, éticas y pragmáticas (...) en el que se manifiesta la unidad sustancial de la razón práctica”. ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 43. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, pp. 205.

³⁷¹ ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 42-43.

No obstante, cuando el marco institucional no fija la decisión momento en que uno se encuentra en los casos más o menos problemáticos – casos difíciles – se requiere enjuiciamientos o valoraciones agregativas fuera del componente institucional, lo que da a entender que estas premisas adicionales deben ser fundamentadas, de ahí que, se requiere de la presencia de la argumentación práctica general. Cabe precisar que sobre esta última afirmación se debe poner en relieve porque el mismo Robert Alexy hace énfasis en decir que “es una argumentación práctica general en el que no sólo es considerada moral sino también pragmática y ética, de ahí que se sostenga que la pretensión de corrección actúa sobre estos niveles y del cual se da a entender que existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral por cuanto afirma que el discurso jurídico se encuentra incluido en el discurso práctico general y, en este el discurso moral”³⁷².

2.1.2.4 El argumento de los principios

El cuarto y último elemento de la institucionalización de la razón, y no menos importante, en el que la pretensión de corrección actúa es en el argumento de los principios. A través de este elemento es que se pretende hacer ingresar la moral al Derecho, es como se dicen algunos autores la ventana o puerta al Derecho y es por donde se busca conectar, influir y relacionar los derechos fundamentales o humanos que contiene contenido axiológicos o valorativos – la moral – con una teoría de la argumentación – la tesis del caso especial – en una unidad necesaria, este último lleva como tesis central la idea de que “el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”³⁷³.

En este punto la base del argumento de los principios está constituida en primer lugar por la distinción estructural-lógica entre principios y reglas, los primeros tienen un carácter de mandato de optimización y al segundo un mandato definitivo, los principios son ponderables en cambio las reglas sólo pueden resolver sus problemas a través de la subsunción. Unido a ello estaría la

³⁷² “El discurso práctico general, es, pues, un discurso donde se combinan razones morales, éticas y pragmáticas (...). La pretensión de corrección se refiere aquí a las tres dimensiones, si bien la prioridad corresponde a las razones morales”. ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 42-43.

³⁷³ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ob. Cit., pp. 206. ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 46.

tesis del carácter abierto, abstracto y el ámbito de apertura de los principios que son más altamente indeterminados y complejos que las reglas.

Puesta así las cosas se hace notar que un sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene principios y que actúan sobre todo cuando se presentan los casos difíciles³⁷⁴, la pregunta sería ¿cómo interactúan los principios Alexyanos ante un caso difícil?

Se ha mencionado que las tesis de Robert Alexy suponen un refinamiento de las tesis de Ronald Dworkin en cuanto a la diferencia estructural de los principios, pues bien, en el interior de la relación procedimental entre las consecuencias de la distinción estricta de los principios (lógica normativa) y puerta de entrada que da lugar a la conexión entre el derecho y la moral suscitan algunos acontecimientos relevantes para entender el nivel vinculación que existe.

En el interior suscitan tres acontecimientos. La tesis de la incorporación, la tesis de la moral y la tesis de la corrección³⁷⁵. Cabe precisar que, como se mencionó anteriormente, “la conexión necesaria que puede fundamentarse con la ayuda de las tres tesis es primero, de naturaleza conceptual; tiene, segundo, un carácter puramente cualificante (...), y, tercero, existe sólo para un participante”³⁷⁶, aunque últimamente Alexy reconoce unos efectos distintos en relación con la validez jurídica que se deriva de los defectos morales, distinta a la cualificante³⁷⁷.

Así, la tesis de la incorporación cuestiona si ¿todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios?, más allá de que la respuesta que da el autor es positiva, subraya que no sólo sirve su afirmación ligera sino esta debe ser argumentada. De manera que, en primer lugar, sostiene que se trata de afirmar que “todos los sistemas las poseen necesariamente”. La

³⁷⁴ ALEXY, Robert, *El concepto y validez*, Ob. Cit., pp. 75-82.

³⁷⁵ Ibidem, pp. 75.

³⁷⁶ Ídem.

³⁷⁷ “En consecuencia, se afirma que los defectos morales socaban la validez jurídica sólo bajo ciertas condiciones. (...) la injusticia extrema no es derecho (...). De acuerdo con esta fórmula, los defectos morales socaban la validez jurídica si y sólo si el umbral de la extrema injusticia se transgrede (...) La injusticia por debajo de este umbral se considera parte del concepto de derecho, se acepta como derecho válido pero defectuoso”. ALEXY, Robert, “El no positivismo incluyente”, Ob. Cit., pp. 18.

respuesta se consigue en función al participante (sujeto) y ante un caso dudoso (objeto) que se tiene que decidir sobre el mismo³⁷⁸.

En este sentido “(...) en todos los sistemas jurídicos en los que existe casos dudosos, en los que la ponderación es relevante, ella es exigida jurídicamente y, por tanto, también lo está la consideración de principios. Esto significa que, en todos los sistemas jurídicos de este tipo, por razones jurídicas, los principios son elementos necesarios del sistema jurídico (...). Esto basta como *base* para la fundamentación de una conexión necesaria entre derecho y moral a través del argumento de los principios”³⁷⁹.

Ahora bien, no obstante, el autor plantea que tampoco es suficiente para sostener “la existencia de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral”, pues como dejamos anteriormente señalado la tesis de la incorporación sólo sirven como base para la fundamentación de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, pero no para sostener la conexión en sentido estricto, eso se conseguirá más adelante con otros elementos.

En relación con la tesis moral, el autor se identifica con la tesis de la conexión débil que suele diferenciarse de la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y moral (fuerte). En su *versión débil*, plantea *la existencia entre el derecho y alguna moral*, mientras que en la fuerte se sostiene una conexión entre el derecho y la moral³⁸⁰.

De manera que la *tesis moral* implica que la presencia necesaria de principios que sirve de *base* en un sistema jurídico *conduce* a la conexión entre el Derecho y la moral³⁸¹. Esta tesis es válida si entre los principios que hay que tomar en cuenta en los casos dudosos a fin de satisfacer la pretensión de corrección siempre se encuentran algunos que pertenecen a *alguna moral*, esto es, no son tan abstractos a menudo son relativamente concretos como por ejemplo la protección del medio ambiente, esto significa que los principios son siempre de alguna moral sea esta correcta o no³⁸².

³⁷⁸ ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Ob. Cit., pp. 76-77.

³⁷⁹ Ibidem, pp. 78.

³⁸⁰ Ibidem, pp. 79.

³⁸¹ Ídem.

³⁸² Ibidem, pp. 79-80.

Por último, respecto a la tesis de la corrección esta da lugar a sostener que la tesis moral “es demasiado poco”³⁸³, pues “cuando se habla de una conexión necesaria entre el derecho y la moral, por lo general se quiere decir es que existe una *conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta*”³⁸⁴. De esta manera se constata que la “tesis de la corrección es el resultado de una aplicación del argumento de la corrección dentro del marco argumentativo de los principios”³⁸⁵.

Aquí se debe sostener algo *importante*, si de lo que se trata es de dar respuesta a una cuestión jurídica (caso dudoso) “cuyo contenido también es una cuestión de moral política, o sea, al menos una parte de los argumentos con los cuáles el juez fundamenta el resultado de su ponderación tiene, por su contenido, el carácter de argumentos morales. De aquí se sigue que la pretensión de corrección necesariamente vinculada con la decisión incluye una pretensión de corrección moral”³⁸⁶.

En este sentido, la pretensión de corrección implica una pretensión de fundamentabilidad que se satisface no con la vinculación a alguna moral (tesis moral o conexión necesaria débil), sino se extiende a la decisión correcta en el sentido de una *moral* fundamentable y por lo tanto correcta. De modo que, esta conexión es creada en función de que la pretensión de corrección incluye la pretensión de la moralidad que se extiende a los principios subyacentes³⁸⁷.

Ahora bien, en este punto se debe aclarar que “fuera del ámbito del argumento de la injusticia, es decir, antes del umbral de la injusticia extrema, sólo la pretensión y no su realización puede crear una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta”³⁸⁸. Esto da a entender que, en relación con la idea de que antes del umbral de la injusticia extrema, una lesión de la moral no tiene como consecuencia que la norma en cuestión o la decisión en cuestión pierda el carácter jurídico, es decir, que no sea derecho (conexión clasificante) sino sólo a que ella constituya una norma o una decisión jurídicamente defectuosa (conexión cualificante)³⁸⁹, no obstante, cuando suscite la existencia de los

³⁸³ Ibidem, pp. 81.

³⁸⁴ Ídem.

³⁸⁵ Ídem.

³⁸⁶ Ídem.

³⁸⁷ Ibidem, pp. 82.

³⁸⁸ Ibidem, pp. 83.

³⁸⁹ Ídem.

defectos morales y la condición de la injusticia extrema, la invalidez de la norma tomará cuerpo y esto ya no calificaría como una conexión cualificante sino como una intermedia como bien se señaló anteriormente.

Cabe señalar que justamente esta como se mencionó anteriormente la “conexión (...) no conduce a una conexión necesaria del derecho con una determinada moral concreta designada como correcta pero sí a una conexión necesaria del derecho con la idea de una moral correcta en el sentido de moral fundamentada”³⁹⁰, se añade a ello que “la idea de una moral correcta tiene el carácter de una idea regulativa en el sentido de un objetivo al que hay que aspirar, de manera que la pretensión de corrección conduce a una dimensión ideal necesariamente vinculada al Derecho”³⁹¹.

En así que todos estos elementos constituyen la concreción de la institucionalización de la razón, de lo que cabe destacar que es a través de la idea de la pretensión de corrección actúa sobre la teoría del discurso – discurso práctico racional – que plantea la idea de una conexión con la moral fundamentada o argumentada, como también actúa sobre la teoría del caso especial – discurso práctico general –. Al mismo tiempo se observa cómo no sólo el argumento de la injusticia se plantea como la llave del ingreso de la moral en el Derecho sino también y sobre todo se puede advertir en el argumento de los principios y sus consideraciones.

2.2 La postura de Ronald Dworkin

2.2.1 El concepto de Derecho y el Derecho como integridad

En cuanto a Ronald Dworkin en su primigenia obra “Los derechos en serio”³⁹² se plantea un doble propósito: por un lado, las tesis pretenden destronar las conjeturas positivistas Hartianas (H. L. A. Hart) y por otro, afirma ciertos rasgos relevantes de la construcción de una teoría jurídica muy particular y original. El autor posee una pluma prodigiosa que cambian las bases de la filosofía del Derecho.

Los planteamiento esenciales se relacionan con la elaboración de una distinción lógica entre normas (reglas) y principios – propone así una teoría

³⁹⁰ Ibidem, pp. 84.

³⁹¹ Ibidem, pp. 85.

³⁹² Véase Ronald Dworkin, Los derechos en serio.

estructural de tal diferencia – que se ha revisado con anterioridad, esta diferencia pone en relevancia la estructura de las normas-principios, que coadyuvará a sostener otros elementos como el modelo de la reconstrucción-racional del pensamiento moral – modelo reconstructivo de Rawls – con estas dos tesis pretende propiciar una conexión conceptual necesaria entre la moral y Derecho que será conseguida a través de la defensa de la búsqueda de la única respuesta correcta³⁹³.

Las ideas sostenidas anteriormente se fortalecen, aclaran y complementan en su obra “El imperio de la justicia” que es el libro que “ofrece un pensamiento vigoroso, de gran originalidad y capacidad sugeridora, que establece las bases, y contiene desarrollos parciales, de una teoría del Derecho diferente de las dominantes”³⁹⁴, aunque no sólo distinta al positivismo jurídico o al iusnaturalismo radical según refiere, sino a las teorías interpretativas como el convencionalismo y el pragmatismo³⁹⁵, justamente porque la concepción del Derecho entendida como integridad del Derecho se sustentada en una teoría interpretativa³⁹⁶.

Como se señaló anteriormente el autor en relación con su postura se declara confesamente antipositivista³⁹⁷ y no un neo-iusnaturalista reformulado, pero ¿cuáles son las razones y qué significa ser antipositivista en expresión del autor? y ¿si es verdad que se aparta radicalmente de una concepción iusnaturalista? Estas preguntas serán respondidas en las siguientes líneas.

Es muy común que se reconozca en la literatura filosófica, que su postura se encuadra en una tercera vía que media entre el Derecho natural y el

³⁹³ Albert Calsamiglia, “Prólogo. Ensayo sobre Dworkin”, Ob. Cit., pp.15.

³⁹⁴ DELGADO PINTO, José, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, Ob. Cit., pp. 35.

³⁹⁵ “El derecho como integridad niega que las declaraciones del derecho sean informes objetivos regresivos del convencionalismo o programas instrumentales progresivos del pragmatismo legal”. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Ob. Cit., p.164.

³⁹⁶ “(...) el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que puede ser (...) Este libro expande e ilustra esa concepción del derecho, excava en sus cimientos en una política más general de integridad, comunidad y fraternidad”. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Ob. Cit., p.11.

³⁹⁷ Albert Calsamiglia, “Prólogo. Ensayo sobre Dworkin”, Ob. Cit., pp. 8.

positivismo, así lo señalan algunos autores³⁹⁸. Inclusive se proponen razones para no ser calificado como iusnaturalista radical, al respecto se dice el autor no defiende 1) “la idea de unos principios de justicia de validez universal”³⁹⁹, es decir, “no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables (...) rechaza el modelo del razonamiento típico del naturalismo – que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir”⁴⁰⁰; y 2) rechaza “la idea de que el derecho injusto no es Derecho”⁴⁰¹ – Alexy tampoco abraza esta postura sólo una más modesta como “la injusticia extrema no es Derecho” – en otras palabras “no *niega* que el derecho claramente establecido, disposiciones o decisiones que carezca de conformidad con ciertos estándares morales específicos – incluso aunque pertenezcan a lo que él llama un sistema jurídico injusto – sean derecho”⁴⁰².

Pero no sólo ello, también sostiene razones para no ser considerado como positivista radical, estas implican: 1) plantea el compromiso con “(...) ciertos principios morales objetivos que son también derecho: concretamente aquellos que figuran en la teoría más sólida del derecho”⁴⁰³; 2) se compromete con la idea, y esto tiene que ver con lo último, que “los principios no deben su cualidad de Derecho a ninguna forma de incorporación o decisión normativa, ni práctica judicial o consenso. Lo que quiere decir es que se reconoce como Derecho aún si no han sido asumidos por las fuentes sociales del Derecho”⁴⁰⁴, esta tesis –

³⁹⁸ HART L. A., Herbert, “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, Ob. Cit., pp. 5. Albert Calsamiglia, “Prólogo. Ensayo sobre Dworkin”, Ob. Cit., pp. 12. “(...) al pensamiento de Dworkin hay que situarlo en una posición más allá del iusnaturalismo y del positivismo jurídico”. DELGADO PINTO, José, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, Ob. Cit., pp. 38.

³⁹⁹ Aunque la postura que se adhiere al comentario es el iusnaturalismo. Para la defensa del iusnaturalismo mínimamente se debe cumplir con la adhesión de dos tesis concomitantes (la tesis de filosofía ética y la tesis acerca de la definición del Derecho): “la existencia de principios de justicia universalmente válidos inmutables y asequibles a la razón humana (absolutismo moral) y la segunda postula un concepto de lo jurídico en función a que sólo será concebido como jurídico si las normas o el conjunto de ellas *no contradicen los principios universales*”. SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Ob. Cit., pp. 28.

⁴⁰⁰ Albert Calsamiglia, “Prólogo. Ensayo sobre Dworkin”, Ob. Cit., pp. 11.

⁴⁰¹ DELGADO PINTO, José, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, Ob. Cit., pp. 35. Esta postura se deja entrever cuando se cuestiona ¿si los nazis tenían Derecho? responde diciendo: “Es derecho en lo que hemos denominado el sentido preinterpretativo”. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., p. 82. Es más explícito cuando afirma que “debemos rechazar la idea simplista de que todo derecho injusto es inválido” DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Ob. Cit., pp. 16.

⁴⁰² HART L. A., Herbert, “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, Ob. Cit., pp. 5.

⁴⁰³ Ídem.

⁴⁰⁴ Ídem.

fuentes sociales del Derecho – es de origen positivista y rechazarla sería prácticamente negar el positivismo, por tanto, los principios no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa⁴⁰⁵; y 3) “el derecho como integridad rechaza, por inútil, la cuestión de si los jueces encuentran o inventan la ley”⁴⁰⁶, es decir, sostiene que la exigencia del Derecho o “los reclamos legales son juicios interpretativos y por lo tanto, combinan elementos progresivos y regresivos; interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo”⁴⁰⁷.

2.2.2 El Derecho como integridad

Parece que estos planteamientos – rechazo al iusnaturalismo radical y al positivismo radical – coinciden plenamente con la defensa de la teoría del Derecho como integridad, para este autor esta tesis es una concepción del Derecho que combina dimensiones descriptivas y prescriptivas (normativas)⁴⁰⁸. Sobre todo “la concepción” desarrollada en su etapa post-interpretativa⁴⁰⁹ plantea una perspectiva prescriptiva – carácter ideal –. Esta afirmación se extrae cuando desvela que “la *integridad* está incorporada en el modo de operar los juristas hasta el punto de que puede decirse que constituye el valor más característico del Derecho como práctica social específica. (...) al mismo tiempo constituye un *ideal* cuyas *exigencias* orientan y guían la actividad de legisladores y jueces”⁴¹⁰. El Derecho como integridad sobre todo plantea el papel que tienen los jueces y así se verá a continuación.

Este “fuerte giro metodológico”⁴¹¹ producido en la etapa post-interpretativa, elucubra un rechazo total del enfoque analítico – filosofía del

⁴⁰⁵ Albert Calsamiglia, “Prólogo. Ensayo sobre Dworkin”, Ob. Cit., pp. 9.

⁴⁰⁶ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., p. 164.

⁴⁰⁷ Ídem.

⁴⁰⁸ “(...) el derecho como integridad (...) desarrollará, como idea organizadora, una descripción de la forma en que las prácticas legales que definen las decisiones políticas del pasado contribuyen a la justificación de la fuerza colectiva coercitiva. Ya sabemos de qué prácticas se trata. La legislación (...). El precedente (...). Una concepción de derecho debería tratar de demostrar, por ejemplo, que la explicación de la legislación que provee la mejor justificación de dicha institución requiere, contrariamente a la práctica que prevalece en la actualidad (...). Estos polémicos reclamos postinterpretativos son el filo de una concepción de derecho y esa es la razón por la cual los casos difíciles (...) proporcionan el mejor teatro para desplegar su poder. He aquí algunas de las cuestiones polémicas en nuestra propia práctica que debe tratar una concepción del derecho desarrollada en su etapa postinterpretativa”. Ibidem, pp. 80.

⁴⁰⁹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., p. 80.

⁴¹⁰ DELGADO PINTO, José, La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración, Ob. Cit., pp. 31.

⁴¹¹ MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Ob. Cit., p. 11.

lenguaje – en el ámbito de la teoría jurídica, en la medida que una concepción del Derecho sostenida bajo las “teorías semánticas del derecho” como el positivismo contienen la infección persistente del “aguijón semántico”⁴¹², por ello, el positivismo legal⁴¹³ debe ser dejado atrás y “debería ser reemplazado por una teoría de la interpretación⁴¹⁴ que como sostiene “constituye la única clase de teoría que puede dar cuenta de la naturaleza interpretativa de las prácticas jurídicas”⁴¹⁵.

Este esbozo tiene su origen en la diferencia entre “conceptos y concepciones del Derecho” en él se afirma que “un filósofo del derecho comienza entonces su trabajo disfrutando de una identificación pre-interpretativa nada polémica en el terreno del derecho”⁴¹⁶ en el que no habría “ninguna dificultad para identificar en forma colectiva las prácticas que cuentan como prácticas legales en nuestra propia cultura. Poseemos legislaturas, cortes, agencias y cuerpos administrativos (...)”⁴¹⁷. Aunque la polémica, las dificultades y también los desacuerdos se mantendrán presentes, “cuando de una declaración del concepto central de su institución les permite ver los argumentos con una cierta estructura, como argumentos sobre concepciones rivales de dicho concepto”⁴¹⁸.

Manteniendo la diferencia propone una concepción del Derecho construida como “el Derecho como integridad” que sostiene una interpretación abstracta de la práctica legal⁴¹⁹. Esta idea conlleva a observar que el filósofo del Derecho debe ser menos negativo y más útil, de este modo, se pretende restaurar “las relaciones entre ciencia de la legislación y la jurisprudencia”⁴²⁰. En todo caso se propone un nuevo enfoque del fenómeno jurídico a partir de la interpretación de los principios, basado en la idea de integridad⁴²¹ y en el que se

⁴¹² DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., p. 44.

⁴¹³ Ibidem, pp. 36.

⁴¹⁴ “(...) si el derecho es un concepto interpretativo, cualquier jurisprudencia digna de tener debe ser construida sobre algún punto de vista sobre qué es la interpretación y el análisis de interpretación”. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., pp. 47.

⁴¹⁵ MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Ob. Cit., pp. 11-13.

⁴¹⁶ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., p. 77.

⁴¹⁷ Ídem.

⁴¹⁸ Ídem.

⁴¹⁹ Ídem.

⁴²⁰ CALSAMIGLIA, Albert, “El concepto de integridad en Dworkin”, en *Doxa. Revista de filosofía del Derecho*, Nº 12 (1992), p. 158.

⁴²¹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., p. 165

asume la idea de que no existen casos que no puedan resolverse jurídicamente⁴²².

En este sentido, la concepción del Derecho basado en la idea de *integridad* plantea que el “principio adjudicativo de integridad incluya a los jueces a que *identifiquen* los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, bajo la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad. (...). El derecho como integridad es diferente: es a la vez producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal. El programa que ofrece a los jueces que deben decidir casos difíciles, es esencialmente interpretativo: el derecho como integridad les pide que continúen interpretando el mismo material que reclama haber interpretado bien por sí mismo”⁴²³.

La interpretación “reconstructiva” entiende al “derecho como práctica social” para ello el autor como se decía anteriormente plantea una distinción estructural: “Una etapa preinterpretativa donde se identifican las reglas y normas que proporciona el contenido provisorio de la práctica (...). Una etapa interpretativa donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa interpretativa. (...) Una etapa *postinterpretativa* o reformadora donde ajusta su sentido sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa”⁴²⁴.

El punto de partida para desmenuzar esta postura es en primer lugar entender la existencia de los “casos difíciles” como los señalados en los ejemplos que da Dworkin el caso Elmer, MacLoughlin y Snail Darter, en el que se producen desacuerdos teóricos⁴²⁵, es decir, desacuerdos sobre el *fundamento del Derecho* lo que da origen a un caso problemático⁴²⁶. En suma, este “desacuerdo versa

⁴²² Ibidem, pp. 164-165.

⁴²³ Ibidem, pp. 165

⁴²⁴ Ibidem, pp. 58.

⁴²⁵ Contrariamente a lo que afirma Ronald Dworkin hace alusión que en cambio “el positivismo jurídico (...) es una teoría semántica que apoya el punto de vista del hecho evidente y el postulado de que el argumento genuino sobre el derecho debe ser empírico en lugar de teórico”. Ibidem, pp. 39. Asimismo, sostiene que “(...) lo que denomino punto de vista del hecho evidente del derecho (...) sostiene que el derecho sólo depende de hechos históricos evidentes, que el único desacuerdo sensato sobre el derecho es un desacuerdo empírico sobre qué decidieron en el pasado las instituciones legales, que aquello que denomino acuerdo teórico (...) entendido como un argumento sobre (...) lo que debería ser (...) aunque los argumentos en estos casos parecen ser sobre el derecho y no sobre la moralidad”. Ibidem, p. 35.

⁴²⁶ Ibidem, pp. 39.

sobre qué es el derecho en realidad”⁴²⁷ o sobre lo “que exige el Derecho (...) desacuerdo básico, que debe explicar quién trata el derecho desde el punto de vista interno”⁴²⁸. El juez – al interior de los problemas – quien tiene un papel relevante a fin de escudriñar la exigencia del Derecho.

En segundo lugar, sumamente relevante es diferenciar, entre una perspectiva externa – observador – y una interna – participante – en este caso el juez se compromete con el punto de vista del participante, aunque sin desconocer que el Derecho es un fenómeno social, pone de relieve la “práctica social argumentativa”. Esto suscita como consecuencia de haber aceptado la existencia de principios no sólo explícitos sino también implícitos como parte del Derecho, pues recrudece la complejidad, la función y las consecuencias. Esto quiere decir que desde el punto de vista de los jueces se debe “tratar de captar el carácter argumentativo de nuestra práctica legal uniéndose a la práctica y luchando con las cuestiones de entereza y verdad”⁴²⁹. Por eso señala que “las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso”⁴³⁰.

Desde este plano, en primer lugar, para Dworkin lo fundamental debe ser consolidar esa “*actitud interpretativa*”⁴³¹ que funciona desde el punto de vista interno, en el que se “defiende la interpretación creativa entendida como construcción”, que debe entenderse como “un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible”⁴³².

2.2.3 La coherencia de principios que subyacen a las normas e instituciones que se consideran vinculantes en la comunidad

Lo mencionado con anterioridad sólo funciona en la medida que se considera a la integridad como una “coherencia de principio horizontal”, o sea, que son verdaderos derechos y deberes que surgen de decisiones colectivas del pasado que no sólo poseen un contenido explícito, sino también están presentes

⁴²⁷ “(...) el desacuerdo sobre el fundamento del derecho es más problemático. (...) Su desacuerdo versa sobre que es el Derecho en realidad, sobre la cuestión de la segregación racial o accidentes industriales”. Ibidem, Ob. Cit., pp. 18.

⁴²⁸ CALSAMIGLIA, Albert, El concepto de integridad en Dworkin, Ob. Cit., pp. 159.

⁴²⁹ Ibidem, pp. 23.

⁴³⁰ Ibidem, pp. 164.

⁴³¹ Ibidem, pp. 45.

⁴³² Ibidem, pp. 49.

los principios de moralidad política que proveen justificación de las decisiones explícitas⁴³³.

En palabras más simples “un sistema jurídico, tal y como es percibido por los jueces, incluye un conjunto consistente de principios jerárquicamente ordenados que están implícitos en o son presupuestos por el derecho explícito. (...) Tales principios constituyen la más sólida (como dice Dworkin) o mejor justificación moral del derecho explícito. La teoría tiene por ello tanto una dimensión de adecuación como una dimensión de moralidad”⁴³⁴.

Esto significa que la coherencia del principio horizontal no es la del sentido estricto, únicamente fidelidad a las decisiones anteriores en función de resolver un caso no planteado, o sea, interpretar la disposición normativa o de un precedente, sino que el juez puede reconocer un derecho nuevo no reconocido en decisiones tomadas con anterioridad, pero para que esto suceda el juez debe justificar su decisión en principios pues actúa en este caso la coherencia de principios de justicia y equidad⁴³⁵.

La interpretación se consolida básicamente en “(...) la historia o forma de una práctica u objeto, (...) a pesar de que el carácter de dicha restricción debe tener buenos fundamentos”⁴³⁶. Este planteamiento surge básicamente cuando se evoca la diferencia entre la presencia necesaria de convicciones positivas que deben ser independientes de las convicciones de adaptación, en tanto la segunda restringe a la primera⁴³⁷.

Por esta razón “la historia importa porque los principios de moralidad política deben justificar tanto la categoría como el contenido de las decisiones anteriores”⁴³⁸. Así los principios se ajustan y justifican como una parte compleja de la práctica legal y proporciona la coherencia de principio que exige la integridad⁴³⁹.

Ahora bien, la tesis de “la novela en cadena” pretende que se escriba cada capítulo de cada novela de la mejor medida posible, aunque esta pretensión

⁴³³ Ibidem, pp. 165.

⁴³⁴ H. L. A. Hart, “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, Ob. Cit., pp. 3-18.

⁴³⁵ DELGADO PINTO, José, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, Ob. Cit., pp. 32.

⁴³⁶ Ibidem, pp. 49.

⁴³⁷ Ibidem, pp. 59.

⁴³⁸ Ibidem, pp. 166.

⁴³⁹ Ídem.

plantea la complejidad de decidir en el caso difícil bajo el derecho como integridad⁴⁴⁰, para salvaguardar estas dificultades se propone “un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos que acepta el derecho como integridad”⁴⁴¹. A este se le denominará Hércules, que es quien debe encontrar los principios que se *adecue* al precedente particular y a otras decisiones judiciales, y además debe *construir* un *esquema* de principios abstractos y concretos⁴⁴² que ofrezca una *justificación* coherente”⁴⁴³, *rechazando* de este modo una reconstrucción semántica de la norma.

Al parecer como señala algún autor, el derecho como integridad que plantea “la adopción del punto de vista interno parece conducir irremediabilmente a la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral”⁴⁴⁴ en la medida que el juez hércules pretende alcanzar la única respuesta correcta⁴⁴⁵, que en el caso concreto se materializa en la etapa post-interpretativa⁴⁴⁶ – visión holística o integradora respecto del fenómeno jurídico – hasta donde sea posible encontrar una mejor interpretación que implique que el resto de las respuestas no eran las correctas, no obstante, aunque así no lo asumiría Dworkin, para ello se requiere salir del Derecho y acudir a razonamientos morales⁴⁴⁷.

En suma, la tesis de la reconstrucción de un principio como jurídico, obliga a descifrar “la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas

⁴⁴⁰ Ibidem, pp. 167.

⁴⁴¹ Ibidem, pp. 173.

⁴⁴² “El derecho como integridad requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas”. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., pp. 176.

⁴⁴³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 189-190

⁴⁴⁴ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 53.

⁴⁴⁵ El sistema establecido idóneamente interpretado, provee, no solamente una respuesta, sino, con ciertas excepciones desdeñables, una única respuesta correcta derivada del sistema. La apariencia de fisuras subrayada por el positivista es superficial y engañosa y desaparece, cuando una adecuada teoría general de la interpretación es aplicada al Derecho.

⁴⁴⁶ “En aquellas sociedades en las que se haya desarrollado la actitud interpretativa frente a la práctica del Derecho (...) el fenómeno jurídico puede analizarse – en opinión de Dworkin – a partir del paso por las tres etapas interpretativas (...) La etapa preinterpretativa. El problema de la identificación del Derecho (...) La etapa interpretativa. La búsqueda de un significado para el derecho (...) La etapa postinterpretativa. La formulación del Derecho (...)”. LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Ob. Cit., pp. 284-291.

⁴⁴⁷ Ídem.

explícitas”⁴⁴⁸. Como se señaló anteriormente los principios se encuentran después de haber pasado por un proceso de actividad interpretativa (etapa post-interpretativa)⁴⁴⁹, que se sustentan en “la teoría ética y política mejor fundada – el buen razonamiento moral –⁴⁵⁰. De modo que la validez jurídica y origen de los principios jurídicos no depende de la autoridad competente sino de la moral correcta – única respuesta correcta – lo que a su vez implica una “conexión argumentativa cierta de tipo conceptual entre derecho y moral”⁴⁵¹.

Aunque Dworkin posteriormente rechaza y renuncia explícitamente en “la justicia con toga” diciendo: no es “una respuesta que podría resultar correcta para la satisfacción de todos, pues el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta (...). Afirmando que la controversia es sobre la moralidad y no sobre la metafísica”⁴⁵².

Esta última afirmación nos lleva a explicar que la “idea de integridad permite percibir la conexión necesaria y, al mismo tiempo, la diferencia entre ambos”⁴⁵³. Pues bien, respecto al primer punto el juez encarnado desde el punto de vista interno debe solucionar las exigencias del Derecho – casos difíciles – que se extrae del material jurídico vigente que es representado como expresión de una concepción coherente de justicia y equidad. Esto quiere decir que para la determinación del contenido de los derechos esta dependerá de valoraciones morales, o sea, de la incorporación de la moral que hace el juez, pero según sostiene Dworkin no con relación a una concepción de justicia que considere mejor fundada, sino según algunos principios que conforman una concepción que se adecue o ajuste al esquema de principios de justicia y equidad que subyace a las normas vigentes, no de la justicia ideal, de la moral crítica sino de la moral institucionalizada, o sea de la justicia incorporada a la práctica⁴⁵⁴.

⁴⁴⁸ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 128.

⁴⁴⁹ “Pero se debe tener en cuenta que para R. Dworkin, la dificultad o no de un caso, es consecuencia de la interpretación, en otros términos, la existencia de un caso difícil tendrá lugar una vez producida la interpretación”. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Ob. cit., pp. 54.

⁴⁵⁰ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”, Ob. cit., pp. 80

⁴⁵¹ Ibidem, pp. 79

⁴⁵² DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., pp. 12.

⁴⁵³ DELGADO PINTO, José, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, Ob. Cit., pp. 35.

⁴⁵⁴ Ibidem, pp. 36.

Esta afirmación da lugar a que se sostenga un “objetivismo moral” a través de un compromiso con el realismo moral, es decir, “la objetividad del sofisticado razonamiento jurídico que nos propone y la tesis de la única respuesta correcta reposan irremediabilmente en la objetividad de la moral”⁴⁵⁵ que se materializa a través de la vinculación con “un realismo moral que implica la existencia de una realidad objetiva *ahí afuera* en el universo, ontológicamente independiente de nuestro conocimiento”⁴⁵⁶ que es el juez hércules quien tiene que encontrar la respuesta correcta.

En relación con el segundo punto, se evidencia el problema de “la normatividad del Derecho y la obediencia”, pues sostiene que hay razones para considerar justificado el uso de la coacción estatal a través del Derecho por tanto el orden debe ser vinculante y por lo tanto en principio el Derecho debe ser obedecido y aplicado (el problema de qué es lo que el Derecho requiere); sin embargo, hay circunstancias en la que no funciona este tipo de exigencia del Derecho sino que se debe dejar de lado (el problema de qué es lo que se debe hacer para actuar de forma moralmente correcta, no sólo los jueces sino también los ciudadanos)⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral” Ob. Cit., pp. 114.

⁴⁵⁶ *Ibidem.*, pp. 115.

⁴⁵⁷ DELGADO PINTO, José, La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración, Ob. Cit., p. 37.

CAPITULO CUARTO

LA EROSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS PRINCIPIOS

1. Cuestiones preliminares

En este apartado el objeto de estudio está conformado por dos tipos de discursos ampliamente coincidentes en sus objetivos pues pretenden la reconstrucción de los sistemas jurídicos, aunque sutilmente diferentes en la forma de estructuración y presentación.

Se hace referencia con ello a las tesis de Robert Alexy y Ronald Dworkin que anteriormente se ha desarrollado. Esta postura en la filosofía del Derecho según quienes la defienden sería la mejor versión o construcción que puede dar cuenta del actual modelo del Estado constitucional, sobre todo porque los presupuestos teóricos están diseñados para intentar resolver problemas normativos-prácticos y además propenden a reconstruir los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Nuestra opción como se dejará entrever en las siguientes líneas respecto a la moda teórica no es nada complaciente, tampoco convive con la tranquilidad intelectual, ni el paradigma contextual o la conveniencia circunstancial, todo lo contrario, es modestamente reflexiva. La idea en este apartado es llamar la atención sobre algunos problemas que se suscitan en el discurso de la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios que al parecer para muchos representa un dogma teórico e irrefutable.

En el seno de esta problemática se encuentra el concepto de Derecho que adopta esta postura, pues es justamente el concepto lo que termina afectando el desarrollo de todos los elementos teóricos de las propuestas. El mismo Robert Alexy reconoce las dificultades por los que atraviesa no sólo el concepto de Derecho sino las influencias que esta causa en su desarrollo concreto de las construcciones teóricas; así se ha señalado que “si bien la inclusión de la moral en el derecho ayuda a resolver problemas (...) esto representa solo una cara de la moneda. La otra cara es, (...) que la inclusión de la moral en el derecho origina serios problemas”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 96-97.

Estas propuestas encuentran cultivo en dos dificultades: la primera dificultad es el “fortalecimiento del objetivismo moral verdadero y del cognoscitivismo ético⁴⁵⁹ y la segunda dificultad es el “objetivismo moral racional”⁴⁶⁰ que se encuentran dentro de las tesis principales de los autores del constitucionalismo de los principios, aunque no concurrentes sino con algunas matizaciones.

La pregunta que surge al respecto para identificarlas en orden sería “¿qué tipo de norma moral funda o justifica en última instancia la decisión judicial?” entendiéndose el “concepto de justificación como justificación última. Esto quiere decir que la decisión no está justificada si no están justificadas las razones que justifican aquella decisión”⁴⁶¹.

En este sentido ¿cuáles son estas razones últimas? siguiendo una clasificación bastante interesante se puede dejar entrever los tipos de normas morales que pretenden dar solución y justificar en última instancia: “1) Que se trate de una norma moral objetivamente verdadera (en el sentido que corresponde a hechos morales); 2) Que se trate de una norma moral objetivamente racional (por ejemplo, en el sentido de aceptable por parte del auditorio racional); 3) Que se trate de la norma moral subjetivamente escogida; 4) Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada”⁴⁶². El punto 1) hace referencia a objetivismo moral y al cognoscitivismo ético y el punto 2) se trata de construir un objetivismo en términos de racionalidad.

⁴⁵⁹ “FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 28.

⁴⁶⁰ COMANDUCCI, PAOLO, “La conexiones entre el Derecho y la moral”, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derecho y libertades, VIII (12), pp. 18. Sobre el particular Ferrajoli habla de un objetivismo moral fuerte y un objetivismo moral débil: “Según una primera acepción, «objetivismo moral»: a) alude a una suerte de ontología de los valores con referencia a la cual, b) es posible argumentar como verdaderos los juicios y las tesis morales, incluso las expresadas por los principios constitucionales. Es claro que la tesis sub a), según la cual el Derecho, o mejor, los principios constitucionales, incorporan la moral en el mencionado sentido objetivo, contradice la separación en sentido asertivo, derivando de ella la tesis antiiuspositivista que la extrema injusticia o la inmoralidad de una norma excluye su validez. Y es igualmente evidente que la tesis sub b), según la cual los juicios de valor moral expresados por los principios constitucionales son argumentables como verdaderos, contradice la separación en sentido prescriptivo, de lo que se deriva la tesis no liberal de su aceptabilidad universal y de la intolerabilidad, por falsos, de los juicios contrarios. En suma, ambas tesis suponen la hipótesis metafísica de la existencia empírica de un mundo de valores morales objetivamente o naturalmente vinculante (...). En este segundo sentido, objetivismo y cognoscitivismo moral son entendidos, en realidad, como sinónimos de «racionalismo ético», es decir de fundamentación y argumentación racional de las tesis éticas”. FERRAJOLI, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusmoralismo”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 339.

⁴⁶¹ COMANDUCCI, PAOLO, “La conexiones entre el Derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 18.

⁴⁶² *Ibidem.*, Ob. Cit., pp. 19.

En suma, en principio los dos primeros 1) y 2) responden a construcciones argumentativas de lo que se conoce como objetivismo moral y el 3) y 4) al subjetivismo moral. Desde nuestro punto de vista en el primero 1) podría fácilmente encuadrarse a Ronald Dworkin y en el segundo 2) a Robert Alexy, aunque este último parece que oscila entre este y el primero. Ambos puntos serán analizados con relación a la tercera pues la conversión que se produce del tipo 1 y 2 al tipo 3 es inevitable, es decir, existe un peligro y riesgo potencial a la mutación o nada impide que las dos primeras puedan reconducirse a un subjetivismo moral y arbitrario y como consecuencia estar generando un nuevo conclave imperialista y elitista en materia moral.

La propuesta también plantea otro problema que se puede reconducir a la idea de “la preferencia de la dimensión moral respecto a la dimensión jurídica de la Constitución”⁴⁶³. Este problema se cultiva básicamente por la adopción de una concepción de Derecho de carácter prescriptivo (conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada) que influye en el concepto de Constitución, para así tomar forma en lo que se conoce como la concepción moral o axiológica de la Constitución como norma. Se destaca en todo caso la existencia del peligro y riesgo de que “las normas no son vinculantes porque aparezcan en la Constitución sino por su fuerza moral”⁴⁶⁴ lo que termina ocasionando la “débil capacidad de vinculación de las normas”⁴⁶⁵ en sentido particular y “el debilitamiento del rol normativo de las constituciones”⁴⁶⁶ en sentido general.

Estas dificultades conllevan a lo que se ha venido denominado particularmente como “la erosión de la Constitución” y como consecuencia de ello se gesta la “deconstrucción de la Constitución”⁴⁶⁷.

⁴⁶³ ATIENZA, M. y LAPORTA, F., “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, Ob. Cit., pp. 210.

⁴⁶⁴ Ídem.

⁴⁶⁵ LUZZATTI, Claudio, *Principi e principi: la generacità nel diritto*, G. Giappichelli Ob. Cit., pp. 18.

⁴⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 28. Sostiene Ferrajoli que: “No obstante, estoy convencido que la aproximación principialista – poco importa si en la versión de Alexy o Dworkin más que en la de Atienza y Ruiz Manero -, tienen el riesgo de avalar un debilitamiento del rol normativo de las constituciones y un activismo judicial”. FERRAJOLI, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusmoralismo”, Ob. Cit., pp. 312.

⁴⁶⁷ Aunque el mismo Ferrajoli en este caso hable de deformación. Ibidem, pp. 313. “LUZZATTI, Claudio, *Principi e principi: la generacità nel diritto*, G. Giappichelli Ob. Cit., pp. 18.

Por esta razón el objetivo principal en este apartado consistirá en describir y revisar críticamente los postulados del constitucionalismo de los principios presentados por Robert Alexy y Ronald Dworkin, específicamente identificar los problemas o dificultades para luego plantear conceptualmente la erosión de la Constitución desde las estructuras del constitucionalismo de los principios, todo ello desde una postura empática con el compromiso de la vinculación normativa de la Constitución, lo que implica una vinculación moderada de las normas.

2. La focalización de los problemas esenciales en el constitucionalismo de los principios

2.1 El fortalecimiento del objetivismo moral en el constitucionalismo de los principios

2.1.1 El Objetivismo moral como sustento del Derecho como integridad en Ronald Dworkin

La pregunta ante todo es ¿cuál debe ser el tipo de norma moral que funda o justifica en última instancia la decisión judicial? importante saber esta respuesta porque la decisión judicial estará justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral. En este ámbito es la norma moral objetivamente verdadera – práctica jurídica en los principios de justicia y equidad – la que sostiene R. Dworkin.

Pero ¿qué se entiende por objetivismo moral en Dworkin? y ¿por qué en el caso de Ronald Dworkin va unido a un cognoscitivismo ético?⁴⁶⁸ Se debe entender que el objetivismo moral es la existencia de aquellas “normas morales verdaderas” – ontología de valores que son verdaderos – y que cuando se relaciona con el cognoscitivismo ético “consiste en sostener que hay normas morales verdaderas, pero esta debe conectarse con la teoría de la verdad por correspondencia, lo que implica que hay hechos morales que hacen verdades tales normas. Esta es la posición del realismo moral. Para el realismo moral las normas o principios morales son descripciones de hechos de un cierto tipo: hechos normativos” se añade a ello, que “el realismo: (...) implica la existencia

⁴⁶⁸ “Por cierto no faltan teorías que sostienen la objetividad de normas morales, sin presuponer el realismo moral. Pero esta posición implica el abandono de la teoría de la verdad, normalmente se trata de la verdad por coherencia. En esta teoría la verdad esta dada por algún tipo de acuerdo”. BULYGIN, Eugenio, “El problema de la objetividad en la moral y en el Derecho”, Ob. Cit, pp. 53.

de una realidad objetiva ontológicamente independiente de nuestro conocimiento”⁴⁶⁹.

Para ser coherente con el análisis se debería responder a la pregunta ¿en qué parte de las afirmaciones que hace Ronald Dworkin se sostiene el objetivismo moral integrado con el cognoscitivism ético? Pues bien, cómo se desarrolló en el capítulo II y III, el autor busca la justificación última en una norma moral para que la decisión judicial que se presente esté justificada, es decir, sobre la base de entender el Derecho como integridad – teoría interpretativa – el juez hércules omnisciente y esclarecido para buscar la única respuesta correcta debe tener en cuenta el objetivismo y el cognoscitivism moral que descansa – encuentra – en la práctica jurídica esencialmente en los principios de justicia y equidad.

Por ejemplo, señala el autor “un juicio acerca del derecho (...) (que conforme a la Constitución se puede o no prohibir la quema de banderas) es equivalente a la afirmación de que uno u otro principio provee la mejor justificación de una parte de la práctica jurídica. ¿Mejor en qué sentido? Interpretativamente mejor. Mejor, esto es, porque se ajusta mejor a la práctica jurídica y la presenta en una mejor luz”⁴⁷⁰.

Ahora bien, como es evidente en este caso el límite a la interpretación no sería más que el mismo objetivismo y el cognoscitivism moral, es decir, la práctica jurídica que se recuesta en los principios de equidad y justicia, pues es quien orienta la mejor interpretación, pero no se puede olvidar que esta práctica descansa en los principios morales generales de un sistema jurídico particular como es el caso del Derecho anglosajón.

Bajo esta consideración es el juez quien orientado por esta práctica que descansa en el objetivismo y cognoscitivism moral – principios de justicia y equidad – que le subyace, es quien, debe *encontrar* esa respuesta objetiva y racional⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ BULYGIN, Eugenio, “El problema de la objetividad en la moral y en el Derecho”, Ob. Cit., pp. 52.

⁴⁷⁰ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Ob. Cit., pp. 67.

⁴⁷¹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones interpretativas de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Ob. Cit., pp. 193.

El autor en todo caso defiende esta objetividad moral en la siguiente alusión: “si la verdad moral objetiva no existe, tampoco hay ninguna tesis interpretativa que pueda ser realmente superior en los casos verdaderamente difíciles”⁴⁷², añade luego, “la argumentación que efectúe en favor de tal enfoque es en sí misma de naturaleza moral (...), y alega tener un estatus objetivo”⁴⁷³.

Se puede advertir que el objetivismo moral – normas morales verdaderas – está conectado con el cognoscitivism ético, este implica que la existencia de normas morales verdaderas son tales porque existen hechos morales que hacen verdaderas las normas morales, esta afirmación es mayor pues se plantea en términos de realismo moral, en el que la realidad objetivamente ontológica es independiente de nuestro conocimiento⁴⁷⁴. Además, también se evidencia esta postura cuando el mismo Dworkin afirma que es nada comprensible que un juicio moral es algo diferente a un juicio real, objetiva o verdaderamente moral⁴⁷⁵.

De esta última explicación se puede hacer la reflexión. La única respuesta correcta se debe extraer de aquellos criterios, principios o normas morales generales (justicia y equidad) y que esta respuesta depende de hechos normativos morales que lo hacen verdaderas, siendo el juez el ser iluminado que se encuentra capacitado para hacerlo, y si es así lo hace sin contaminar tal respuesta con ingredientes subjetivos y arbitrarios.

Sostener esta idea en principio es dejar la ventana o la puerta abierta⁴⁷⁶ a la norma moral objetivamente verdadera. Ronald Dworkin bastante ingenioso pretende maquillar esta idea sosteniendo que existen límites en cuanto a la justificación – encontrar la respuesta correcta – “supuestamente” estos límites vienen representados por el “*esquema de principios de justicia y equidad que subyace a las normas vigentes*”, que no es más que, según señale, la “moral

⁴⁷² DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Ob. Cit., pp. 73.

⁴⁷³ Ídem.

⁴⁷⁴ “El cognoscitivism moral consiste en sostener que hay normas morales verdaderas. Si se acepta la teoría de la verdad por correspondencia, esto implica que *hay hechos morales que hacen verdades tales normas*. Esta es la posición del realismo moral. Para el realismo moral las normas o principios morales (...) son descripciones de hechos de un cierto tipo: hechos normativos. (...) el realismo: (...) implica la existencia de una realidad objetiva ontológicamente independiente de nuestro conocimiento”. BULYGIN, Eugenio, “El problema de la objetividad en la moral y en el Derecho”, Ob. Cit., pp. 52.

⁴⁷⁵ Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985, pp. 167-180.

⁴⁷⁶ La expresión ventana abierta viene suscrita por Alfonso García Figueroa en: “GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos, Ob. Cit. pp. 67.

institucionalizada” por la práctica, es decir, la justicia y la equidad incorporada a la práctica⁴⁷⁷.

No obstante, en el debate de la literatura filosófica surgen problemas que se verán con mayor detalle más adelante y que acá sólo se mencionará, estos tienen que ver con el problema epistemológico y con el conceptual: 1) el primer problema trata la premisa de que “no existe un método generalmente aceptado para determinar cuándo una norma moral es verdadera. Cuando hay desacuerdos morales profundos (por ejemplo, en los temas como el aborto, la eutanasia y la pena de muerte) no hay manera de determinar cuál de esas normas incompatibles es verdadera”⁴⁷⁸; 2) como consecuencia de ello pues podemos afirmar que efectivamente estos principios de justicia y equidad que sostienen la norma moral objetivamente verdadera no son los que garantizan el límite a la virtualidad de las disposiciones normativas interpretadas y justificadas. Asimismo, esta moral objetiva puede convertirse en moral subjetiva pues no existen formas de que esto no puede suceder⁴⁷⁹; y, por último, 3) el tercer problema es “de índole conceptual, que consiste en la dificultad de conciliar la existencia de hechos morales con la autoridad legítima que pueda imponer deberes genuinos”⁴⁸⁰.

2.1.2 El objetivismo moral y el objetivismo moral racional como sustento de la pretensión de corrección en Robert Alexy

En este caso antes que nada se tiene que tener presente la pregunta que guía el discurso ¿cuál debe ser el tipo de norma moral que funda o justifica en última instancia la decisión judicial? importante saber esta respuesta porque la decisión judicial estará justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral. En este ámbito se suscita dos tipos de normas morales uno que está relacionado con la norma moral objetivamente verdadera – la injusticia extrema

⁴⁷⁷ DELGADO PINTO, José, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, Ob. Cit., pp. 36.

⁴⁷⁸ COMANDUCCI, PAOLO, “La conexiones entre el Derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 20.

⁴⁷⁹ Haciendo referencia a la norma moral objetivamente verdadera sostiene que “la primera solución presenta problemas ontológicos (duplicación de mundos) y epistemológicos muy serios. Sobre todo, en virtud de estos últimos el juez no tendría otra alternativa que elegir una norma que cree que es correcta. Por lo tanto, la primera solución es reducible a la tercera”, esto quiere decir que la norma moral objetivamente verdadera se reduce la norma moral subjetivamente escogida. COMANDUCCI, PAOLO, “La conexiones entre el Derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 20.

⁴⁸⁰ BULYGIN, Eugenio, “El problema de la objetividad en la moral y en el Derecho”, Ob. Cit., pp. 53.

no es Derecho – y otra con la norma moral objetivamente racional – teoría del discurso racional–.

De modo que las tesis de Robert Alexy en el ámbito metaético desde nuestra perspectiva oscila entre un objetivismo fuerte – injusticia extrema no es Derecho – y un objetivismo débil – justificación del discurso racional –, en otras palabras, su postura fluctúa entre fundamentación objetiva y fundamentación racional.

La norma moral objetivamente verdadera – objetivismo fuerte – se relaciona con la definición que se dio anteriormente sobre el objetivismo moral y el cognoscitivismo ético, de modo que, si se sigue esa idea es pertinente conocer ¿en qué momento afirma Robert Alexy esta postura?

Pues bien, partiendo de la adopción por un concepto de Derecho prescriptivo suscita la incorporación de ciertas dimensiones morales en el Derecho en el que se mantiene la idea de “pretensión de corrección o de justicia” de las normas, de las decisiones y del sistema de normas en general, esta implica a su vez a la tesis de la injusticia extrema no es Derecho, construcción que ha sido propiciada en principio por Gustav Radbruch⁴⁸¹ y que ha sido agregada por Robert Alexy a sus postulados teóricos, sobre todo se desenvuelve concretamente en el contenido de la institucionalización de la razón que se desarrolló en el capítulo III.

El autor da a entender que “lo que tiene de particular esta fórmula es que conecta Derecho y moral sin exigir una coincidencia plena entre ambos. Deja que el Derecho positivo sea válido aun cuando sea injusto. Tan sólo si se traspasa el umbral de la extrema injusticia pierden las normas establecidas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces su carácter jurídico o su validez jurídica”⁴⁸².

Ahora bien, sobre el particular es necesario aclarar que el autor no propone la tesis de la “injusticia no es Derecho”, sino sólo que “la injusticia extrema no es Derecho”, es decir, “hoy no es frecuente escuchar que *la justicia* sea una condición de la existencia o del concepto de Derecho, sino sólo, más modestamente, que el Derecho ha de presentar siempre una *pretensión de*

⁴⁸¹ Para revisar esta tesis es pertinente el libro coordinado por Rodolfo Vigo “La injusticia extrema no es derecho”, en Rodolfo Vigo (coordinador), Editorial Fontamara, México, 2004.

⁴⁸² ALEXY, Robert, “Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho”. Ob. Cit., pp. 77.

corrección, de autoridad o de justicia, es decir, una pretensión de que los mandatos del legislador deber ser obedecidos por *alguna razón* distinta a la simple amenaza de la fuerza”⁴⁸³.

Además, se debe tener en cuenta que “la pretensión de corrección del que habla Robert Alexy no es una pretensión entendida solamente en sentido subjetivo. Por el contrario, equivale a la pretensión de que las normas válidas no tengan el carácter de injusticia extrema, de modo que, las normas que son conformes al ordenamiento pierden validez jurídica (...) si son extremadamente injustas, evidentemente en algún sentido objetivo”. Además, agrega el autor “pero, a su vez, una concepción objetivista de la moral remite a una concepción cognoscitivista de la misma. En pocas palabras, supone el cognoscitivismo ético. Cuando más extrema es la injusticia, (...) tanto más seguro es su conocimiento”⁴⁸⁴.

Se debe entender del extracto de esta cita que la tesis de la injusticia extrema que quita validez jurídica al Derecho por encuadrarse en sus presupuestos es parte de una de las dimensiones – negativa – de la tesis de la moralización del Derecho⁴⁸⁵. En suma, la tesis advierte bajo estas condiciones una conexión necesaria entre Derecho y moral y esto producto claro esta del objetivismo moral que parece sostener la tesis de la injusticia extrema no es Derecho, al punto que propone decir que existen valores o principios morales objetivos que no puede desconocer el Derecho, de ahí, que exista injusticia y que además esta postura debe relacionarse con el punto de vista del participante que no es más que el juez quien identifique esa extrema injusticia y que lo hace por motivos de obligación moral de la norma.

Esto tal cual conlleva a una “concepción objetivista de la moral que remite necesariamente a una concepción cognoscitivista (...) de modo que se pretende

⁴⁸³ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 76.

⁴⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 30.

⁴⁸⁵ “La moralización del Derecho parece presentar dos consecuencias, una positiva o de ampliación y reforzamiento del sistema jurídico, y otra negativa o de restricción de este. Positivamente, la moralización significa que, con independencia de lo que digan sus normas legales o consuetudinarias, sus normas puestas, todo Derecho incorpora un *mínimum ético*, que incluso a veces se hace manifiesto en forma de principios latentes o implícitos y que, entre otras cosas, permiten colmar las lagunas que irremediablemente aquéllas presentan y en todo caso ofrecer también sus mejores interpretaciones. Negativamente, la moralización implica la eliminación o pérdida de valor jurídico de aquellas normas positivas que, no obstante, procede de la autoridad, resulten (...) notoriamente injustas. PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 5-6.

imponer a todos moralmente, y no sólo jurídicamente por ser de algún modo objetivos, verdaderos y reales, siendo que el resultado final del cognoscitivismo ético es, de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante las opiniones morales disidentes”⁴⁸⁶.

En este caso la literatura filosófica ha criticado las tesis sosteniendo que la defensa de esta postura ha dado lugar el surgimiento de ciertos problemas en el mismo sentido en el que fueron tratados los problemas que aquejan a las tesis de Ronald Dworkin.

Ahora bien, existen otros problemas como “la intolerancia a la que lleva el objetivismo moral” que según L. Ferrajoli esta tesis “colisiona con los principios de libertad de conciencia y pensamiento. Justamente porque el constitucionalismo democrático reconoce y pretende tutelar el pluralismo, moral, ideológico y cultural que recorre toda sociedad abierta y mínimamente compleja”⁴⁸⁷. Es decir, que bajo la tesis de la “injusticia extrema no es Derecho”, no puede haber ninguna opinión distinta a la establecida, de modo que, es contradictorio con una sociedad multicultural o pluricultural pero además va en contra de la desobediencia civil de una sociedad que no está de acuerdo con postulados que se orienten por un objetivismo y cognoscitivismo moral.

El autor hace referencia al siguiente ejemplo “según la ética católica, es «verdadera» la tesis que el aborto debe ser prohibido; al contrario, según una tesis objetivista laica, es «verdadera» la tesis opuesta, que no debe serlo en virtud del derecho de la mujer a la autodeterminación de la maternidad. Es claro que en la base de estas dos tesis hay dos valores opuestos. Pero asumir una de las dos tesis como “verdadera” implica asumir la tesis opuesta como «falsa» y, por ello, no tolerable”⁴⁸⁸.

En suma, si se comprende que la pretensión de corrección que actúa sobre la injusticia extrema no es Derecho y que cuando se trata de decisiones judiciales esta vendría a ser la última norma moral objetivamente verdadera, no deja opción a que se presente como la vieja tesis iusnaturalista en este caso renovado por un nuevo concepto de Derecho que al mismo tiempo es la tesis del

⁴⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 31.

⁴⁸⁷ Ibidem, pp. 32.

⁴⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusmoralismo”, Ob. Cit., pp. 339.

constitucionalismo ético en virtud del cual los principios constitucionales se pretenden objetivamente justos⁴⁸⁹.

Además de la norma moral objetivamente verdadera que se acaba de desarrollar se evidencia otro tipo de norma moral que funda o justifica en última instancia la decisión judicial, por lo menos en Robert Alexy se logra observar esto, esta no es más que la “norma moral objetivamente racional”.

Anteriormente se señaló la existencia de distintos tipos de normas morales que justificaban en última instancia la decisión judicial pero en este caso también el mismo R. Alexy parece hacer referencia a otro tipo de norma moral que sería “norma moral objetivamente racional” que como bien señalan las que la defienden este tipo de norma no tendría respaldo en la definición en el cognoscitivismo moral en los términos anteriormente estudiados, sino que mantiene un concepto de existencia de normas verdaderas no en términos de verdad científica – ni siquiera en términos de correspondencia de algún orden moral superior o relacionado con alguna teoría de la referencia normativa – en este caso la verdad debe ser entendida en relación a la búsqueda de respuestas correctas o fundamentadas. Así, en este caso es la norma moral objetivamente racional la que debería fundar o justificar en última instancia una decisión judicial. Algunos, autores se refieren a esta moral un objetivismo moral mínimo⁴⁹⁰ o en términos de Ferrajoli un objetivismo moral débil.

Pero cabe sostener la pregunta ¿en qué momento Alexy sostiene una norma moral objetivamente racional? La respuesta se encuentra en las implicancias de la tesis de la pretensión de corrección, este da lugar a la teoría del discurso racional práctico, que se vuelve como la imagen de lo mencionado. Así, el autor afirma que “la teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección o verdad práctica, cuya tesis principal de todas las teorías procedimentales de la corrección es que la corrección de una proposición normativa depende de que la proposición sea o pueda ser el resultado de un determinado procedimiento (...) un procedimiento de argumentación”⁴⁹¹, lo cual ayudan a reconstruir la respuesta correcta o fundamentada.

⁴⁸⁹ PRIETO SANCHIS, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 27 y 28.

⁴⁹⁰ ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 53.

⁴⁹¹ ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 31.

Continúa diciendo que “la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva a la *posibilidad* de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general (...)”. Añade el autor, “no son posibles teorías materiales que para cada cuestión práctica permita extraer (...) una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales procedimentales que formulan *reglas o condiciones* de la decisión práctica racional”. A esta teoría procedimental se le ha denominado “*discurso práctico racional*”⁴⁹², añade además que la “función principal es asegurar la racionalidad de la argumentación y sus resultados”.

El autor formula 28 tipos de reglas entre las más importantes están la contradicción, claridad lingüística y verdad empírica, universalización, igualdad, ponderación, el intercambio de roles, la consideración de las consecuencias y el análisis del origen de las convicciones. Estas reglas de la razón práctica tienen dos funciones esenciales: una es la de complemento de las reglas específicas del discurso y a su vez es la base de la justificación y crítica de las reglas específicas y del sistema en general⁴⁹³.

Cabe hacer notar que estas reglas pueden ser válidas para fundamentaciones monológicas como para las no-monológicas, en cuanto a lo último, tendría que añadirse algunas reglas que tienen que ver con el procedimiento discursivo – hablar y tomar parte en el discurso, problematiza cualquier aserción, introducir, expresar opiniones, deseos, etc., impedir que ejerzan sus derechos en el discurso – estas reglas tienen el objetivo de conseguir imparcialidad en el discurso. Así, estas reglas no encuentran más fundamento moral que el sustento en la libertad y la igualdad de la argumentación. Si ello es así vale la condición de aprobación o acuerdo universal que sería reflejada como “una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso si las consecuencias (...) puede ser observadas por todos”⁴⁹⁴. De manera que existe una relación entre “aprobación universal bajo condiciones ideales y los conceptos de corrección y por tanto de validez moral”, añade, el autor la relación sobre estos elementos puede presentarse así: “únicamente son correctas, y, por tanto, válidas las normas que en un discurso ideal todos juzgarían correctas”⁴⁹⁵.

⁴⁹² Ibidem, Ob. Cit., pp. 23.

⁴⁹³ Ídem.

⁴⁹⁴ Ibidem, Ob. Cit., pp. 32.

⁴⁹⁵ Ibidem, Ob. Cit., pp. 31.

Como se puede advertir de estas citas extensas es que la teoría del discurso es el soporte de lo que se ha denominado la teoría moral procedimental o norma moral objetivamente racional.

Siendo más explícito sobre el tema, como bien señala Manuel Atienza "(...) todos los cultivadores de la teoría de la argumentación defienden como poco un objetivismo moral mínimo"⁴⁹⁶. En este sentido, se puede señalar que el objetivismo moral débil por lo menos en el caso de Robert Alexy se identifica con la norma moral objetivamente racional, esto es, lo que algunos señalan como el plano del contenido ético del Derecho o de la legalización de la moral, en él se requiere la *construcción* de una moral correcta a partir de una concepción procedimental del Derecho⁴⁹⁷.

Cabe señalar que para Robert Alexy el objetivismo moral estaría conectado con otra forma de sostener el realismo moral⁴⁹⁸. La siguiente afirmación es de R. Alexy: la "teoría de la argumentación jurídica quedó explícitamente abierta la pregunta acerca de si los enunciados normativos pueden ser únicamente correctos e incorrectos, o si también pueden ser verdaderos o falsos. Ya en este trabajo, sin embargo, existía la idea de que es posible hablar de hechos normativos. Por lo que, yendo más allá de Habermas y haciendo alusión a Tarski, argumenté de esta manera: Así como el enunciado 'la nieve es blanca' puede corresponder al hecho de que la nieve efectivamente es blanca, así también el enunciado 'X debe ser realizado' corresponde al hecho de que X debe ser realizado. Esta es la línea de pensamiento en la que me he mantenido. Hoy creo que el discurso jurídico no debe separarse del concepto de verdad"⁴⁹⁹, es decir, la teoría del discurso no debe separarse de un concepto de verdad, pero no, según sostienen, en los términos del concepto de verdad que ofrece el cognoscitivism ético.

Para este autor la moral justificada no pretende presentarse en términos de verdad científica, ni siquiera en términos de correspondencia de algún orden

⁴⁹⁶ ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 53.

⁴⁹⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, "Sobre las relaciones entre el derecho y la moral", Ob. Cit., pp. 5.

⁴⁹⁸ El mismo Manuel Atienza a sostenido que "yo siempre he defendido un objetivismo ético de carácter mínimo que no implica el realismo moral, o sea, no postula la existencia de entidades morales semejantes a los objetos o a las propiedades del mundo físico". ATIENZA Manuel, "Objetivismo moral y Derecho", Ob. Cit., pp. 3 y 17.

⁴⁹⁹ ALEXY, Robert, "Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento ha ido desarrollándose con el paso de los años", en Carlos Bernal (edición), *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra, Lima, 2011. pp. 23.

moral superior, es decir, busca respuestas correctas y no tanto respuestas verdaderas⁵⁰⁰, en el sentido del cognoscitivismo ético, sino de verdad como correcto.

Así, se procura sostener que “existen diversas modalidades de realismo moral y algunas de ellas podrían aceptarse al menos como posturas razonables”, añade Atienza que “es perfectamente comprensible que alguien pueda afirmar que el enunciado “es bueno el estado de cosas en el que todos tienen un igual acceso a la salud” es verdadero porque refleja el hecho moral de que ese estado de cosas contribuye al bienestar y florecimiento del ser humano; o que la norma moral correspondiente, “todos deben tener un igual acceso a la salud” es verdadera porque (hecho contrafáctico), si se cumpliesen los requisitos del diálogo racional, todos la aceptarían”⁵⁰¹. En suma, “los juicios morales tienen una pretensión de validez que se asemeja a la pretensión de verdad de los enunciados científicos (descriptivos), pero que no es exactamente la misma”⁵⁰².

Para explicar de mejor manera la postura de Alexy es necesario referirnos detalladamente a la relación entre *principios-argumentación-objetivismo moral*.

En la primera relación (principios-argumentación) los principios buscan con necesidad ser argumentados en tanto que existe un conflicto fruto de la indeterminación, como es evidente la inclusión de principios en la Constitución reclama su aplicación esto es el desarrollo de una argumentación o si se quiere un juicio de ponderación. En suma, de la relación entre principios y argumentación se observa una vinculación con *cualquier moral* – nada concreto, justamente por el carácter indeterminado – y como tal la obediencia al Derecho⁵⁰³.

Mientras que en la segunda relación (argumentación-moral objetiva) se caracteriza por su complejidad, se explica de modo distinto pues surge aquí la necesidad de poner en práctica “la teoría de la argumentación que a su vez se ve arrastrada por un objetivismo moral”, añade, para responder a la cuestión “¿cuál es la moral que ha de tenerse en cuenta para juzgar, es decir, si una pena merece el calificativo de cruel o inhumana, o para fijar el peso relativo de dos principios en conflicto?” contestaría el autor que se debe tener en cuenta a la

⁵⁰⁰ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 13.

⁵⁰¹ ATIENZA Manuel, “Objetivismo moral y Derecho”, Ob. Cit., pp. 19.

⁵⁰² ATIENZA Manuel, “Objetivismo moral y Derecho”, Ob. Cit., pp. 20.

⁵⁰³ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 11.

norma moral objetivamente racional – la teoría del discurso o el discurso práctico racional –. En este sentido, “las teorías de la argumentación recurren a *moral objetiva*”, al discurso práctico racional que debe entenderse como aquella “moral justificada con arreglo a la teoría ética, o sea, de ética normativa, que sostenga algún grado de objetivismo moral y en particular (...) con arreglo al constructivismo moral: es decir, lo que es justo se define por el resultado del procedimiento mismo, la objetividad aparece en términos de un punto de vista social adecuadamente construido”⁵⁰⁴, en otras palabras, a través del procedimiento de argumentación se pretende construir la moral justificada, correcta, objetiva o fundamentada.

En suma, se puede decir que “los criterios que puede ofrecer el objetivista moral a favor de que un determinado juicio moral (normativo o de valor) es objetivo son los que proporcionaría una argumentación racional sobre el tema; lo que respalda una pretensión de corrección es que eso es lo que aceptarían todas las personas razonables”⁵⁰⁵.

En este punto también existen dos tipos de problemas que discute la literatura filosófica en relación con la norma moral objetivamente racional, aunque cabe resaltar que en este punto no regresan los problemas intensos de carácter *ontológico* como el que daba lugar la norma moral objetivamente verdadera, discutida anteriormente, que en concreto sería “la duplicación de mundos”. En este caso se evidencian problemas de carácter *epistemológico*, esto se extrae de la siguiente referencia “presenta serios problemas epistemológicos: no tanto porque no sea posible que el juez encuentre la norma moral que funde su decisión, según las reglas procesales y sustanciales de una teoría moral (dejando a salvo los problemas epistemológicos que existen dentro de cada teoría: no por nada las teorías procedimentales con frecuencia no ofrecen códigos morales racionales) sino porque existen varias y divergentes teorías morales, entre las cuáles el juez debe elegir. Y por tanto también la segunda opción es reducible a la tercera”⁵⁰⁶, es decir, la norma moral racional a la moral subjetiva.

⁵⁰⁴ Ibidem, pp. 12.

⁵⁰⁵ ATIENZA Manuel, “Objetivismo moral y Derecho”, Ob. Cit., pp. 32.

⁵⁰⁶ COMANDUCCI, PAOLO, “La conexiones entre el Derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 20.

Lo que quiere dar a entender Paolo Comanducci es que existen problemas epistemológicos a nivel de la teoría procedimental moral y a nivel de la teoría moral sustancial que fundamenta la decisión. Con relación al primero - procedimental moral – porque las teorías procedimentales que contienen un contenido moral con frecuencia no ofrecen códigos morales racionales, es decir, si bien la postura alexyana defiende que “la pieza nuclear de la teoría del discurso está formada por un sistema de reglas del discurso y de principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados (...) sistema de reglas que pretende formular algo así como un código de la razón práctica”⁵⁰⁷ pero que en realidad no ofrece tal cuestión, pues la objetividad no se concibe como un horizonte que la argumentación encuentra o hacia el que se encamina, sino más bien como un producto, que la argumentación construye⁵⁰⁸.

El segundo – teoría moral sustancial – porque existen varias y divergentes teorías morales que fundan la decisión, es decir, el procedimiento moral o la norma moral objetivamente racional – teoría del discurso – no garantiza la racionalidad en las decisiones, dejando a instancia del juez la elección de las premisas de la argumentación en función a las teorías morales sustanciales que considere pertinente (alguna teoría de la justicia), lo que se quiere señalar es que se evidencian rasgos de subjetividad escogida en las afirmaciones que justifican la decisión. En este sentido la norma moral objetivamente racional se reconduce al subjetivismo moral y arbitrario.

De este segundo punto se desprende algo muy acertado con relación a las decisiones judiciales. La norma moral objetivamente racional – teoría del discurso – conlleva a la “apertura al activismo judicial y al pandectismo: la normatividad del Derecho se disolvería en la argumentación particularista, las prerrogativas del legislador se verían permanentemente acosadas por la interpretación judicial, el Derecho válido terminaría reduciéndose al Derecho eficaz y, en fin, el pluralismo moral característico de una sociedad democrática quedaría asfixiado por una presunta moral oficial (constitucional)

⁵⁰⁷ ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 23.

⁵⁰⁸ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 13.

argumentativamente descubierta por unos nuevos sacerdotes, los jueces, oráculos a un tiempo del Derecho y de la justicia”⁵⁰⁹.

2.2 La preferencia de la dimensión moral respecto a la dimensión jurídica

Anteriormente, en el primer capítulo se ha señalado que la existencia de la tesis de la *moralización de la Constitución* – contenido ético del Derecho – entendida como incorporación de dimensiones morales y de ciertos principios latentes o implícitos que llenan vacíos o lagunas ante casos difíciles a través de la pretensión de corrección. Además, se mencionó que también implica parte de esta tesis al adagio “la injusticia extrema no es Derecho” (momento en que se produce la conexión necesaria entre el Derecho con la moral correcta).

Esta postura tiene como tesis compatible *la legalización de la moral* – dimensión jurídica de la moral – postulado que propende a reconstruir esa moral objetiva o fundamentada a través de la argumentación jurídica – teoría del discurso – específicamente por intermedio de la ponderación, metodología que se utiliza ante la llegada de los casos difíciles que en sí mantienen una norma defectuosa.

En el Derecho como integridad se propone a *encontrar* la única respuesta correcta teniendo como supuesto parámetro la moral objetiva en términos de correspondencia de algún orden moral superior, esto es, bajo la orientación de los principios de justicia y equidad institucionalizados en la práctica anglosajona.

Ahora bien, para que los presupuestos que han sido desarrollados con anterioridad puedan sentirse cómodos en un sistema constitucional y así puedan encontrar viabilidad, el constitucionalismo de los principios no ha tenido mejor idea que incidir en un modelo de Constitución (concepto de Constitución) que redunde en la interpretación que se haga de ella. Si es como se presenta, los efectos del modelo terminarán repercutiendo en las normas que conforman el ordenamiento jurídico, lo que implica que esa *supuesta* moral objetiva que defienden será la que irradie en todo el sistema jurídico.

El planteamiento es el siguiente la concepción de Constitución dependerá de la concepción del Derecho, cuyas intenciones serán moldearla y ajustarla a sus intereses para que despliegue sus efectos en el sistema jurídico, en

⁵⁰⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, Ob. Cit., pp. 235.

consecuencia, desde el plano jurídico-filosófico se puede apreciar la relación que existe entre una concepción del Derecho de carácter prescriptivo cultivada por el constitucionalismo de los principios y un modelo de concepción o modelo de Constitución de carácter fuertemente axiológico en el que suscita la influencia del primero sobre el segundo y esto obviamente repercutirá en una concepción de la interpretación moral de la Constitución o de la “lectura moral de la Constitución”⁵¹⁰.

El modelo de la Constitución pone de relieve el carácter material de la Constitución, la norma fundamental que “incluye un amplio abanico de postulados morales, es decir (...) de una panoplia de exigencias morales que se supone que hay que poner a contribución a la hora de resolver casos”⁵¹¹. Esta no es más que la idea que se maneja actualmente de la Constitución contemporánea y que desprende todos sus efectos en los ordenamientos actuales.

En este sentido el constitucionalismo de los principios como concepción del Derecho (filosofía jurídica) se compromete a dibujar los perfiles de un modelo axiológico de Constitución como norma, ha esta se define como el “conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento que son, respecto a las otras reglas, fundamentales, (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas) (...), a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuye un especial valor. En este modelo (...) la constitución está cargada de un valor intrínseco: la constitución es un valor en sí”⁵¹².

Mencionado ello queda señalar que si se tiene en cuenta un modelo axiológico de Constitución como norma “lo que nos interesa de la constitución es su dimensión moral, no su dimensión jurídica. La tratamos como un documento moral jurídicamente vigente. Y esto sí que es ya cambiar de teoría e incluso de concepción general del derecho. Porque estos postulados morales no son vinculantes porque aparezcan en una Constitución (...) sino que son vinculantes

⁵¹⁰ DWORKIN, Ronald, “The Moral Reading of the Constitution”, Ob. Cit., pp. 46-50.

⁵¹¹ ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, Ob. Cit., pp. 210.

⁵¹² COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, Ob. Cit., pp. 98.

por su fuerza moral”⁵¹³, normas morales que habitan fuera de ella y que engancha muy bien con la idea de los principios implícitos.

Si esto es así, según el argot argumentativo del constitucionalismo de los principios, se debe a la existencia de serias deficiencias o defectos morales que se presentan en la Constitución, en las normas del sistema jurídico o en las decisiones judiciales y que bajo el influjo de la pretensión de corrección esta debe ser reconstruida socorriendo o bien a la idea del Derecho como integridad que descansa en los principios de justicia y equidad o bien a la teoría del discurso racional mediante la argumentación moral de la Constitución.

Del modelo axiológico de Constitución como norma y de la postura que le subyace se puede extraer dos características: la consideración de que los sistemas jurídicos son sistemas predominantemente estáticos y el acaparamiento de los principios que son construidos atendiendo al texto de la norma y casi siempre prescindiendo de él⁵¹⁴ en tanto que se acude a los principios morales implícitos al Derecho para dar solución a los defectos del Derecho.

Estas dos premisas, la existencia de una fuerza moral que tiene un carácter vinculante – moral externa – y la construcción de principios o criterios prescindiendo del texto de la norma es bastante complementario con la idea de Constitución que maneja el constitucionalismo de los principios, pues sostiene que “los principios y otros criterios argumentativos que constituyen razones justificativas de la *aplicación* de las normas jurídicas son también elementos del

⁵¹³ ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, Ob. Cit., pp. 210.

⁵¹⁴ En este sentido se recuerda la cita de H. L. A. Hart cuando sostiene que para Ronald Dworkin “en el sistema jurídico moderno, para cada caso por difícil que sea -controvertida-, el sistema establecido idóneamente interpretado, provee, no solamente una respuesta, sino, con ciertas excepciones desdeñables, una única respuesta correcta derivada del sistema. La apariencia de fisuras subrayada por el positivista es superficial y engañosa y desaparece, cuando una adecuada teoría general de la interpretación es aplicada al derecho. Esto es así porque un sistema jurídico, tal y como es percibido por los jueces, incluye no solamente el derecho explícito reconocido como tal por el positivista e identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (legislación, precedente, costumbre y práctica judicial, etc.) sino también un conjunto consistente de principios jerárquicamente ordenados que están implícitos en o son presupuestos por el derecho explícito. La especificación de este conjunto de principios implícitos constituye una teoría general del sistema jurídico como un todo. Esta teoría al mismo tiempo explica el derecho explícito en el sentido de que cualquier parte del derecho puede ser vista como ejemplificación de uno o más de tales principios, y también justifica el derecho en el sentido de que tales principios constituyen la más sólida (como dice Dworkin) o mejor justificación moral del derecho explícito. La teoría tiene por ello tanto una dimensión de adecuación como una dimensión de moralidad”. H. L. A. Hart, “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, Ob. Cit., pp. 3-18.

sistema jurídico. Tales razones justificativas residen en buena medida fuera del ámbito de las disposiciones positivas”⁵¹⁵.

Se añade a la afirmación inmediatamente antecedente que éstas razones justificativas llegan a tener virtualidad cuando “las normas jurídicas que resultan injustas de manera extrema (...) no puede ser consideradas reglas válidas del sistema (...). Aquí la justicia de la norma – que se superpone a su corrección – obtiene primacía sobre su validez una consecuencia que (...) introduce el razonamiento moral (...) sobre la argumentación jurídica”⁵¹⁶.

Además, se señala que no sólo “los principios y criterios argumentativos elevados a la dignidad de elementos básicos del sistema jurídico mantienen una connotación normativa fuerte (...) que sirven de hecho para la justificación del procedimiento de aplicación de normas, sino también y sobre todo aquellos que deberían servir para tal justificación”⁵¹⁷. De manera que existe una relación entre el modelo de Constitución de rostro axiológico y la argumentación moral – objetivismo moral –. Así la relación estaría marcada entre concepción de la Constitución-interpretación moral y argumentación moral-objetivismo moral.

En este sentido, la Constitución del constitucionalismo de los principios se vuelve un puente entre la moral y el Derecho, pero no sólo visto como una conexión necesaria entre el Derecho y la moral social, premisa última con la que estaríamos de acuerdo, sino entre el Derecho y la moral crítica o correcta, pues esta postura se consolida en razones normativas, es decir, es necesaria la presencia de la perspectiva del participante para que sus tesis tengan virtualidad o para que la tesis de la injusticia extrema pueda tener dinamicidad.

Con ello, en el fondo esta postura pretende evaporar la diferencia que existe entre estos dos tipos de morales que son distintas (moral crítica y moral social), y así defender la pretensión de hacer de la moral positiva expresada en la Constitución su propia moral crítica bajo el influjo de que la injusticia extrema no es Derecho y de los principios de coherencia horizontal que sostiene que el

⁵¹⁵ LA TORRE, Massimo, “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 16. Septiembre-diciembre, 1993, pp. 84.

⁵¹⁶ LA TORRE, Massimo, “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, Ob. Cit., pp. 84.

⁵¹⁷ Ibidem, pp. 85.

Derecho es completamente pleno pues estos se encuentran institucionalizados en la práctica.

En suma, el sistema jurídico abre paso a consideraciones de tipo moral sea desde opciones como las fuentes morales y objetivas – Dworkin y los positivistas inclusivos como José Juan Moreso – o desde la corrección moral objetiva – no-positivismo incluyente de Robert Alexy –⁵¹⁸, utilizando en algunos la ponderación o concretización⁵¹⁹ como metodología para la aplicación de normas, lo que conlleva a que la interpretación no deje de prescindir de valoraciones éticas o juicios morales, proponiendo así la interpretación moral de la Constitución⁵²⁰.

Esta lectura pone de relieve *la moral* no solo interna sino externa *por sobre lo jurídico* o, en otras palabras, resalta el concepto de Constitución como norma sustancialmente fundamental – un tipo de lectura –. Aunque cabe mencionar que es muy factible que este concepto puede conectarse con un planteamiento de Constitución positivista⁵²¹.

En consecuencia reconstruir un modelo de Constitución axiológica con todas las características señaladas no resulta adecuada pues aduce una defensa exclusivamente de moral externa (valor absoluto y verdadero) que terminará reconduciéndose a dimensiones subjetivas provocando así un daño pernicioso e irreversible al sistema jurídico, además, suscita una sobrevaloración moral que termina repercutiendo en ciertos elementos del Estado de Derecho, produciendo así un resquebrajamiento de sus principales presupuestos.

⁵¹⁸ Por ejemplo, Robert Alexy enraizado en un no-positivismo, hacen depender la validez de las normas constitucionales de la moral, sostiene: "(...) sí sería cierto, en caso de que la tesis de la pretensión de corrección fuera verdadera. Esta tesis proveería una base sólida para el argumento de que la moral está necesariamente incluida en el derecho. La inclusión de la moral en el derecho ayuda a resolver algunos problemas (...) el problema de las evaluaciones básicas que se encuentran al fundamentar y justificar el derecho; (...) el problema de realizar la pretensión de corrección en la creación y aplicación del derecho y (...), el problema de los límites del derecho". ALEXY, Robert, *La doble naturaleza del Derecho*, Ob. Cit., pp. 96.

⁵¹⁹ COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico", Ob. Cit., pp. 127.

⁵²⁰ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 78. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 99. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., pp. 125.

⁵²¹ Para ver sobre las diferencias de los distintos conceptos de Constituciones se puede acudir a: JANAMPA ALMORA, Juan José, *Perspectivas sobre la interpretación jurídica y constitucional. Una aproximación conceptual al problema*, Trabajo Final de Máster, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, pp. 72-84.

En todo caso para este modelo la relación entre la Constitución como norma axiológicamente externa y el sistema normativo-jurídico o en otras palabras, “relación entre las normas de un sistema jurídico y la de otros sistemas normativos no jurídicos, especialmente morales”⁵²² dependerá de la concreción que haga el intérprete en el que la coherencia normativa se entenderá ahora como un test de corrección normativa o como una integración del Derecho, todo ello producto del desplazamiento de la teoría de la autoridad a la teoría de la justicia⁵²³.

Los adeptos del modelo axiológico de la Constitución como norma sostienen que el modelo descriptivo de Constitución – propuesta defendida por el positivismo – y la interpretación que se hace de ella (atribución de significado al texto normativo en función del sentido de las palabras empleadas en la norma) no tienen ninguna utilidad para la práctica jurídica⁵²⁴, esto quiere decir que, la defensa del constitucionalismo positivista al mantener el modelo descriptivo⁵²⁵, la separación entre el Derecho respecto a la moral⁵²⁶, entre otras tesis, sería nada relevante para el contexto contemporáneo, sin embargo, esto no es así, más adelante en el siguiente capítulo se pondrá en evidencia que una Constitución puede defender muy bien el carácter jurídico frente a la moral externa y que puede servir muy bien para evaluar un sistema jurídico.

En suma, como anteriormente se mencionó, apostar por este modelo que pretende la disolución de lo normativo pone en advertencia aceptar que los derechos se relacionan con los principios explícitos e implícitos⁵²⁷, que tienen un valor especial por su carácter moral, estrategia que convierte a la Constitución a

⁵²² GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2017, pp. 23.

⁵²³ AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, Ob. Cit., pp. 456.

⁵²⁴ “La doctrina neoconstitucionalista rechaza, por tanto, la adopción de un modelo descriptivo de la norma Constitucional (...) El rechazo del uso de este modelo se debe a su carácter descriptivo, y por eso mismo, incapaz de proveer razones para actuar. (...)” POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la Interpretación Constitucional”, Ob. Cit., pp. 344

⁵²⁵ Una defensa de esta idea en contra del argumento de la inutilidad para la práctica véase en: CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La constitucionalización de los derechos fundamentales en el siglo XX: Dimensiones, rasgos y algunas consecuencias”, Ob. Cit., pp. 397-398.

⁵²⁶ En este sentido revítese Jiménez Cano que alcanza una respuesta entre varias que pretende contestar al denominado “argumento del contraste con la práctica”, el cual sostiene que la tesis de las fuentes sociales (...) resulta descriptivamente inadecuada para dar cuenta de la práctica jurídica efectiva”. JIMENEZ CANO, Roberto M., “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, Ob. Cit., pp. 85.

⁵²⁷ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ob. Cit., pp. 24-28.

cumplir una función *supuestamente* reconstructiva de los defectos morales del Derecho, sin embargo, como se denunciará más adelante lo que sucede es todo lo contrario, esta postura lo que deja entrever es su carácter deconstructivo⁵²⁸ del sistema jurídica en general pues abraza la ductilidad de la Constitución⁵²⁹ convirtiéndolo a las normas constitucionales fácilmente derrotables⁵³⁰, como consecuencia de un verdadero acto o proceso nomopoiético (creación normativa en sentido fuerte o construcción jurídica)⁵³¹ lo que conlleva obviamente a un debilitamiento del rol normativo de la Constitución⁵³², en el que se aísla la autoridad de la positivización de las normas constitucionales en virtud de la supuesta moral objetiva.

Lo grave de todo ello está en presentar al modelo axiológico de Constitución como norma como una verdad u obviedad, es decir, como si fuera el único sendero que se debe seguir para poder solucionar los problemas constitucionales.

Aquí este modelo como la concepción que está detrás se presenta como una construcción de relación entre el saber y el poder. Al parecer mediante esta *supuesta* verdad que pretende alcanzar el objetivo de transformar el Derecho o reconstruirlo, se está instaurando un encubrimiento del poder, esto quiere decir que, la propuesta del constitucionalismo de los principios como del modelo axiológico de la Constitución es una búsqueda de la alianza entre el saber

⁵²⁸ LUZZATTI, Claudio, *Principi e principi: la generacità nel diritto*, G. Giappichelli, Ob. Cit., pp. 32.

⁵²⁹ “También desde el punto de vista relacional, los principios se distinguen de las reglas (...) porque estos presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia. No resulta difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., pp. 125

⁵³⁰ GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (traductores), Instituto de Investigación Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, Trotta, Madrid, 2008., pp. 74-80.

⁵³¹ Describe Riccardo Guastini que: “la actividad de la construcción jurídica incluye una serie de operaciones inferenciales (...) (i) construcción de lagunas (normativas o axiológicas) (ii) construcción de jerarquías axiológicas (iii) construcción de excepciones implícitas; y sobre todo (iv) construcción de normas implícitas y resolver conflictos entre principios”. GUASTINI, Riccardo, “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del Derecho, Nº 43, 2015, pp. 20.

⁵³² “Resulta claro que la apelación a los principios, la práctica de la ponderación y la tesis de que las normas conocen excepciones tácitas debilita la capacidad de vincular las normas mismas y el carácter tendencialmente cognitivo de la jurisdicción”. LUZZATTI, Claudio, *Principi e principi: la generacità nel diritto*, Ob. Cit., p. 18.

(*supuesta* verdad a la que lleva esta postura) y el poder (que descansa en quienes interpretan la Constitución).

En este escenario la verdad de esta postura que se asume como incuestionable, es un gran cómplice del poder que se pretende instaurar, pues a éste se le hace pasar como verdadero buscando así sus propios intereses pero que a simple vista no se observa – que sería mantener un imperialismo y elitismo moral – pues están encubiertos, camuflados o invisibilizados.

3. La erosión de la Constitución en el constitucionalismo de los principios

3.1 Presupuestos de la erosión de la Constitución

Se debe entender como “*erosión de la Constitución*” al desgaste que se produce en la superficie de las normas constitucionales positivizadas por el frotamiento de ciertas dimensiones morales externas pero subjetivas y arbitrarias a la Constitución, es decir, por aquellos principios o normas morales que no han sido recogidos en la Constitución y que pretenden institucionalizarse o ser considerados parte del sistema jurídico.

Esto suscita básicamente por la existencia de grandes posibilidades en lo que se refiere a la transformación y mutación de los presupuestos que sostiene y fundamenta al constitucionalismo de los principios, hago referencia tanto al objetivismo moral como al objetivismo moral racional que termina reduciéndose al subjetivismo moral.

En este sentido se puede afirmar que la concepción del Derecho o visión de lo jurídico (filosofía jurídica) que sostiene el constitucionalismo de los principios como el Derecho como integridad que implica la defensa de la norma moral objetivamente verdadera (principios de justicia e equidad) y la pretensión de corrección que implica la defensa de la norma moral objetivamente racional (la injusticia extrema no es Derecho) y la defensa de la norma moral objetivamente racional (teoría del discurso racional práctico).

Este proceso de mutación toma virtualidad en el caso de la concepción del Derecho como integridad se suscita en la etapa post-interpretativa del Derecho mientras que en el caso de la concepción del Derecho que mantiene la pretensión de corrección ocurre en el momento de la argumentación moral supuesto que se encuentra integrado en la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso racional práctico.

El concepto se mantiene latente en el tiempo, en cuanto surge lo que se denomina “imperialismo moral”, es decir, estas dimensiones problemáticas a su vez crean condiciones para construir un estamento del imperialismo moral. Entendida como la “subordinación del Derecho a la moral: como si una solución moral, dictada por una moral (...) fuese siempre, por definición, mejor que una solución jurídica (...) privilegia la argumentación (moral) respecto de la interpretación (jurídica)”⁵³³.

Se añade a ello que quienes plantean el imperialismo moral son los jueces estamentales, quienes disponen la orientación del diseño que debe tener la sociedad según la placentera subjetividad moral o según ideología política que ostentan para regular las relaciones entre Estado y sociedad.

Del mismo modo se crean las condiciones para sostener un imperialismo elitista en la medida que se compruebe que los jueces constitucionales que acceden a las altas cortes constitucionales, su segundo hogar, son sólo aquellos que pertenecen a un grupo de docentes “supuestamente” consagrados en la temática constitucional que son los únicos que pueden acceder a tal espacio estamental.

La concepción del Derecho basado en la idea de *integridad* parece reconocer este problema pues sostiene que el “principio adjudicativo de integridad incluye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, bajo la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una *correcta concepción de justicia y equidad*. (...). El derecho como integridad es diferente: es a la vez *producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal*. El programa que ofrece a los *jueces que deben decidir casos difíciles*, es esencialmente interpretativo: el derecho como integridad les pide que *continúen*

⁵³³ La expresión ha sido utilizada anteriormente por otros autores como por ejemplo en Mauro Barberis. En el mismo sostiene que “(...) la tendente reducción del punto de vista normativo al punto de vista moral; en esto consiste, en otros términos, el imperialismo de la moral (...)”. BARBERIS, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo moral”, en Miguel Carbonell (Editor), Neoconstitucionalismo (s), en S. Sartre (traductor), Editorial Trotta, Madrid, pp. 269. Inclusive como señala el autor posteriormente ha sido sofisticada para ahora denominarla imperialismo de la argumentación, más allá que el autor hace referencia puntual que su crítica está dirigida al modelo ATIENZA-NINO esta es factible de ser trasladada con más razón a DWORKIN-ALEXEY que con mayor razón se observa esta calificación y sobre todo porque Atienza bebe de las tesis de estos últimos. BARBERIS, Mauro, “¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza”, en Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, 37 (2014), pp. 333.

interpretando el mismo material que reclama haber interpretado bien por sí mismo”⁵³⁴.

La expresión “se debe realizar todo lo posible” y de “tener al Derecho como integridad como una inspiración de carácter ideal” hace sostener al mismo Ronald Dworkin que “lamentablemente (...) algunos jueces no aceptan esa compulsión; en forma encubierta e incluso desnuda, tuercen la ley para servir a sus propios propósitos o política. Estos son los malos jueces, los usurpadores, los destructores de la democracia”⁵³⁵.

En el caso de Robert Alexy se afirma que la pretensión de corrección “no plantea que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto del ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado (...). Esta pretensión de corrección no decae por el hecho de que quien fundamenta algo persigue únicamente sus intereses subjetivos (...) hay razones para opinar que la falta de pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida”⁵³⁶.

Los mismo se advierte de la siguiente cita, “la pretensión de corrección implica una *pretensión de fundamentabilidad*. Esta pretensión no se limita a que el juicio sea fundamentable en el sentido de alguna moral y en esta medida sea correcto, sino que se extiende a la afirmación de que *el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable* y, por tanto, de una moral correcta. De esta manera la conexión necesaria entre el Derecho y moral correcta es creada en el sentido de que la pretensión de corrección incluye una pretensión de corrección moral que se extiende también a los principios subyacentes”⁵³⁷, es decir, a los criterios o principios morales externos al Derecho positivo y que tienen una vinculación fuertemente normativa independiente de quienes la interpreten.

Esta idea se relaciona con la siguiente afirmación, la “conexión cualificante no conduce a una conexión necesaria del derecho con una determinada moral concreta designada como correcta pero sí a una conexión

⁵³⁴ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Ob. Cit., pp. 165.

⁵³⁵ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones interpretativas de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Ob. Cit., pp. 20.

⁵³⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ob. Cit., pp. 208-209

⁵³⁷ ALEXY, Robert, *El concepto y validez*, Ob. Cit., pp. 82.

necesaria del derecho con la idea de una moral correcta en el sentido de moral fundamentada”⁵³⁸, se añade a ello que “la idea de una moral correcta tiene el carácter de una idea regulativa en el *sentido de un objetivo al que hay que aspirar*, de manera que *la pretensión de corrección conduce a una dimensión ideal* necesariamente vinculada al Derecho”⁵³⁹.

Otro autor muy cercano a lo señalado es Manuel Atienza en uso legítimo de la defensa de esta postura sostiene que, “pudiera ser que la objetividad en el Derecho tuviera que construirse en términos distintos – menos fuertes – que en la ciencia. Por ejemplo, podría aceptarse que los anteriores criterios no permiten determinar siempre una única respuesta (argumentación) correcta para cada caso, pero no pensar por ello que en este campo se carece de objetividad. La objetividad consistiría en que los criterios permiten, en todo caso, excluir muchas respuestas – muchas argumentaciones – como no correctas y muy a menudo (o por lo menos, frecuentemente) determinar una como correcta”⁵⁴⁰.

Los términos “la pretensión de corrección mantenida en una decisión no significa sin más racional sino racionalmente fundamentado” o “se debe hacer lo posible”, “que esta no decae por los intereses subjetivos” o que “la idea de moral correcta es un objetivo que se debe aspirar, de manera que conduce a una dimensión ideal” conllevan a comprender que “la función del juez que es hacer efectivos esos enunciados morales, y como consecuencia de ello la aplicación del derecho no aparece como un caso especial de razonamiento práctico con limitaciones propias que no pueda traspasar, sino como un razonamiento práctico *tout court*, sin limitación alguna”⁵⁴¹, pues “los jueces obraran entonces sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho”⁵⁴².

Añade Francisco Laporta que, si esto es así, “esto a mí me da miedo. Por dos razones: primero porque no creo que los jueces estén preparados para este tipo de razonamiento. Nuestros jueces son muy diestros en el conocimiento y aplicación del orden jurídico tal y como era visto por la anterior teoría del derecho.

⁵³⁸ Ibidem, pp. 84.

⁵³⁹ Ibidem, p. 85.

⁵⁴⁰ ATIENZA, Manuel, “Cómo evaluar las argumentaciones judiciales”, Ob. Cit., pp. 118.

⁵⁴¹ ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, Ob. Cit., pp. 210.

⁵⁴² Ídem.

Pero su razonamiento moral no pasa de ser vulgar. Basta comparar nuestros fallos con los de la Corte Suprema de los Estados Unidos para comprobarlo o leer esos fallos nuestros en los que se procede a la famosa 'ponderación'. No hay allí ningún razonamiento moral de importancia, sino simplemente la expresión apodíctica de una preferencia por el 'peso' de un valor sobre el otro. Para hacer lo que ahora se dice que hay que hacer se necesitaría otra educación jurídica y otro método de selección de los jueces, pero, por lo que yo sé, el nuevo 'paradigma' no ha llegado a tanto como para afectar el nuevo proceso de elaboración de los planes de estudios o las coordenadas de la formación del personal judicial"⁵⁴³.

En suma, lo que se tiene como consecuencia de todo ello es que el pretendido objetivismo y cognoscitivismo moral bajo este panorama como se dijo anteriormente se estaría volviendo en subjetivismo moral y arbitrario virtualizada por el juez con ideología, con valores morales de saber que es justo y que no, es decir, la integración de los jueces al sistema jurídico como pretende el constitucionalismo de los principios y por tanto la asunción del punto de vista interno con las consideraciones de la moral objetiva y crítica plantea una contradicción con la concepción moral y subjetiva del mismo juez⁵⁴⁴, por lo que tal actitud es rechazable desde nuestra palestra resulta plenamente justificada.

Esta idea traducida a la convivencia con un modelo axiológico fuerte de la Constitución y de su interpretación que se construye justamente por la influencia de la filosofía jurídica y por la teoría del Derecho del constitucionalismo de los principios resulta avasallador para la Constitución, teniendo como efecto inmediato un debilitamiento de sus disposiciones normativas, un compromiso endeble y frágil por respetar la Constitución positiva y básicamente un resquebrajamiento de un cierto grado de seguridad y de certeza jurídica.

La postura del constitucionalismo de los principios no es capaz de comprometerse con una mínima o relativa determinación de las normas constitucionales sino todo lo contrario; en el caso de Ronald Dworkin bajo la idea de que en el sistema jurídico no existen vacíos y este es pleno pues existen principios que ayudan a sostener la respuesta correcta no existe indeterminación

⁵⁴³ Ibidem, pp. 210-211.

⁵⁴⁴ GARZÓN VALDÉS Ernesto, "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral, Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho", Ob. Cit., pp. 126.

de las normas ni del sistema jurídico, pretendiendo así enmascarar el problema de la indeterminación de las normas y de la subjetividad en la interpretación por el juez.

Mientras que en el caso de Robert Alexy si bien el autor reconoce la indeterminación de las disposiciones normativas constitucionales y sostiene que está ante un caso difícil es mucho más amplia para el juez dada la discrecionalidad, únicamente busca el límite mediante la argumentación jurídica, no obstante, como se ha podido demostrar este no es más que el disfraz que pretende supuestamente encubrir la subjetividad moral y arbitraria del juez. Si a esto se añade lo que señalan otros autores cercanos a la propuesta del constitucionalismo de los principios, terminaremos entendiendo el Derecho como argumentación que pretende enmascarar las dimensiones subjetivas de la moral a través racionalidad justificada⁵⁴⁵

En consecuencia, surge la calificación de la “erosión de la Constitución” justamente porque no existe ningún método que nos pueda llevar a la racionalidad de la decisión, es decir, a garantizar un objetivismo moral que sea desarrollado por el juez, de modo que, se produce el desgaste en la superficie de las normas constitucionales positivizadas por el frotamiento de ciertas dimensiones morales externas a la Constitución que son propias del juez intérprete, de su ideología y de su sentido de justicia.

Ante un caso natural de error en la decisión judicial como el que también nos advierten los autores de esta postura, únicamente se limitará a decir “que es errónea porque el tribunal no ha ponderado como es debido y porque no da cuenta de lo que la axiología constitucional, la Constitución sustancial, dicta para ese caso concreto”⁵⁴⁶ o en todo caso se pretenderá hacer notar que la fórmula del peso (ponderación), el cual funciona bajo las reglas de la aritmética que

⁵⁴⁵ “(...) el Derecho como argumentación (...). El punto de partida consiste en considerar al Derecho como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata, por tanto, de una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho, pero que no contempla el Derecho que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino, para decirlo con cierta solemnidad, como un instrumento de razón práctica. (...) alguien comprometido con la tarea de mejorar una obra imperfecta y siempre inacabada, pero no por ello carente de sentido; lo que dota de sentido es que la idea de Derecho (...) es (...) un medio poderoso para lograr objetivos sociales valiosos y para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada”. ATIENZA, Manuel, “El Derecho como argumentación”, ISEGORÍA, 1999, pp. 38.

⁵⁴⁶ GARCIA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, Ob. Cit., pp. 27.

vendría a ser el equivalente al esquema deductivo que se denomina la fórmula de subsunción y que funciona de acuerdo con las reglas de la lógica⁵⁴⁷, se justifica porque no se hace responsable de la valoración o corrección de las premisas que pueden estar rodeada sobre la moral subjetiva y arbitraria.

No obstante, esto no es así el esquema de Alexy no puede ser entendido sólo como un algoritmo aritmético, como quisieran quienes lo defienden, entendida como, si es seguido – ponderación – permite solucionar un problema de ponderación y si no es seguido – ponderación – no es un problema de la ponderación (estructura interna) sino de su empleo o de la corrección de las premisas que le atribuye el juez, puesto que sólo lo que ofrece la ponderación es ser un organizador de argumentos⁵⁴⁸.

Estas ideas no son más que excusas para seguir manteniendo el dominio imperialista de las élites que gobiernan el contenido de los derechos y de las disposiciones constitucionales materiales a través de la argumentación jurídica en sentido general o de la ponderación en sentido particular, pues como se sabe la decisión terminará irradiando en el ordenamiento jurídico, es decir, tanto en las autoridades como en los ciudadanos quienes serán los que vivan conforme a esos mandatos, produciéndose así la deconstrucción del sistema jurídico.

3.2 El desgaste de las normas constitucionales en la erosión de la Constitución

La sobreposición de la dimensión moral sobre la dimensión jurídica de la Constitución producto de aceptar el modelo axiológico de la Constitución como norma, conlleva a lo que hemos denominado la “erosión de la Constitución” y como consecuencia a la “deconstrucción del sistema jurídico”.

Por ello a este se le cataloga como uno de los presupuestos del constitucionalismo de los principios que permite evidenciar el debilitamiento del rol normativo de la Constitución⁵⁴⁹, de modo que, la jerarquía como fuente principal del Derecho que no son más que las normas constitucionales puestas en el sistema jurídico decae por cuestiones morales.

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert, “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, Ob. Cit., pp. 40.

⁵⁴⁸ ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, Ob. Cit., pp. 7.

⁵⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 15-53

Algunas consideraciones para sostener el carácter vinculante de la Constitución y así evitar su debilitamiento es sostener que la Constitución contiene normas depositadas por el “poder constituyente”⁵⁵⁰ que lo hace importante dentro del Estado Derecho como es el de hacer respetar la vinculación normativa, esta dimensión de la Constitución se debe a dos supuestos: los pactos políticos del constituyente se han desarrollado según acuerdos y convenciones (origen popular o comunitario) en el que ha habido un amplio debate deliberativo sobre el mismo y a la intención de organización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho, aunque no sólo ello sino también el poder constituyente plantea un contenido que no es más que la garantía de los derechos y la separación de los poderes⁵⁵¹.

En este sentido se observa que el poder constituyente plantea contenidos políticos en la Constitución como norma formalmente fundamental (carácter neutral) para luego de haber sido depositado esos contenidos políticos y morales pasar a ser denominado como la Constitución racional-normativa cuyo contenido está politizado pues el poder constituyente toma como opción por un diseño político y ético específico⁵⁵², esto quiere decir que su contenido ostenta legitimidad y que debe ser respetado por las autoridades como por los ciudadanos.

Pues bien, para el constitucionalismo de los principios, estos presupuestos, no serían vinculantes porque estén determinadas en la norma ius-fundamental, más aún cuando existe insuficiencia regulativa del Derecho o vacíos normativos – problemas de indeterminación que hacen necesaria la interpretación y problemas de lagunas o antinomias de segundo grado – ante este defecto que ostenta la Constitución, sería la norma moral objetivamente verdadera o la norma moral objetivamente racional que se recuesta en la concepción del Derecho – justificación de conexión entre el Derecho y la moral correcta la que daría solución – del constitucionalismo de los principios los que

⁵⁵⁰ “La Constitución como norma constitutivamente fundamental encuentra su base teórica en el elemento constitutivo, esto es, en la versión que adopta el poder constituyente respecto de la soberanía popular”. JANAMPA ALMORA, Juan José, *Perspectivas sobre la interpretación jurídica y constitucional. Una aproximación conceptual al problema*, Ob. Cit., pp. 75.

⁵⁵¹ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pp. 41.

⁵⁵² GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*, Editorial Alianza, Madrid, 1993, p. 34.

puedan orientar al juez constitucional en las decisiones. Esto no resulta ser más que poner en presentación al debilitamiento de las normas constitucionales.

No obstante, como se ha puesto en evidencia anteriormente, esta versión no deja más alternativa latente que al surgimiento de la moral subjetiva y arbitraria del intérprete constitucional o judicial, que, tergiversa lo correcto a sus más oscuros deseos éticos o políticos.

Todo esto sucede como consecuencias de la existencia de unos principios y criterios implícitos que conectan o sostienen justamente ese objetivismo moral y racional que a su vez se relacionan con los principios jurídicos explícitos que se encuentran en la Constitución, contemporáneamente en el ámbito occidental ese objetivismo moral racional se ve identificado en una metodología que coadyuva a resolver los casos difíciles como es la argumentación jurídica en general y la ponderación en particular como una forma de argumentación.

Estando presente la *racionalidad de lo jurídico* en el discurso principalista se le acusa de que la materia prima del derecho – principios jurídicos que son principios morales – “deriva de la conexión de su contenido con algún tipo de sustancia ontológica o de verdad prejurídica (...) Ese elemento metafísico que dicta al derecho los contenidos correctos y racionales de sus normas o que sirve de límites y que las normas jurídicas deben respetar para que los sistemas jurídicos no degeneren en pura arbitrariedad o sustancial ajuridicidad, puede ser, según la diversidad de doctrinas aquí insertables en el Derecho natural”⁵⁵³.

Además, añade el autor “que a este modelo lo he llamado *lógico-sustantivo*, porque presupone unos parámetros externos, sustantivos o materiales y plenamente objetivos de racionalidad y validez de las normas y de su aplicación (...) porque entre las normas y entre estas y las decisiones presupone una determinación que, en sentido muy amplio, podemos llamar lógica, y porque son o pretenden ser teorías de la única respuesta correcta en derecho”⁵⁵⁴.

En este sentido la descripción de la *materia prima o más básica de lo jurídico* – los principios morales que son simultáneamente principios jurídicos – y el *método de su conocimiento* – ponderación – da lugar a que el juez pueda

⁵⁵³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Ob. Cit., pp. 28.

⁵⁵⁴ Ob. Cit., pp. 30.

sostener la materia prima y dar con la respuesta correcta, elementos que están en una íntima relación⁵⁵⁵.

Producto de esta versión del constitucionalismo de los principios que sostiene un objetivismo moral, un objetivismo moral racional y un modelo de Constitución axiológica como norma, es direccionarse a un activismo judicial⁵⁵⁶ que implica ser fuerte y que busca tendenciosa y perniciosamente la eficacia y el debilitamiento de la vinculación del juez a las disposiciones normativas que están positivadas y que favorece la adherencia a la Constitución condicionada por la moral externa⁵⁵⁷.

Se pretende como se dice “reforzar la influencia política de la presunta ciencia-jurídico constitucional y del judicialismo que subvierte la relación entre poderes constitucionales, pone en jaque el principio democrático y la soberanía popular y desdobra las propias constituciones, haciendo que ciertos derechos materializados y fuertemente vinculados a valores morales sustanciales imperen absolutamente sobre los derechos constitucionales de tipo político, participativo y procedimental”⁵⁵⁸.

Estas reflexiones se encuentran probadas con lo que se dejó en manifiesto anteriormente cuando Robert Alexy señala que ante la condición de la injusticia extrema no es Derecho impera el principio de justicia sobre el de la seguridad jurídica, por lo tanto, el efecto será, la existencia de invalidez de lo jurídico si llega a materializarse tal condición – defecto de la norma –.

En este caso, la razón o racionalidad moral que coadyuva a ello y está detrás se presenta al momento de fundamentar la decisión (discurso racional práctico) a modo de reconstrucción del sistema jurídico. Así, se denuncia que estas premisas pueden alegar casi cualquier fundamento y exhibir cualquier contenido de moralidad⁵⁵⁹, justamente ahí está el *gran problema* del

⁵⁵⁵ Ob. Cit., pp. 30-31.

⁵⁵⁶ Para un mejor alcance sobre el activismo judicial y el activismo judicial dialógico puede revisarse en: JANAMPA ALMORA, Juan José, *Los derechos sociales como derechos fundamentales: fundamentos, factibilidades y alcances de un Estado social mínimo*, Trabajo Final de Máster, Universidad de Salamanca, 2015, pp. 114-167.

⁵⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 15-53

⁵⁵⁸ GARCIA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en *Controversias constitucionales*, en Fabricio Mantilla Espinoza (coordinador), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 24.

⁵⁵⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 76.

constitucionalismo de los principios que da espacio a grandes posibilidades de que surja la presencia de arbitrariedad y subjetividad moral.

Es decir, tanto la búsqueda de la respuesta correcta como el mantenimiento de la *pretensión de corrección* que actúa en el discurso racional práctico no conducen a soluciones idealmente justas, no existe un consenso o son conformes a la moral universal, tampoco se logra concretar una moral objetiva en términos de que es el juez hércules, en expresión Dworkiniana, quien es el único ente omnisciente que puede encontrarlo o que el juez intenta mediante la argumentación reconstruir el sistema en base a la justificación moral. Lamentablemente bajo las circunstancias actuales no se puede alcanzar tal objetividad moral pues este termina convirtiéndose en un entramado de ciertas creencias personales o ideologías imperantes en la concepción de quien la interprete.

Estas afirmaciones toman respaldo con mayor evidencia cuando se sostiene: “primero que es discutible que la ética del discurso sea capaz de obtener tales resultados, segundo, que el significado objetivo o correcto de los principios morales dependen de una teoría ética y no parece que contemos con un procedimiento para saber cuál es la relevante (...) finalmente, que la argumentación jurídica es un caso muy especial de argumentación moral”⁵⁶⁰.

En suma, lo que se apreciaría con esta objetividad moral es confirmar una *transformación* hacia una subjetividad moral, es decir, se abre paso a la moral crítica y despiadada del juez⁵⁶¹ en él que se concentran sus grandes pasiones u emociones, su ideología política, su percepción moral de lo que resulta justo o no. Lo que termina ocasionando “no solamente una atomización de lo jurídico, disperso en una multitud de decisiones, sino también, y fundamentalmente, a una disolución de lo normativo que se agota en una colección dispersa de manifestaciones esporádicas de voluntad”⁵⁶².

Un autor muy interesante hace referencia a que los desacuerdos son la base de las dimensiones de la justicia, la política y el derecho⁵⁶³. Plantea

⁵⁶⁰ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 12.

⁵⁶¹ Ídem.

⁵⁶² OST, Francois, “Jupiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 4, número 8, 2007, pp. 111.

⁵⁶³ Cabe resaltar que la reflexión de estos elementos, como sostiene el mismo Waldron, es tarea de la filosofía política que tiene al menos dos tareas por cumplir: i) teorizar acerca de la justicia (y los derechos y el bien común, etc), y ii) teorizar acerca de la política, o sea, sobre el modo en

asimismo que “el desacuerdo es evidente en diferentes niveles. En primer lugar, no hay acuerdo acerca de lo que significa decir que algo es un derecho (...). En segundo lugar, y ahora más sustancialmente, la gente sigue discrepando radicalmente sobre qué derechos tenemos y cuál es su fundamento (...). En tercer lugar, incluso si hubiera un consenso por superposición sobre un conjunto de derechos básicos o libertades civiles (...) existe un feroz desacuerdo acerca de lo que implica dicho consenso por lo que respecta a su aplicación concreta y detallada”⁵⁶⁴.

Esto da lugar a reflexionar que en cuestiones de moral siempre habrá un desacuerdo, de modo que si lo trasladamos al ámbito judicial quienes son los que se encargan de interpretar las normas ante un problema de indeterminación o se encargan de concretizar las normas, padecen de desacuerdos lo que termina llevando inclusive a la gestación de los votos contrarios a la decisión mayoritaria, que no se aprecie unanimidad o que tome posición una mayoría mínima.

En suma, se rechazan las tesis construidas por Robert Alexy que en términos generales plantean que la moral objetiva entendida como “*conjunto de principios verdaderos* sobre la conducta humana son justos en sí mismos, con independencia de lo que los seres humanos consideren al respecto, es decir, sin que su corrección o mérito (moral) tenga relación alguna con lo que los seres humanos consideren bueno o malo, bien como norma objetivamente racional – producto de la teoría moral – aceptable por un auditorio racional”⁵⁶⁵.

que actúan las comunidades cuando existen desacuerdos entre sus miembros. En esta última desembocaría la tarea por la teoría del Derecho. WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., pp. 7-25.

⁵⁶⁴ WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., pp. 19-20.

⁵⁶⁵ JIMÉNEZ CANO, Roberto. M. “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, Ob. Cit., pp. 95-96.

CAPÍTULO QUINTO

LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS DEL CONSTITUCIONALISMO ESTRICTAMENTE POSITIVISTA

1. Cuestiones preliminares

El positivismo jurídico de antaño se gesta y desarrolla en el contexto del modelo Constitucional del Estado liberal de Derecho, en el que se defienden tesis como la soberanía estatal fraguado sobre un contenido conceptual del poder político, la separación de poderes que apunta a sostener un carácter absoluto y la codificación del Derecho. En la teoría del Derecho se defiende el imperio de la ley como única fuente del Derecho, en la teoría de la norma la relevancia de las reglas y en la teoría de la interpretación, la tesis de la figura del juez automático o mecánico⁵⁶⁶.

En el plano de la filosofía jurídica el modelo propuesto por el positivismo jurídico decimonónico se compromete con una metodología que se caracteriza por la clara distinción entre derecho real y el derecho ideal o como bien se ha señalado entre el derecho que es y el derecho que debe ser, donde el jurista debe ocuparse sólo del primero, asumiendo frente al Derecho una actitud avalorativa o éticamente neutral⁵⁶⁷.

Estos rasgos sirven principalmente para sostener el positivismo jurídico decimonónico como modelo constitucional, como teoría del Derecho y como filosofía jurídica. Estos presupuestos son los que “*en realidad*” constituyen el punto de revisión y reflexión crítica del “constitucionalismo de los principios” en el que se pretende anunciar el exterminio y la disfuncionalidad de este tipo de positivismo que no puede dar cuenta de la complejidad que presenta actualmente los sistemas jurídicos contemporáneos⁵⁶⁸.

Mientras tanto el constitucionalismo de los principios se compromete con un modelo político-constitucional contemporáneo como es el Estado constitucional o Estado constitucional material⁵⁶⁹ distinto al Estado liberal

⁵⁶⁶ BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Ob. Cit., pp. 140-243. PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 8.

⁵⁶⁷ BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Ob. Cit., pp. 101-149.

⁵⁶⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., pp. 14.

⁵⁶⁹ BAYON MOHÍNO, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (compiladores), en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 69. “La fórmula contemporánea está determinada mínimamente por

decimonónico (carácter nominal) que muestra reparos a la posibilidad de que la misma incorpore los derechos fundamentales en la Constitución, esta misma idea parece brotar en Hans Kelsen⁵⁷⁰.

Se debe indicar en todo caso que la crítica aguda que realiza el constitucionalismo de los principios es al positivismo decimonónico y no al positivismo contemporáneo, clara diferencia que se debe tener en cuenta para no caer en arbitrariedad crítica, no obstante, en ciertos pasajes esta postura a generalizado tales diatribas, aduciendo la inclusión de todo tipo de positivismo, llegando incluso a poner palabras insostenibles en el discurso del positivismo hasta el punto de hacerlo ridiculizar⁵⁷¹.

De ello, con razón se sostiene que la crítica en este caso “esta desenfocada”⁵⁷² pues se utilizan argumentos generales, cuando en realidad la crítica sólo debe orientarse a un *tipo* de positivismo sobre todo el decimonónico del siglo XIX – legalista –. Actualmente, son muy pocos los que se identifican con el formalismo del positivismo jurídico decimonónico⁵⁷³, incluso los positivistas contemporáneos llegan a rechazar sus contenidos teóricos.

En suma, los autores que defienden el constitucionalismo de los principios y sostienen que debemos olvidarnos del positivismo en general incluyendo el contemporáneo, lo hacen con argumentos erróneos e incompletos, “versión que

el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución como ley suprema, la incorporación a la misma de un denso contenido material o sustantivo, en particular derechos fundamentales, la garantía judicial y la rigidez frente a la reforma”. PRIETO SANCHIS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, Ob. Cit., pp. 231.

⁵⁷⁰ KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia Constitucional)*, Ob. Cit., pp. 20. PRIETO SANCHIS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, Ob., Cit., pp. 231.

⁵⁷¹ “Es el mismo empeño desenfocado de gran parte del iusmoralismo y el neoconstitucionalismo de ahora, cuando imputan al positivismo normativista y a Kelsen tesis que eran propias de aquel positivismo metafísico del siglo XIX y que el mismo Kelsen (o Hart o Bobbio) desactivó con verdadera saña”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Ob. Cit., pp. 36.

⁵⁷² PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, Ob. Cit., pp. 154.

⁵⁷³ “Los principales embates de Zagrebelsky se dirigen contra un positivismo que ya nadie sostiene. Nadie sostiene, en primer lugar, que el único esquema posible de norma jurídica se aquel donde se conecta el supuesto de hecho a una consecuencia o resultado mediante un nexo deóntico. Nadie sostiene el monopolio de la ley como fuente del Derecho, sino más bien se reconoce su profunda crisis. Nadie sostiene tampoco la concepción mecanicista de la interpretación. Y, en fin, resultaría aún mucho más sorprendente que un positivista tratara hoy de identificar la ley con la justicia”. PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)*, Ob. Cit., pp.150.

es equivocada y parcial de lo que el positivismo significa en el que se da por muerto al adversario prematuramente”⁵⁷⁴. Así, se señala que, “a lo mucho el positivismo jurídico solo ha resultado herido”⁵⁷⁵ y que por lo tanto puede el positivismo estrictamente jurídico una vez reformulado sobrevivir en el modelo constitucional del Estado Constitucional, esto quiere decir, que “ni toda la rica cultura jurídica alentada por el constitucionalismo resulta incompatible con la concepción positivista del Derecho”⁵⁷⁶.

Lo que justifica la exclusión de las críticas a otros tipos de positivismo que condicionado por las reformulaciones en sus tesis principales pueden muy bien posicionarse en un contexto como el actual, entre los autores que se han dedicado a este esfuerzo y han rechazado las posturas complacientes del constitucionalismo de los principios se encuentran Luis Prieto Sanchís y de Luigi Ferrajoli.

En este sentido, desde los alcances del constitucionalismo estrictamente positivista al que se hace alusión, no obstante, de rechazar las críticas y enfocar su artillería pesada frente al constitucionalismo de los principios, reconoce el gran mérito que ha tenido al desnudar las posturas anacrónicas del positivismo decimonónico que como se afirma han sabido actuar como “saludable revulsivo de un conocimiento jurídico y de una práctica forense excesivamente formalistas, autosuficientes, anclados en el modelo del Estado liberal decimonónico y, sobre todo alejados tanto de las demás ciencias sociales como la filosofía moral y política”⁵⁷⁷

El constitucionalismo estrictamente positivista – contemporáneo – teniendo en cuenta las variantes que permite identificar al positivismo jurídico decimonónico y que se pretende dejar atrás (positivismo metodológico, teórico e ideológico)⁵⁷⁸ sostiene que su alcance transformador pretendido por el

⁵⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky), Ob. Cit., pp. 153.

⁵⁷⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., p. 93.

⁵⁷⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky), Ob. Cit., pp. 149.

⁵⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 93.

⁵⁷⁸ Bobbio sostiene que el “positivismo como metodología o forma de aproximarse al Derecho; positivismo jurídico como teoría o modo de comprender el Derecho, que a su vez comprende una serie de tesis independientes acerca de la naturaleza de la norma, del sistema jurídico y de la interpretación; y, por último, positivismo jurídico como ideología, que supone un cierto punto de vista acerca de la justicia en el Derecho y de la obligación moral de obediencia al mismo”

constitucionalismo de los principios no ha llegado a cubrir al positivismo metodológico de forma absoluta⁵⁷⁹. Pues es sobre esta base que el positivismo metodológico reformulado o refinado aún pervive y es el que puede dar cuenta de las complejidades que muestra el sistema jurídico contemporáneo.

Uno de los autores emblemáticos de esta postura es Luis Prieto Sanchís, que defiende un *constitucionalismo estrictamente positivista*, en el que se pretende sostener la *conexión* necesaria entre el Derecho y la moral social y la *separación* entre el Derecho y la moral crítica o racional (correcta). En este orden de ideas defiende una concepción positivista de la Constitución en el que se exige que se respeten los contenidos morales determinados o plasmados en la norma fundamental y en el que se pone en relevancia la dimensión jurídica por sobre la dimensión moral externa.

Al mismo tiempo sostiene la separación relacional o de grado entre principios y reglas distinta a la distinción estructural-lógica (diferencia estricta entre principios y reglas) sobre la base de esta postura plantea que la interpretación de las normas debe estar orientada por la relativa determinación de las normas lo que implica que siempre la norma desprende un cierto grado de determinación y vínculo que representa justamente los límites a la interpretación y que a su vez sostiene la existencia de un mínimo de discrecionalidad pero siempre dentro del marco de referencia.

BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, en Rafael de Asís y Andrea Greppi (traductores), Ob. Cit., pp. 133. Mientras otros autores opinan que quizá, “tal vez, (...) la descripción más aceptada del positivismo jurídico sea la de H. L. A. Hart, (...). No obstante, se trata de una caracterización discutible e incompleta, ya que deja aspectos esenciales que sirven para identificar el iuspositivismo (...)” DE ASÍS ROIG, Rafael, “sobre los rasgos de lo jurídico”, en Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador), *El Derecho en Red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 637.

⁵⁷⁹ “El constitucionalismo no presenta consecuencias similares en relación por cada uno de los positivismos (...). En relación con el positivismo teórico (...) el modelo del ordenamiento jurídico presentado por el constitucionalismo somete a revisión, y con razón, alguna de sus afirmaciones básicas (...) en la reformulación de la posición de la ley en la estructura de las fuentes (...), o en la insuficiencia de la concepción lógico-silogística de la interpretación y de la aplicación del Derecho a la hora de enfrentarse con las normas principales que caracterizan el Derecho del Estado constitucional (...) afirmar que el constitucionalismo puede llegar a coincidir con el positivismo ideológico a la hora de enfrentarse como un formalismo ético y, por lo tanto, le son aplicables las mismas críticas. Y respecto del positivismo metodológico es el mejor positivismo que se puede mantener en la actualidad (...)”. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p. 228-229.

Por último, el autor sostiene que *la ponderación* puede ser desarrollado por los *jueces ordinarios* únicamente acudiendo a esa moral incontaminada a la que se remiten las constituciones materializadas y no a la moral externa del Derecho como sería el caso del constitucionalismo de los principios.

En adelante se explicará a detalle la postura entendiendo que esta resulta ser más atractiva a los objetivos del presente trabajo de investigación sobre todo porque en el espacio de los sistemas jurídicos constitucionalizados mantiene la separación entre el Derecho y la moral correcta que es justamente la tesis que plantea inhibir a la arbitrariedad moral y subjetiva y por ende responde mejor a la defensa de la seguridad jurídica de la Constitución.

2. La posibilidad de un “constitucionalismo estrictamente positivista”. La postura de Luis Prieto Sanchís

Anteriormente se ha descrito los rasgos de la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios al que algunos denominan como “neoconstitucionalismo” conceptual⁵⁸⁰ o constitucionalismo ético o estándar y se ha señalado cuáles son los graves problemas que despliega en la Constitución y en el sistema jurídico.

Esta concepción del Derecho en síntesis plantea que: 1) el Derecho *en ocasiones* depende de la moralidad y cuando sucede ello *la validez de las normas y decisiones* dependen no sólo de su adecuación formal y sustantiva a la Constitución sino a su consistencia práctica con referencia moral que se desenvuelve en la argumentación constitucional⁵⁸¹. Esta idea no hace más que representar “el contenido ético del Derecho”, es decir, plantea “la moralización del Derecho” en sentido positivo o de ampliación y reforzamiento del sistema jurídico (todo Derecho incorpora un *mínimum ético*, que incluso a veces se hace manifiesto en forma de principios implícitos que va más allá del contenido prescriptivo que se deduce de las disposiciones explícitas) y en sentido negativo o de restricción del mismo (existe la pérdida de valor jurídico de aquellas normas

⁵⁸⁰ “El neoconstitucionalismo conceptual es antipositivista (cuestiona de algún modo la separación de Derecho y moral). El neoconstitucionalismo normativo es antiformalista y antilegalista (cuestiona de algún modo el conglomerado de dogmas tales como la centralidad de las reglas, el protagonismo de la ley la omnipotencia del parlamento, los principios de seguridad jurídica y separación de poderes, entre otros). GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Ob. Cit., pp. 18.

⁵⁸¹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 103.

positivas que resultan injustas o notoriamente injustas)⁵⁸²; 2) *la conexión necesaria entre el Derecho y la moral* correcta o fundamentada; 3) la afirmación del punto de vista interno y comprometido del jurista, visión novedosa respecto a la actitud interpretativa, a la teoría del Derecho y a la tarea de la ciencia de la ciencia jurídica; 4) el consenso y el constructivismo ético; y , 5) la concepción del Derecho en términos de obligatoriedad moral, pues si el Derecho presenta ese lado ético y sus normas se identifican por medio de pautas morales entonces se sostiene la obligación de obediencia moral de las normas jurídicas⁵⁸³.

El constitucionalismo estrictamente positivista no comparte esta forma de entender la filosofía jurídica, por el contrario, rechaza rotundamente toda forma en el que el constitucionalismo “obligue a modificar nuestras creencias a propósito de las relaciones entre Derecho y moral, la obligación de obediencia o la perspectiva que haya de adoptarse para el conocimiento del Derecho”⁵⁸⁴.

Ahora bien, para justificar su propia concepción del Derecho el profesor Prieto Sanchís pretende diferenciar el estudio independiente del constitucionalismo de los principios como teoría del Derecho respecto al constitucionalismo de los principios como filosofía jurídica, pues sobre el segundo tomará distancia rotundamente mientras que sobre el primero lo critica y lo reformula.

Partiendo de esta premisa el profesor intenta demostrar que es muy factible la convivencia de un positivismo metodológico o conceptual (filosofía jurídica) en los sistemas jurídicos constitucionalizados⁵⁸⁵ justamente donde se ha producido la transformación del Derecho, es decir, puede subsistir el positivismo estrictamente positivista como filosofía jurídica en el contexto del constitucionalismo de los principios como teoría del Derecho, aunque cabe precisar que sobre lo último el autor plantea ciertos matices, no sólo en el ámbito teórico – replantea la diferencia entre principios y reglas y sostiene que la relativa determinación de las normas – sino también de diseño o modelo – la utilización de la ponderación en juez ordinarios y la prescindencia a nivel constitucional –.

⁵⁸² PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral”, Ob. Cit., pp. 5-6.

⁵⁸³ PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., pp. 51.

⁵⁸⁴ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 104.

⁵⁸⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., pp. 51.

Esta es la versión que se suele denominar generalmente como constitucionalismo débil que se diferencia del constitucionalismo fuerte cultivado por el constitucionalismo de los principios.

2.1 La conexión del Derecho con la moral social. Un vínculo necesario en el constitucionalismo estrictamente positivista

Es generalmente aceptada la idea de que la incorporación de la moral en el Derecho debe conllevar a defender una idea de constitucionalismo, en tanto que los derechos fundamentales y los principios que representan esa moral se encuentran recogidos en la Constitución cuya función es actuar como límites y vínculo frente al poder. Esta idea se suele decir con quien mejor engarza esta concepción sería o bien con uno de talante antipositivista o no positivista (constitucionalismo de los principios) que pretende hacerlo a partir de la configuración de los principios, la argumentación jurídica (moral) y con la participación del juez que pretende reconstruir el sistema jurídico.

La concepción del Derecho del constitucionalismo de los principios teniendo toma como punto de partida la incorporación de la moral al Derecho o la moralización de la Constitución, de ahí que supone “deducir conclusiones generales o universales a propósito del concepto de Derecho o de una obligatoriedad fundada en la presunta moralidad intrínseca del mismo”⁵⁸⁶, características que con anterioridad han sido destacadas y que se sostienen como parte del discurso.

Es de destacar que esta postura requiere no sólo una conexión necesaria entre el Derecho con la moral social, sino y sobre todo con la moral crítica o racional, asimilando que el positivismo jurídico no puede dar cuenta del funcionamiento real de los ordenamientos jurídicos positivos si rechaza no sólo la vinculación necesaria entre existencia del derecho positivo y la moral en el sentido de mores sino también entre derecho y ética⁵⁸⁷.

De lo anterior se puede reconocer nítidamente que existe un acercamiento entre la filosofía del Derecho prescriptiva y el Derecho constitucional

⁵⁸⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 50.

⁵⁸⁷ GARZÓN VALDÉS Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, Ob. Cit., pp. 112.

(dogmática)⁵⁸⁸ en el que “el conocimiento y la aplicación de la Constitución requiere asumir subjetivamente su obligatoriedad, una obligatoriedad que tendría su fundamento tanto en el origen democrático de sus disposiciones como en el contenido de justicia de los principios”⁵⁸⁹ implícitos.

Lo que sugiere que dentro de un caso difícil o dudoso producto de la indeterminación normativa – vaguedad – hace que cobre vigencia la pretensión de corrección o la búsqueda de la única respuesta correcta a través del Derecho como integridad (justicia y equidad).

En suma, se produce una conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral correcta de manera que este sería el momento clave para configurar el concepto del Derecho con el apoyo del punto de vista interno o del participante quien es el que asume la moral crítica (juez) a partir de sentirse obligado moralmente por las normas jurídicas.

Esta descripción es una postura muy aceptada actualmente en la filosofía del Derecho, pero no es la única forma de presentar esta relación. Desde otro panorama como es el positivismo se ofrece un concepto fáctico de Derecho, que “presenta siempre *determinado contenido ético* susceptible de ser enjuiciado desde el *punto de vista de la moralidad*, lo que lo define no es aquello que manda o prohíbe, sino la forma de hacerlo”⁵⁹⁰, esto explica que detrás de este contenido ético existe un poder institucionalizado (fuerza), en el que se sostiene que la validez de las normas del sistema jurídico concreto depende de su contenido al menos por otra norma superior, de modo que, “cuál haya de ser el contenido de Derecho es algo histórico y contingente”⁵⁹¹.

Debido a ello se acepta la existencia de la conexión entre el Derecho y la moral (moral social). Cuando se plantea el problema de la relación entre el Derecho y la moral en favor de una teoría del Derecho y de un constitucionalismo positivista se pretende poner en evidencia que de la relación lo más importante es observar “un problema fáctico que moral, pues dicha creencia remite en todo caso a la moral social y no a la moral crítica o racional”⁵⁹², esto da lugar a

⁵⁸⁸ “Una teoría del Derecho y, sobre todo, del Derecho Constitucional comprometida y no distanciada entre cuyas competencias está la de descubrir y complementar las claves morales del Derecho”. PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 58.

⁵⁸⁹ Ibidem, pp. 50.

⁵⁹⁰ Ídem.

⁵⁹¹ Ídem.

⁵⁹² Ibidem, pp. 61.

sostener que de la negación de la relación necesaria entre el Derecho y la moral crítica no da lugar a deducir que no pueda existir ninguna relación, en la medida que todo sistema jurídico refleja siempre opciones de moralidad social⁵⁹³.

En este sentido, para una mejor comprensión es necesario conocer ¿qué se entiende por moral social y moral crítica? *La moral social* “puede identificarse con la concepción de la justicia mayoritariamente sentida por la comunidad o, al menos, asumida por un grupo importante de quienes ejercen el poder de dictar normas y de aplicarlas, y esta moral en forma alguna resulta indiferente para la existencia del Derecho como tal Derecho. Porque, sin duda, cabe concebir que algunas normas jurídicas se aparten de la moral social o convencional, entre otras cosas porque el Derecho es un instrumento para el cambio social, pero parece inconcebible (...) que un sistema jurídico difiera de modo notable de aquella moral generalmente compartida, y ello porque el orden jurídico es también normalidad reflejo del sistema de valores vivido en una sociedad”⁵⁹⁴.

De esta idea general podemos sostener la relación entre poder, moral y Derecho, en el que la fuerza⁵⁹⁵ representa al poder que siempre genera un sistema jurídico, pero que no basta, y por ello, es necesario la legitimidad que no es más que los valores compartidos en una sociedad, el cual le da razón para generar normas y adscribir obediencia por parte de los destinatarios. Lo que se quiere afirmar es que la eficacia es condición de la existencia del sistema, pero que dicha eficacia no sólo puede fundarse sólo en la fuerza sino también en la moral, por ello, “el Derecho necesariamente apela a la moral, pero a la moral social o a la de los operadores jurídicos, que históricamente han representado y representa los más variados contenidos y perfiles, algunos que nos parecen abiertamente inmorales”⁵⁹⁶.

En este sentido, sobre la base de los presupuestos jurídicos del constitucionalismo positivista es posible entender a “la conexión aleatoria entre

⁵⁹³ Ibidem, pp. 86.

⁵⁹⁴ Ibidem, pp. 72.

⁵⁹⁵ “El derecho se define, no en función de su contenido más o menos coincidente con la moralidad, sino en función de un elemento específico como es la organización del uso de la fuerza o, si se quiere, del hecho de que tales contenidos aparecen vinculados al uso de la fuerza”. Ibidem, pp. 13.

⁵⁹⁶ Ibidem, pp. 73.

el Derecho y la moral”⁵⁹⁷, lo que se quiere decir es que, se asume la tesis de “la separación en términos de independencia del Derecho respecto a la moral correcta y no respecto de cualquier moral”⁵⁹⁸. De modo que “lo que ha de satisfacer todo Derecho es una cierta conexión con la moral, pero esta puede ser *cualquier moral*”⁵⁹⁹ y no *una moral* en particular.

Esta idea apunta a que “desde el momento que se acepta que los derechos humanos valen jurídicamente porque cuentan con el respaldo del constituyente, se está reconociendo que su fundamento reside en una voluntad histórica, es decir, en una moral social legalizada (...)”⁶⁰⁰. Lo que justifica que “el positivismo no niega que en el Derecho existen valores morales, incluso valores procedentes de la mejor moral, pero añade que la validez jurídica de los mismos no depende de su plausibilidad moral, sino de su efectiva vigencia, y de ahí que el Derecho pueda existir también sin ellos”⁶⁰¹.

Para este autor, la *moral crítica* es aquella que sostiene el “observador externo que, precisamente por serlo, está en condiciones de *comparar* lo que establece el orden jurídico con las exigencias de una normatividad distinta”⁶⁰². En este sentido, se puede sostener como conclusión de lo expresado hasta aquí que para esta postura el Derecho está conectado con la moral social y no con la moral crítica, es decir, “con los principios constitucionales que acreditan la presencia de la moral en el Derecho, cosa que por lo demás debería matizarse, esa moral es moral social, o sea, cualquier moral”⁶⁰³.

Así, este concepto fáctico del Derecho es posible en la medida que el positivismo sobre todo el contemporáneo “nunca ha negado que las opciones jurídicas reflejan algún tipo de moral social; y, segundo, porque ni siquiera excluye que, eventualmente dicha moral sea incluso la correcta o racional: que

⁵⁹⁷ DE ASIS DE ROIG, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2005: pp. 119-130.

⁵⁹⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 220.

⁵⁹⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 75.

⁶⁰⁰ Ibidem, pp. 74.

⁶⁰¹ Ibidem, pp. 74.

⁶⁰² Ibidem, pp. 73.

⁶⁰³ Ibidem, pp. 78

no exista relación necesaria entre el Derecho y la moral no es equivalente a que necesariamente no exista ningún tipo de relación”⁶⁰⁴.

Ahora bien de este concepto fáctico del Derecho se derivan tres consecuencias: “a) que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello dejar de ser jurídico; b) que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del Derecho; c) que, por tanto, la definición del Derecho no dice nada (ni a favor ni en contra) acerca de los motivos que puede fundamentar una obligación moral de obediencia; si existe o no tal obligación será un problema a dilucidar en sede de teoría moral y no de teoría del Derecho”.⁶⁰⁵

En este sentido, queda sostener tres ideas esenciales: la primera viene a plantear que “la positivización de los principios de justicia y de los derechos humanos históricamente afirmados en las cartas constitucionales, vale también para el principio ius-positivista de la separación entre el Derecho y la moral”⁶⁰⁶. Lo que se quiere decir es que no existe ninguna incompatibilidad entre la complejidad del nuevo sistema jurídico contemporáneo y la separación entre el Derecho y la moral o, en otras palabras, la tesis de la incorporación de la moral en la cúspide del Derecho “tampoco se halla comprometido con una determinada teoría del Derecho, ya sea de cuño normativista o positivista, ya hermeneútica o argumentativa”⁶⁰⁷.

La tesis de la separación no implica desconocer contenidos morales o “no quiere decir en lo absoluto que las normas jurídicas no tengan un contenido moral o alguna pretensión de corrección (...) como tampoco tendría sentido negar que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral”⁶⁰⁸.

La segunda precisa es la idea de que los principios o valores (derechos fundamentales) que se recogen en las constituciones modernas, puede ser

⁶⁰⁴ Ibidem, pp. 50.

⁶⁰⁵ Ibidem, pp. 12.

⁶⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 28.

⁶⁰⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., pp. 14.

⁶⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista” Ob. Cit., pp. 28.

valorada positiva o negativamente según quien la perciba, es decir, que se puede mantener la valoración de un contenido justo o injusto. Esta apreciación permite aclarar que de la institucionalización de la moral en el Derecho no se puede concluir la existencia de la “conexión conceptual entre Derecho y moral”⁶⁰⁹.

Del tercer punto se pretende sugerir una lectura adecuada de la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, desde un constitucionalismo estrictamente positivista, “no impide reconocer la evidencia de que el Derecho no es axiológicamente neutral y de que todo sistema jurídico incorpora dimensiones morales o, si se quiere, un punto de vista sobre la justicia (el que sea). Es decir, lo que se defiende es la imposibilidad de identificar de manera general y previa unos contenidos materiales concretos que por su bondad moral necesariamente tengan que respetar las normas jurídicas como condición de validez”⁶¹⁰.

En resumen, el positivismo jurídico como metodología (reformulado o refinado) asume la conexión en sentido débil⁶¹¹ en el que subsiste una conexión necesaria entre Derecho y alguna moral (moral social) y que plantea que lo que se quiere poner en evidencia es que la separación es “en términos de independencia del Derecho respecto de la moral correcta y no respecto de cualquier moral, o, dicho de otro modo, en términos de conexión aleatoria y no de conexión cierta”⁶¹².

De modo que los parámetros de identificación de las normas jurídicas válidas no operen a la vez como criterios de justificación ética-política, esto es, el constitucionalismo estrictamente positivista no defiende que la validez de los derechos fundamentales o de cualquier otro contenido constitucional o infra-constitucional se funde en su corrección y justificación moral cuanto por haber sido juridificados constitucionalmente⁶¹³.

⁶⁰⁹ Ídem.

⁶¹⁰ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La constitucionalización de los derechos fundamentales en el siglo XX: Dimensiones, rasgos y algunas consecuencias”, Ob. Cit., pp. 396.

⁶¹¹ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Ob. Cit., pp. 79.

⁶¹² DE ASÍS ROIG, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Ob. Cit., pp. 119-130. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en Ramos Pascua, J. A., y Rodilla, M. A. (Editores), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2013, pp. 220.

⁶¹³ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La constitucionalización de los derechos fundamentales en el siglo XX: Dimensiones, rasgos y algunas consecuencias”, Ob. Cit., pp. 397.

Estas razones influyen al autor a comprometerse y no ver ningún inconveniente sobre el desarrollo de constitucionalismo estrictamente positivista⁶¹⁴. Ahora bien, siendo consciente que el constitucionalismo que la Constitución incorpora es una moral social o pública o una constelación de valores y principios, también este es consciente de que la moralidad que se sostiene en los ordenamientos del constitucionalismo democrático, tanto en sus normas como en sus decisiones, no son las mejores normas y decisiones morales, ni la concepción de la justicia que aquellas encarnan representan la última palabra sobre la justicia⁶¹⁵.

Tanto así que lo que expresan las Constituciones pueden incluir preceptos que expresan valores que no compartimos como el derecho de todo ciudadano a no tener armas o la pena de muerte institucionalizada en la Constitución son ejemplos de que este no recoge las mejores normas morales y de las que se puede disentir.

De la moral social institucionalizada tampoco se comprende que de ella pueda surgir una obligación moral de obediencia de la Constitución u obligación moral de las normas jurídicas, de manera que, “si existen o no razones morales para obedecer al Derecho no es un problema conceptual relativo a la definición de lo jurídico, sino un problema moral. Por eso, no es sorprendente que el constitucionalismo antipositivista termine (...) abrazando alguna forma de positivismo ideológico: bien afirmando algo así como que “lo que manda la Constitución, por ser democrática y respetuosa con los derechos fundamentales, es siempre justo”, en absoluto, bien diciendo que la Constitución, al incrementar la seguridad y la libertad de los ciudadanos y la limitación del poder, lleva en un principio de obligatoriedad moral que es decisivo para el propio concepto de Derecho”⁶¹⁶.

En relación con la obligatoriedad de las normas, “conviene reformular en términos de obligación prudencial: la norma influye en la conducta de los destinatarios, que puede sentirse efectivamente obligado o compelidos, pero solo en la medida en que pretendan eludir las sanciones o conseguir recompensas anudadas al comportamiento previsto en la norma; si además se

⁶¹⁴ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 62.

⁶¹⁵ Ídem.

⁶¹⁶ Ibidem, pp. 27.

sienten obligados en otro sentido, ello obedecerá a razones morales y no jurídicas”⁶¹⁷, es decir, “la legalización de una moral correcta es una circunstancia contingente y no necesaria; y segundo porque, aún en el mejor de las hipótesis, no hay ningún motivo para decir que existe una razón jurídica para la obediencia distinta o independiente de la razón moral que eventualmente pueda darse”⁶¹⁸.

Se debe tener en cuenta la *diferencia entre existencia o validez de la norma y definición del Derecho*, pues “cabría argumentar que no es lo mismo existencia que el concepto de Derecho; la actitud moral puede ser una condición de la existencia, algo que se da siempre, pero no un elemento idóneo para definir el Derecho”⁶¹⁹.

El autor sostiene esta propuesta en la medida que considera que “la empresa conceptual tiene por objeto establecer aquellos rasgos que, además de estar presentes en el Derecho, permitan distinguirlo de otros sistemas normativos, y resulta que la actitud moral de obligatoriedad se produce *no sólo* en relación con las normas jurídicas: un deber jurídico no se distingue de un deber moral si no es porque el primero se presenta de una determinada forma (...) y es precisamente esa forma la que define el Derecho”⁶²⁰.

En conclusión, la dimensión interna que propone una aceptación de obligatoriedad de los funcionarios no implica que surja la conexión tampoco la imposibilidad de la postura neutral en términos valorativos⁶²¹ que implique una relación o conexión entre el Derecho con alguna moral. En otras palabras, se puede sostener que el punto de vista interno no tiene un carácter necesariamente moral⁶²², puede estar motivado por otras razones. Esto quiere decir que el participante no se vincula necesariamente a una adhesión moral, sostener lo contrario equivaldría a decir que nunca ningún funcionario ha disentido o disiente de órdenes y normas que aplica⁶²³.

Finalmente señala el autor que “el reconocimiento moral de algunos funcionarios o la coincidencia relativa entre el Derecho y la moralidad social puede ser considerado indispensables para la existencia del sistema no implica,

⁶¹⁷ Ibidem, pp. 12.

⁶¹⁸ Ibidem, pp. 28.

⁶¹⁹ Ibidem, pp. 59.

⁶²⁰ Ídem.

⁶²¹ Ibidem, pp. 60.

⁶²² Ídem.

⁶²³ Ibidem, pp. 61.

a mi juicio, que todo participante que usa sus reglas haya de sentirse moralmente obligado”⁶²⁴, termina añadiendo que “los que parten de un punto de vista interno plantean que no se puede describir creencias sin que alguien sea previamente creyente”⁶²⁵.

2.2 La defensa de un constitucionalismo estrictamente positivista (conceptual o metodológico). La separación entre el Derecho y la moral correcta

En este apartado se observará básicamente como el constitucionalismo estrictamente positivista sostiene tres elementos relevantes para su configuración: la fuente de Derecho que considera relevante, la lectura del positivismo conceptual y metodológico y la forma de acercarse al conocimiento o a la ciencia del Derecho.

En relación con *las fuentes del Derecho*, antes que nada, el autor deja entrever que para la defensa de un constitucionalismo positivista es necesario saber ¿De qué depende la identificación del Derecho en el Estado constitucional? el análisis que puede ser dividido o bien desde el enfoque de la Constitución o bien desde el de las demás normas del ordenamiento.

Sobre la validez o identificación de la norma constitucional, es posible que este dependa sólo de ciertos hechos, y no de juicios morales o de la justicia de sus contenidos, esta afirmación no es más que abogar por la tesis de las fuentes sociales en el Estado Constitucional⁶²⁶, respecto a la Constitución.

En cambio, para el resto de las normas no vale lo mismo, en este caso la respuesta será distinta, pues las constituciones que gozan de la fuerza normativa producto del contenido sustantivo no aceptan que la identificación del Derecho sea como consecuencia de la dimensión fáctica, pues la validez se encuentra condicionada por dimensiones formales (competencia y procedimiento) y por su encuadramiento a los principios y derechos fundamentales (dimensiones materiales)⁶²⁷.

Esto quiere decir que las disposiciones normativas no deben resultar contradictorias o en todo caso deben estar conforme con los "principios de

⁶²⁴ Ibidem, pp. 62.

⁶²⁵ Ibidem, pp. 53.

⁶²⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias” Ob. Cit., pp. 231-232.

⁶²⁷ Ibidem, pp. 232.

justicia incorporados al Derecho”⁶²⁸, que es “concretamente aquella moral incorporada a la Constitución (y que, por cierto, en hipótesis puede ser cualquier moral)”⁶²⁹.

Así, la presencia de conceptos morales en la Constitución que le sirve para identificar las normas del sistema se representa de la siguiente manera: “la validez no es que dependa *algunas veces* de su adecuación a principios sustantivos, sino que depende *siempre*, mientras que el parlamento que dicta una ley y el juez que plantea una sentencia sirve sólo para determinar la validez formal”⁶³⁰.

Cabe resaltar que este positivismo no aceptaría que una norma moral se transforme de *propio vigore* en una norma jurídica o deje de serlo por su injusticia extrema, este sí sería el caso del constitucionalismo de los principios, en el que “los problemas de justicia se han transformado en problemas de validez o identificación del Derecho”⁶³¹ y que para determinar el significado de esas pautas morales requiere “abrir (cuando no disolver) el Derecho en una racionalidad constructiva y discursiva que desempeña un papel tanto identificador como de justificación”⁶³² del Derecho.

En relación *con la defensa de una lectura del positivismo conceptual o metodológico* se sostiene que la incorporación de los derechos fundamentales en la cúspide constitucional y el desarrollo del razonamiento jurídico⁶³³ (ponderación), son elementos que parten de la transformación del sistema jurídico y que pueden ser interpretadas desde distinta óptica o bien desde el constitucionalismo de los principios, explicada en el I capítulo o bien desde el positivismo jurídico contemporáneo, como se explicará más adelante al tratar de la ponderación, aunque claro está que hay una manifestación desbordante que se inclina por la primera opción.

⁶²⁸ Ídem.

⁶²⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, Ob. Cit., pp. 94.

⁶³⁰ PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., pp. 53

⁶³¹ PRIETO SANCHIS, Luis, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, Ob. Cit., pp. 94.

⁶³² GARCÍA FIGUROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista del Derecho a través de los derechos*, Ob. Cit., pp. 237.

⁶³³ Ibidem, pp. 54.

La segunda lectura que es la que nos interesa da lugar a sostener que “por amplia que sea la incorporación de la moral al Derecho y pese las consecuencias de distinto orden que esto pueda tener, la tesis de la separación sigue siendo acertada”⁶³⁴. En ese sentido, la transformación operada en el sistema jurídico no siente ninguna necesidad de abandonar los presupuestos de un positivismo conceptual y metodológico⁶³⁵.

Esta afirmación pretende tener un impacto sobre el Derecho y el poder, pues la distinción o separación entre Derecho y moral correcta es un “instrumento” que da lugar a mantener una posición *eminente crítica* que coadyuva a *preservar la moral*, frente al sistema jurídico. En este sentido, la imparcialidad se hace inherente a los juicios independientes sobre el sistema jurídico⁶³⁶. Ahora bien, de esta postura no sólo irradia un carácter *instrumental* (crítica moral frente al Derecho por la desconfianza que genera) sino un carácter *normativo y severo* (pretende una severidad moral frente al Derecho)⁶³⁷.

En propias expresiones de Luis Prieto Sanchís, destaca que, “la moral social que encarna el Derecho (moral incorporada a la Constitución) debe mantenerse separada de la moral crítica, a veces porque se sitúa en sus antípodas y, en el mejor de los casos, porque los procedimientos de creación y aplicación de ningún modo están en condiciones reales de producir el genuino diálogo moral”⁶³⁸. Si se tiene en cuenta esta premisa se evitará contaminar o adulterar la moral confundiendo el Derecho con la moral, por ello, “la tesis de la separación es un medio necesario y moralmente exigible”⁶³⁹.

En todo caso, lo que se pretende poner en relevancia teórica con esta postura es que la separación promueve una *vocación social crítica* si se quiere, pues pretende “fomentar el ejercicio de la responsabilidad moral del individuo, así como su capacidad crítica frente a decisiones de poder (...)”⁶⁴⁰ y a explicar “una atalaya imparcial para emitir juicios independientes sobre el propio sistema

⁶³⁴ Ídem.

⁶³⁵ Ibidem, pp. 57.

⁶³⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Ob. Cit., p. 193.

⁶³⁷ Ibidem., p. 194.

⁶³⁸ PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., p. 55.

⁶³⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Ob. Cit., pp. 193.

⁶⁴⁰ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 85.

jurídico; *juicios que tanto pueden ser estrictamente externos*, es decir, tomando como parámetro de enjuiciamiento una moral ajena al Derecho, como *también internos o a partir de los mismos valores y principios constitucionales*, con frecuencia insatisfechos o sencillamente violados por otras normas o decisiones del sistema”⁶⁴¹.

Un autor que es muy cercano a la propuesta de Luis Prieto Sanchís es Luigi Ferrajoli, este último indica que “la separación entre Derecho y moral, lejos de ignorar el punto de vista moral y político sobre el Derecho, permite fundar en él no sólo la autonomía sino también la primacía sobre el punto de vista jurídico interno, como punto de vista de crítica externa, de la proyección de la transformación institucional, y también, si la ley es considerada intolerablemente inmoral, como fundamento del deber moral de la desobediencia civil”⁶⁴².

En resumen, el no abandono al positivismo conceptual se sustenta en los siguientes motivos: i) porque la vinculación con la moral sostenida en las nuevas constituciones tiene un carácter contingente y nada diría sobre el concepto de Derecho, un positivista no negaría que el Derecho puede ser eventualmente justo o incorporar valores cualquiera sea la doctrina ética que se adopte; ii) en relación con lo anterior se sostiene que el Derecho no deja de ser nunca expresión de fuerza; iii) incluso concediendo que la Constitución sea expresión de la justicia, la democracia política no puede garantizar que lo sean también las leyes, por ello la desconfianza y la necesidad de una moral crítica externa; iv) porque el razonamiento jurídico se adhiere en un aparato institucional y no carente de coacción, es en la práctica asimétrica y no garantiza la moralidad del resultado; v) no es conveniente que el Estado sea absorbido por el Estado ético porque eliminaría la crítica externa, se abrazaría la idea de que los jueces sean oráculos de la justicia y se fundamentaría el deber moral incondicionado de obediencia⁶⁴³;

⁶⁴¹ “ese mismo positivismo que nos sitúa en el punto de vista externo y nos permite mantener en su integridad la existencia de la moral crítica, sigue representando la mejor posición para comprender, y, sobre todo, para enjuiciar el valor o la falta de valor moral del Derecho y de cada una de sus normas, también en el marco de sistemas relativamente juntos; enfoque externo que, por otro lado, tampoco impide una crítica interna a partir de los parámetros constitucionales”. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, Ob. Cit., pp. 155. PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 87.

⁶⁴² FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 33.

⁶⁴³ PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., pp. 55

vi) hoy parece imponerse la democracia representativa (...), hoy se presume con no mejores argumentos que la democracia representativa, sustentada en una Constitución integradora del pluralismo, es la realización de alguna suerte de ética comunicativa⁶⁴⁴; y, vii) contribuye a evitar que se incurran en “falacias opuestas provenientes de la confusión: *la falacia iusnaturalistas*, que consiste en la identificación (y en la confusión) de la validez con la justicia, en algún sentido objetivo de este segundo vocablo, y la falacia *ético-legalista*, que consiste, también en la variante ético legalista, que consiste, también en la variante del constitucionalismo ético, en la opuesta identificación (y confusión) de la justicia con la validez”⁶⁴⁵.

En relación con la *forma de acercarse al conocimiento o a la ciencia del Derecho* es menester iniciar con una pregunta ¿Es posible que en un sistema jurídico constitucionalizado con apertura a la argumentación moral se pueda seguir sosteniendo un modelo de ciencia descriptiva, es decir, de un acercamiento neutral o avalorativo? Esta pregunta puede ser respondida desde el constitucionalismo de los principios, desde el positivismo garantista y sobre todo del “constitucionalismo estrictamente positivista” como el que maneja Luis Prieto.

Siendo este último el que nos interesa se deja entrever que se puede mantener una lectura del positivismo metodológico o conceptual pese a las transformaciones operadas en el sistema jurídico constitucionalizado⁶⁴⁶.

Es así como la ciencia del Derecho influida por la separación plantea por un lado la descripción (ser) y por el otro la prescripción (deber ser). Distinción que conlleva no sólo a aceptar un punto de vista externo, neutral y avalorativo, sino también, la ciencia jurídica puede y debe tener en cuenta el punto de vista interno, pero *no para asumirlo sino para incorporar a la descripción lo que son los operadores que participan en la práctica del Derecho*⁶⁴⁷.

Ahondando sobre el particular se puede señalar dos cosas: “*se puede describir creencias sin necesidad de compartirlas y se puede identificar normas*

⁶⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, Ob. Cit., pp.155.

⁶⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, Ob. Cit., pp. 33.

⁶⁴⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., pp. 51.

⁶⁴⁷ Ibidem, pp. 57.

por su contenido sin necesidad de hacerse partícipe o comprometerse con el mismo”⁶⁴⁸. Si el acercamiento de la ciencia del Derecho se mantiene en estos términos no queda más que quede en suspenso el acercamiento de la filosofía jurídica y la dogmática⁶⁴⁹, es decir, no habría relación o vinculación entre estos dos tipos de disciplinas, al punto que uno sería extraño en el cuerpo del otro. En relación con el constitucionalismo de los principios sucede todo lo contrario pues aquí se asume un punto de vista comprometido que defiende la conexión necesaria entre Derecho y moral, así como una suerte de obligación moral de obediencia de las normas jurídicas por parte de los juristas.

El modelo del constitucionalismo positivista se plantea, así como un modelo acertado, en él se propone como se dijo anteriormente una ciencia del Derecho moderada, la siguiente expresión también resume el papel que tiene la ciencia. Se sostiene que “sin ser sacerdote o alienígena asume la perspectiva ilustrada y positivista a propósito de la separación entre Derecho y moral como un esquema que tiene cabida una *crítica externa* al Derecho desde la perspectiva de la moralidad”⁶⁵⁰, es decir, a la Constitución se le enjuicia desde la perspectiva externa de una moral crítica o ideal.

Esto evidencia algo sumamente importante pues al positivista del Derecho no renuncia o no le es incompatible el objetivismo moral o al cognoscitivism ético como muchos críticos podrían pensar. Así sostiene el autor que “(...) no veo ningún inconveniente en escindir el discurso práctico y mostrarse como un “iusnaturalista” partidario del objetivismo y del cognoscitivism en materia moral y como un positivista en Derecho”⁶⁵¹, pues el positivista conviene con el Derecho como fenómeno social vinculado al uso de la fuerza y separado de la moral crítica o racional – cualquiera sea este punto de vista de la moral –.

⁶⁴⁸ Ídem.

⁶⁴⁹ “El trabajo de los juristas dogmáticos, es típicamente, una actividad de interpretación, manipulación y sistematización del discurso legislativo. El trabajo de los teóricos, por su parte, es una reflexión crítica acerca del discurso de los juristas. La ciencia jurídica, lejos de constituir una disciplina distinta, o de todos modos autónoma, de la teoría del derecho, se identifica completamente con ella. La práctica de los teóricos puede tener dos tendencias, una descriptiva –describe la dogmática desde el punto de vista externo- y otra constructiva –intervienen en las controversias de los juristas, proponiendo redefiniciones de los conceptos discutidos que inciden sobre la interpretación de los documentos normativos, este tipo de modelo desemboca en la propia dogmática”. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría. del derecho*, en Jordi Ferrer Beltrán (traductor), Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 28.

⁶⁵⁰ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 64.

⁶⁵¹ PRIETO SANCHIS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias” Ob. Cit., pp. 237.

Ahora bien, para el positivista “la obligatoriedad moral tampoco es un rasgo conceptual del Derecho, pues en caso se mantiene la primacía práctica de la moral y de la justicia sobre el Derecho justifica la desobediencia civil contra el Derecho injusto”⁶⁵².

Al lado de una crítica externa al Derecho se sostiene la crítica interna al Derecho en el que se puede denunciar las infracciones o los incumplimientos satisfactorios de los principios y reglas constitucionales. Esta crítica mostrará la disfuncionalidad entre validez y eficacia, normas válidas pero ineficaces (letra muerta) y normas eficaces, pero inválidas, normas o decisiones inconstitucionales, pero no anuladas”⁶⁵³.

En suma, el positivismo jurídico vigente es básicamente una opción metodológica, consistente en concebir el estudio del derecho como una actividad descriptiva que no tiene por qué incorporar valoraciones sobre su estudio, ni exige la adhesión moral de quien la desarrolle, pues se constata que una cosa es el derecho que es y otra muy distinta el derecho que debería ser”⁶⁵⁴.

De manera que presenta un concepto de Derecho más sencillo y menos engañoso y evita dos problemas fundamentales que si se acrecientan en el constitucionalismo de los principios: “a) prescinde de la determinación de un problema metaético serio; y, b) admite que podemos estipular cualquier significado de Derecho, el positivista se muestra más armónico con la extensión del concepto lexical de derecho que se da en comunidad”⁶⁵⁵. Pues bien, “que se eviten problemas éticos no significa, por otra parte, que el positivista no tenga convicciones morales (...) la elaboración de un concepto de derecho no requiere desarrollar una teoría ética”⁶⁵⁶.

3. La transformación del Derecho en el constitucionalismo estrictamente positivista

3.1 La separación relacional o de grado entre principios y reglas

En este apartado Luis Prieto Sanchís asume una distinción exclusivamente gradual y relacional entre principios y reglas (diferencia

⁶⁵² Ídem., Ob. Cit., pp. 237.

⁶⁵³ Ídem.

⁶⁵⁴ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Constitucionalismo y positivismo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, Núm. 54, Setiembre-diciembre, 1998, pp. 378.

⁶⁵⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Constitucionalismo y positivismo”, Ob. Cit., pp. 379.

⁶⁵⁶ Ídem.

moderada) y se distancia de la ofrecida por los autores que defienden una distinción estricta de carácter estructural y lógico (diferencia fuerte) como lo hace el constitucionalismo de los principios.

En efecto, el autor acepta la presencia de las normas-principio al lado de las normas reglas lo que da lugar a que sostenga un alejamiento del positivismo jurídico decimonónico que niega la presencia de principios y que únicamente ven en las reglas el único modelo de normas que puede haber en el sistema jurídico.

Brevemente, a fin de hacer notar tal diferencia, los criterios que considera el constitucionalismo de los principios para defender una postura estructural y lógica de la distinción en sentido estricto se sostienen en algunos postulados como el mayor nivel de generalidad⁶⁵⁷ – ausencia de desarrollo –, mayor nivel de abstracción – ausencia del destinatario, ausencia de modalidad (abstención o de acción) y ausencia de cláusulas restrictivas –, y sobre todo el carácter abierto – ausencia de condiciones de aplicación –⁶⁵⁸ de los principios frente a las reglas que tienen un bajo nivel de general y abstracción y tienen un carácter cerrado.

Con referencia a estos criterios según se señala es posible que sean características de los principios que, de las reglas, no obstante, Robert Alexy indica que esta diferencia no es la más determinante para comprender la verdadera distinción estructural-lógica se debe observar sobre todo el criterio de los “mandatos de optimización”⁶⁵⁹.

Sobre el asunto se reconoce la existencia de la vaguedad en las normas-principios lo que conlleva a caracterizarse como disposiciones altamente

⁶⁵⁷ “(...) Los principios son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales (...). ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ob. Cit., pp. 249.

⁶⁵⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 104. “Un principio como nadie puede beneficiarse de su propio delito no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia razón que discurre en una sola dirección, pero no exige en una decisión en particular”. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 76.

⁶⁵⁹ Para Robert Alexy lo realmente determinante para tal diferencia viene condicionado por entender a los principios como mandatos de optimización, cosa que no sucede con las reglas. Contrariamente propone que “quien considera la generalidad como decisiva llega a la conclusión de que entre las reglas y los principios existe solo una distinción de grado. Esto puede designarse como la tesis débil de la separación”. ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Ob. Cit., pp. 141.

generales, abstractas y abiertas, por el contrario, las reglas no tendrían esta estructura al ser menos indeterminados, se puede observar que tal diferencia se plantea desde una distinción analítica.

En el caso de Ronald Dworkin la distinción lógica se sostiene en que los principios son un estándar que debe ser observado porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad⁶⁶⁰, lo que conlleva a que las normas-principios sean razones que discurre en una dirección, pero no exige una decisión, todo ello se da por su carácter abierto, general y abstracto, mientras que las reglas no tienen este componente de exigencia moral porque son normas cerradas o disyuntivas; aquí además de plantear un análisis analítico se muestra conectada a la dimensión moral y notoriamente explica que este ámbito es quien le da esa estructura a los principios.

Un criterio determinante e inclusive más importante que el anterior es entender a los principios en conexión con la idea de “los mandatos de optimización” mientras que las reglas no gozan de este criterio. A fin de buscar una mejor optimización de los principios para que sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Como es de advertir este autor califica a los derechos fundamentales como principios en la medida que goza de una estructura particular.

El criterio – mandatos de optimización – para Robert Alexy justificaría y explicaría tal diferencia estructural a tal magnitud que se comporta como el presupuesto más importante de una teoría adecuada de los derechos fundamentales, sin esta diferencia no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juega los derechos fundamentales en el sistema jurídico, por ello es crucial la identificación que se haga de ella en relación con su estructura.

Además, se ha precisado que como consecuencia del criterio de “mandatos de optimización” se sugiere que para resolver los problemas jurídicos es imprescindible el criterio de “ponderación”. De modo que por ser una norma-

⁶⁶⁰ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pp. 72.

principio debería tener todas estas características, no obstante, en las reglas como tal no podría configurarse esta estructura.

Aquí se sostiene que tal diferencia es tajante y fuerte pues los principios al tener una dimensión del peso la forma de solución es a través de la ponderación, en cambio las reglas al ser ausentes con este elemento lo único que podría haber para acceder a una solución es el uso de los métodos como el de especialidad, temporalidad y jerarquía. En suma, la conexión en todo caso se presenta así: derechos fundamentales, principios, carácter abierto, altamente abstracto y general, mandatos de optimización, ponderación en el que se convive bajo el parámetro de una relación íntima, inseparable y necesaria.

Frente a esta postura como se venía mencionando anteriormente existe una más moderada que también diferencia entre principios y reglas producto de la transformación del sistema jurídico sobre todo en la teoría de las normas en el que se plantea una distinción gradual y relacional.

El carácter relacional propone una diferencia condicionada a una comparación de las normas-principios y normas-reglas, mientras que la distinción gradual se debe a que tal diferencia es relativa y nada absoluta en el sentido de que las normas serán o bien principios o bien reglas en función a la mayor presencia de ciertos rasgos como la vaguedad (indeterminación), importancia y fundamentalidad⁶⁶¹.

Esta idea preliminar viene a negar lo señalado por el constitucionalismo de los principios, que plantea la diferencia desde parámetro de existencia estructural y lógica de las normas condicionadas por características peculiares y que en todo caso se afirman desde un primer momento, esto es, antes de haber pasado por el filtro de la interpretación. Tal diferencia que sostienen autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy representan una intención muy peculiar en cuanto a la concepción del Derecho que manejan, por ello, existe la necesidad de plantear una diferencia que ayude a sus postulados jurídicos.

En cambio, el carácter gradual deja entrever que las condiciones de aplicación pueden configurarse de un modo entre - abierto (ni abierto ni cerrado)

⁶⁶¹ COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Ob. Cit., pp. 80-81. PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., pp. 21-27.

mientras el carácter relacional plantea que tal distinción no estará sólo determinada por la comparación entre las normas sino también puede determinarse a través de la conducta tipificada que ordene o prohíba⁶⁶².

La diferencia en realidad no se debe a cuestiones estructurales y lógicas tajantes como propone el constitucionalismo de los principios, más bien se debe a “propiedades de magnitud y grado que no permiten definir la categoría de principios y reglas en función con la moral, en tanto que forman escalas de los enunciados normativos en base a la indeterminación”⁶⁶³, es decir, se debe la calificación de principios o reglas única y exclusivamente como condición de la vaguedad y ambigüedad que se produce en las normas y que es connatural al lenguaje jurídico.

Es importante dejar en claro que para esta postura – constitucionalismo estrictamente positivista – la indeterminación de los principios no es producto de su relación con la moral, en tanto que el “componente axiológico y valorativo que caracteriza la fisonomía de los principios no es una captura del concepto de indeterminación”⁶⁶⁴, más bien es solo por la *open texture* o vaguedad semántica, característica que goza toda norma jurídica; de ello se extrae que los principios y las reglas como normas son de algún modo especialmente indeterminadas⁶⁶⁵.

En suma, para la distinción relacional y gradual, los criterios que se utilizan para diferenciar entre principios y reglas al cual se identifica como normas fundamentales y como normas especialmente indeterminadas (abstractas, abiertas y genéricas) no son características exclusivas de los principios, sino que posiblemente también se encuentran en las reglas⁶⁶⁶, esta postura es algo que no aceptaría Ronald Dworkin porque las normas-reglas son disyuntivas o cerradas (se aplican a todo y nada, es decir, no son abstractas, ni genéricas ni abiertas) y no tienen peso e importancia pues esta se encuentra determinada desde un inicio. De todo lo manifestado está el constitucionalismo positivista

⁶⁶² Ibidem, pp. 36.

⁶⁶³ Ibidem, pp. 63.

⁶⁶⁴ GUASTINI, Riccardo, “La interpretación de la Constitución”. en Piero Mattei-Gentili (traductor). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Volumen tres, Capítulo 56. p. 2029.

⁶⁶⁵ GUASTINI, Riccardo, “La interpretación de la Constitución”, Ob. Cit., pp. 2029.

⁶⁶⁶ GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Ob. Cit., pp. 73-80.

llegaría a la conclusión que la indeterminación que es producto de la vaguedad no se debe a cuestiones morales sino al carácter semántico de las disposiciones normativas.

Ahora bien, en el segundo criterio, la idea de que los principios *son* únicamente “mandatos de optimización” es una relación sugerida por una teoría de los principios difundida generalmente por Robert Alexy, pero que no es absoluta, es decir, en realidad la tesis de los mandatos de optimización no es una cualidad propia de los principios, sino es una peculiar “técnica de interpretación o argumentación”, ante el surgimiento de ciertos problemas que surgen en el momento interpretativo producto de la indeterminación de las normas, que puede ser utilizada, sin excepción, para solucionar ya sea conflictos entre principios y reglas o entre reglas o entre reglas y principios⁶⁶⁷.

Por otro lado, la implicación recíproca que existe entre la colisión de los principios y su relación con la máxima de la proporcionalidad tampoco es correcta o adecuada, es decir “no es cierto que los principios den lugar a una técnica interpretativa”⁶⁶⁸ como la proporcionalidad producto de la colisión de los principios, sino es todo lo contrario, “es la presencia de la técnica lo que justifica utilizar la expresión principios”, por ello, la técnica resulta operativa en relación con cualquier norma jurídica. Lo que conlleva a afirmar que reducir la virtualidad de los principios a una técnica de resolución de conflictos, plantea ocultar posibles funciones de interpretación e integración del ordenamiento⁶⁶⁹ y esto no es aceptado desde una postura de la diferencia gradual y relacional.

Lo que se quiere decir es que no se puede determinar que la norma es o bien un principio con anticipación y luego relacionarlo con la técnica de la ponderación, por el contrario, es mejor asumir que cuando se da la interpretación surge la indeterminación que origina el conflicto constitucional, momento en que surge la técnica de la ponderación, una vez pasado por esa etapa se determinará recién si es un principio.

Estas afirmaciones nos lleva a defender dos conclusiones: por un lado, las normas sean reglas o principios, según la técnica interpretativa (ponderación)

⁶⁶⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Ob. Cit., pp. 44.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, pp. 56.

⁶⁶⁹ *Ídem*.

pueden actuar funcionalmente de manera diferente, rechazando toda idea de la separación natural; por otro lado, la diferencias entre principios y reglas no se circunscribe a la estructura de la norma (con anticipación a la interpretación) sino a la técnica interpretativa que conviene utilizar (en el momento de la interpretación); será el juez quien determine, en base a ciertos rasgos o características como la fundamentalidad, la relevancia, el tipo de función, la generalidad o vaguedad, para la determinación o bien de un principio o bien de una regla⁶⁷⁰.

El autor es parte de la idea de que “los conflictos constitucionales susceptibles de ponderación no responden a un modelo homogéneo, como tampoco lo hacen los principios”⁶⁷¹.

En relación con los principios y a los principios-directrices se señala que: 1) los principios por carecer de supuesto de hecho o condición de aplicación (carácter abierto) son mandatos de optimización; o que, 2) los principios llamados directrices o mandatos de optimización que se caracterizan no por la ausencia de incondicionalidad sino porque su fisonomía tiende a una conducta finalista este puede ser realizada de distinta manera por ello se requiere la ponderación. Sin embargo, los principios no tienen por qué ser mandatos de optimización, sino que pueden requerir un comportamiento cierto y determinado; también los principios no tienen por qué carecer de condición de aplicación⁶⁷².

Por ejemplo, el Derecho a la igualdad o no discriminación que está configurada en la Constitución “es un caso típico de estructura de los principios, pero no cabe excluir por hipótesis que funcione como regla; así si se pretendiese dar entrada a la Constitución de apartheid o segregación racial, uno de los dos habría de resultar necesariamente inválido u operar como excepción permanente”⁶⁷³.

Por ello, desde este plano se sugiere “resulta impropio decir que algunas normas son principios y que, por ello, sus conflictos se resuelven de cierta forma.

⁶⁷⁰ Ibidem, pp. 57-58

⁶⁷¹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 180.

⁶⁷² PRIETO SANCHIS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, AFDUAM 5 (2001), pp. 213.

⁶⁷³ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 187.

Es más ajustado afirmar que ciertos conflictos normativos han de resolverse a través de la ponderación y que las normas reciben el nombre de principios⁶⁷⁴.

Como se mencionó anteriormente la técnica de la ponderación, es aplicable siempre y no sólo en presencia de enunciados dotados de ciertas características, y ello porque queda al alcance del juez transformar en principios las reglas, que está llamado a observar⁶⁷⁵.

Sobre la relación entre derechos fundamentales y principios el autor señala que la “fisonomía de los principios es la que adopta los derechos fundamentales, no de un modo estructural, sino cuando en su aplicación entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, o cuando son objeto de delimitación por parte del legislador. Lo que significa aceptar que entre el derecho y su límite se entabla un verdadero conflicto, de manera que sus respectivos supuestos de hecho presentan un ámbito de validez parcialmente coincidente o, dicho de otro modo, que una misma conducta o situación fáctica presenta propiedades adscribibles a ambos principios, al derecho y a su límite (...) y aceptar asimismo que dicho conflicto no puede resolverse mediante un criterio de especialidad⁶⁷⁶, sino mediante la ponderación.

3.2 La interpretación y aplicación del Derecho

Anteriormente se ha sostenido que el constitucionalismo estrictamente positivista no tiene problemas en reconocer la presencia de principios y contenidos morales en la Constitución (incorporados) que están llamadas a identificar las normas del sistema, es decir, la pertenencia de una norma dependerá no sólo de su dimensión formal sino también de los principios de justicia incorporados en la Constitución.

Esta premisa sugiere que “la determinación del Derecho depende de qué dice la moral”, de manera que para no caer en los problemas de arbitrariedad o subjetividad de la moral (para evitar que los llamados en aplicar tales principios se conviertan en auténticos señores del Derecho) es menester tener en cuenta dos cosas: 1) la objetividad de tales juicios es condición de la objetividad de nuestros juicios acerca de la validez de las normas; y, 2) la objetividad de tales

⁶⁷⁴ Ídem.

⁶⁷⁵ Ibidem, pp. 188.

⁶⁷⁶ Ídem, pp. 188.

juicios también es condición de la solidez de los fundamentos del Estado democrático (legislador-separación de poderes), dado que la validez de la decisión mayoritaria viene sostenida en los principios morales sustantivos⁶⁷⁷.

Esto da lugar a sostener algo relevante para el momento de la interpretación de las normas, en el que “sólo admitiendo la objetividad o algún grado de objetividad de los juicios morales parece posible mantener tanto la relativa determinación del Derecho, como el sometimiento de la ley precisamente a la Constitución y no a las variables o caprichosas concepciones del bien”⁶⁷⁸.

Esto quiere decir que el constitucionalismo estrictamente positivista defiende la tesis opuesta tanto a la discrecionalidad fuerte que admitiría el positivismo jurídico inclusivo o en todo caso es opuesta a la que propugna tanto el formalismo jurídico – positivismo decimonónico – que mantiene una idea de no existencia de discrecionalidad y por ello de indeterminación al considerar el Derecho pleno y coherente, o como el que defiende el constitucionalismo de los principios (Ronald Dworkin) que plantea la no existencia de discrecionalidad como tampoco de indeterminación pues el sistema jurídico es pleno y coherente y tampoco estaría de acuerdo con Robert Alexy que si bien existe discrecionalidad e indeterminación esta suele ser reducida con la argumentación moral externa al Derecho.

En este sentido, el autor Luis Prieto Sanchís considera que la interpretación es una actividad más o menos sujeta a las normas, en el que se mantiene siempre un ámbito de libertad o discrecionalidad, es decir, el marco de referencia normativa que evoca vinculación determina la discrecionalidad. Todo ello tiene una importante consecuencia, y es que el juez se convierte en un órgano de creación jurídica pero moderado; sin duda, en un órgano peculiar cuyo *modus operandi* le distingue del legislador, pero en un órgano que, al fin y al cabo, asume al menos en parte la responsabilidad creadora por la decisión que adopta⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, Ob. Cit., pp. 233.

⁶⁷⁸ Ídem.

⁶⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, Ob. Cit., pp. 129.

En este caso se puede decir que de esta postura no se reduce “al subjetivismo extremo, pues la interpretación es considerada una decisión más o menos discrecional en el ámbito de las posibilidades interpretativas del texto legal y, por ello mismo, susceptible de control racional”⁶⁸⁰.

Esta postura al parecer encuentra su base teórica en la defensa que hace Hans Kelsen sobre la idea de la imagen del marco normativo⁶⁸¹ que “constituye solo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de este marco, colmándolo en algún sentido posible”⁶⁸², lo que permite observar que existe un discurso que hace representar tanto la razón como la voluntad dentro del marco normativo.

3.3 Sobre la ponderación

En relación con la ponderación parece a primera vista contradictorio sostener la ponderación como método argumentativo que como señalamos anteriormente deja entrever un objetivismo moral que conlleva a la posibilidad de poder convertirse en un subjetivismo moral, para luego propiciar un positivismo estrictamente jurídico que pretende limitar las decisiones morales arbitrarias y subjetivas. No obstante, el autor se ha esforzado en presentarnos como podría adecuarse esta postura en el diseño del positivismo estrictamente jurídico. Cabe señalar como el mismo refiere que la superación de esta divergencia no se desarrolla a nivel teórico pues resulta complicado dada las condiciones estructurales en el que se desenvuelve la ponderación, sin embargo, el autor plantea que desde la estructuración del diseño institucional es posible superar tal dificultad⁶⁸³.

En este sentido, se piensa en el distinto modo de enfocar las antinomias entre ley y constitución y de arbitrar sus formas resolución, esto quiere decir que, “la ponderación parece mostrar también virtualidad en la aplicación de la Constitución y de la ley por parte de los jueces ordinarios, propiciando el

⁶⁸⁰ GASCÓN AVELLAN, Marina, “La actividad judicial: problemas interpretativos”, en Interpretación y argumentación jurídica, Editorial San Salvador - Consejo Nacional de la Magistratura. Escuela de capacitación judicial, El salvador, 2003, pp. 56.

⁶⁸¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Ob. Cit., p. 354.

⁶⁸² Ibidem, p. 351.

⁶⁸³ PRIETO SANCHIS, Luis, “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, Ob. Cit., pp. 243.

desarrollo de técnicas desaplicadoras: dado que el juicio de ponderación y proporcionalidad por definición no desemboca en la declaración de invalidez de ninguna de las normas en pugna, pues son normas constitucionales, permite también desplazar la aplicación de la ley adscrita o amparada por el principio circunstancialmente derrotado mediante una interpretación conforme y sin necesidad de cuestionar la validez constitucional”⁶⁸⁴.

Consecuentemente sostiene que el positivismo estrictamente jurídico mantiene una relación con una parte del constitucionalismo de los principios, sobre todo por aceptar no sólo la presencia de principios en la Constitución (aunque de modo diverso) sino también por aceptar la ponderación (aunque su aplicación se llevará a nivel ordinario y no constitucional).

Cierto tipo de positivismo por lo menos los que defienden un “positivismo excluyente” estarían en contra de la propuesta del constitucionalismo positivista, pero no sólo ello, sino también rechazarían esta presentación los que defienden rígidamente el constitucionalismo de los principios (constitucionalismo fuerte) quienes señalarían que no puede existir alguien que defienda la separación entre Derecho y moral correcta y al mismo tiempo sostener la utilización de la ponderación, porque justamente la conexión entre Derecho y moral se da en la tesis de la pretensión de corrección y en la ponderación.

Pues bien, para Luis Prieto Sanchis el constitucionalismo que defiende “no implica una transformación esencial o radical en el modo de aplicar el Derecho, ni en la relación entre los poderes, algo así como si la arbitrariedad hubiera sustituido a la certeza y racionalidad de la edad codificadora y los magistrados se hubieran convertido en fuente del Derecho”⁶⁸⁵. Esto quiere decir que esta postura al sostener la posibilidad de convivencia con la ponderación no significa que abrace sin más un judicialismo radical ni poner en duda la legitimidad del parlamento.

De modo que si esta es la posición señala el autor “no estaríamos muy lejos del constitucionalismo débil (...) la misión del Tribunal no sería entonces enmendar la labor legislativa desde la óptica de la más plausible atribución de

⁶⁸⁴ Ídem.

⁶⁸⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, Ob. Cit., pp. 206.

significado al documento constitucional, sino tan sólo cerrar el paso a leyes manifiestamente irracionales”⁶⁸⁶.

En todo caso ¿cómo se desarrollaría la ponderación en este contexto? Tendría una función distinta en los supuestos de control abstracto de leyes y en el control concreto de leyes, en el último se presentaría en su función positiva o de búsqueda de lo más adecuado según el criterio de ponderación, en el primer caso plantea una función negativa en el que no se soluciona en base a la ponderación. Es suma, la reserva de la ponderación para el juicio concreto mientras que se puede llegar a prescindir la técnica en el enjuiciamiento abstracto⁶⁸⁷.

Esto quiere decir que la ponderación únicamente desplegará sus efectos en el juicio concreto de la justicia ordinaria, cuya utilización estará condicionada por el límite de la norma o decisión constitucional pues como se señaló anteriormente la postura se adhiere a la relativa determinación en todas las normas en este caso bajo un criterio literal y sistemático es la Constitución (principios positivizados) y las decisiones que determine el límite idóneo para la interpretación por parte de un juez ordinario. En consecuencia, sólo desde este ámbito es donde la ponderación podría desplegar toda su virtualidad, es decir, la concepción positivista de la Constitución que se desarrollará a continuación cumplirá un rol esencial para restringir en la ponderación cierta arbitrariedad o subjetividad moral, pues esta será materializada por los jueces acudiendo a esa moral efectivamente incontaminada a la que se remiten las constituciones que han incorporado principios morales que están positivizados⁶⁸⁸.

3.4 La defensa de la dimensión jurídica de la Constitución sobre el discurso de la dimensión moral externa

El autor rescata una postura positivista de la Constitución del que rescata el verdadero límite para defender la seguridad jurídica e implícitamente sostener la evaporación de la decisión moral subjetiva y arbitraria que pretende imponer cierta concepción del Derecho.

En relación con los límites se pretende fundamentar desde la tesis de la regla de reconocimiento y de la autoridad que a su vez se sostiene en distintos

⁶⁸⁶ Ibidem, pp. 213.

⁶⁸⁷ Ibidem, pp. 214.

⁶⁸⁸ Ídem.

sentidos, teniendo en cuenta la conexión entre Derecho y moral social. En este sentido, “la famosa conexión con la moralidad sería parcial y formal: lo primero porque se circunscribiría a los criterios de reconocimiento y lo segundo porque se remiten principalmente al concepto de autoridad, en nuestro caso de autoridad democrática”⁶⁸⁹.

Los criterios de reconocimiento no hacen más que referencia a la Constitución que pretende alzarse como límite, es decir, en tanto que lo que recoge la Constitución es la moral social, esta “exige que se respeten los contenidos morales que la Constitución encierra”⁶⁹⁰, pues no sólo existe una relación entre juez y constitución desde el punto de vista de la asignación de competencia normativa de la autoridad que surge justamente por el contenido sustantivo institucionalizado, sino también en función a lo último, la relación Constitución-juez que plantea el condicionamiento del sentido del ejercicio⁶⁹¹.

Si esta es la afirmación entonces naturalmente se rechaza la tesis de la pretensión de corrección como lo comprende Robert Alexy y el Derecho como integridad sostenido por Ronald Dworkin, autores que son quienes podrían sostener que más allá de lo que se mantiene en la Constitución existen principios implícitos (moral externa) que no están positivizados y que tienen un papel esencial que cumplir en la rematerialización de la Constitución (moralización del Derecho). De este modo el autor “rehúsa cualquier enjuiciamiento moral de la norma que supere el marco sustantivo y procedimental definido por la Constitución (...). En otras palabras, la moral juridificada o conectada al Derecho se agota en la Constitución porque, más allá, la ley puede tener cualquier contenido, incluso un contenido injusto”⁶⁹².

Ahora bien, así se afirme la conexión del Derecho y la moral social a través de la Constitución esta postura no excluye un examen de la justicia sobre cada norma particular, en otras palabras, “tal vez sea inevitable que quienes adoptan el punto de vista interno hayan de limitar su aceptación moral a la regla de reconocimiento o al carácter legítimo de la autoridad que dicta las normas, pero esto lo único que pone de relieve es que dicho punto de vista no excluye, el juicio

⁶⁸⁹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 69.

⁶⁹⁰ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Ob. Cit., pp. 195.

⁶⁹¹ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Ob. Cit., pp. 69.

⁶⁹² Ídem.

moral sobre el Derecho desde la perspectiva del observador externo. Más exactamente la perspectiva de este último parece mejor preparada para responder a las preguntas sobre la moralidad del Derecho”⁶⁹³.

Es preferible para la “dogmática constitucional”, o bien un punto de vista moderadamente interno o si se prefiere moderadamente externo. Esto quiere decir que “permite comprender la dimensión moral presente en la Constitución, así como la aceptación de su obligatoriedad por parte de la mayoría de los operadores jurídicos, pero, con un cierto distanciamiento, permite comprender también que no toda la moral está en el Derecho, de manera que no siempre la mejor respuesta moral es también la mejor respuesta jurídica, y sobre todo, que dicha moral no representa la única o última palabra, es decir, que cabe el desarrollo de una moral crítica ajena al Derecho”⁶⁹⁴.

Al respecto se apunta que “este programa de dogmática constitucional conserva el postulado positivista de la neutralidad sin incurrir en la caricatura del antropólogo que trata de describir algún Derecho extraño. Conserva la aproximación avalorativa porque en ningún momento se ha dicho que el parámetro constitucional requiera adhesión moral; este funciona como criterio de validez sustantiva de la norma inferior, pero criterio jurídico a la luz de la Constitución, no necesariamente de la moral. Y evita la caricatura del antropólogo porque el constitucionalista se halla plenamente capacitado para discernir cuáles son los valores morales incorporados al sistema. (...) la dogmática constitucional operaría (...): los juicios de validez serían como juicios morales; pero sin olvidar que mantiene todo su sentido un punto de vista externo que distingue el Derecho y su moral de la moral crítica o racional y que, precisamente por ello, está en condiciones de pronunciar un dictamen externo (y no sólo interno) sobre la moralidad del Derecho”⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Ibidem, pp. 71.

⁶⁹⁴ Ibidem, pp. 63.

⁶⁹⁵ Ibidem, pp. 66.

CONCLUSIONES

1. La transformación del Derecho se produce en el constitucionalismo de los principios que es el sintagma que se utiliza para calificar de mejor manera a ciertas posturas que defienden una filosofía jurídica y una teoría del Derecho (Ronald Dworkin y Robert Alexy) dejando de lado el uso común denominado “neoconstitucionalismo” porque éste último representa ciertos problemas como el carácter general, complejo, nada novedoso, confuso, equívoco, ambiguo y vago. La pronunciación es elemental pues el constitucionalismo de los principios en este caso debe ser entendido como “el planteamiento de los límites al poder” en sentido de superación del positivismo tendencialmente iusnaturalista y esta encuentra razón en el uso del otro vocablo “de los principios” pues es a través de este complemento por el que la moral ingresa al Derecho. En este sentido, la relación de estos supuestos conviene en la reconstrucción de los sistemas jurídicos que mantienen defectos morales.
2. Teniendo en cuenta la pretensión del constitucionalismo de los principios en los actuales sistemas jurídicos contemporáneos este se puede desdoblar en diversos planos de enfoque, es decir, puede entenderse como un tipo de Estado de Derecho, como una filosofía política como una teoría del Derecho y como una filosofía jurídica. Cabe precisar que el surgimiento de este constitucionalismo se da a partir de la revisión y reflexión crítica frente a un tipo positivismo jurídico como el decimonónico que se gesta en el modelo de Estado liberal de Derecho en el que se defiende la tesis de la soberanía popular con un contenido conceptual fuerte, la separación de poderes y la codificación del Derecho; en la teoría del Derecho se defiende el imperio de la ley como única fuente del Derecho, en la teoría de la norma la relevancia de las reglas; y, en la teoría de la interpretación la tesis de la figura del juez automático o mecánico. A nivel de la filosofía jurídica el positivismo metodológico se caracteriza por la clara distinción entre derecho real y el derecho ideal o como bien se ha señalado entre el derecho que es y el derecho que debe ser, donde el jurista debe ocuparse sólo del primero, asumiendo frente al Derecho una actitud avalorativa o éticamente neutral.
3. El surgimiento del constitucionalismo de los principios responde a un dato histórico-jurídico en el que tiene que ver con la incorporación de los derechos (principios) en la cúspide de la Constitución proceso que se denominó la positivización de la moral en el Derecho, pero no sólo ello, sino también con la incorporación de la moral a través del razonamiento jurídico y que terminó por calificarse como la moralización del Derecho. En este sentido la rematerialización de la Constitución desenvuelve un papel fundamental pues no sólo existe un vínculo frente a los ciudadanos sino y con mayor razón frente a las autoridades.
4. Este acontecimiento ha conllevado según el constitucionalismo de los principios a un cambio genético en la teoría del Derecho y por ende en la filosofía jurídica. Ahora el constitucionalismo como teoría del Derecho sostiene que la transformación del sistema jurídico se realiza a través de

la teoría de las fuentes (muerte de la ley y preeminencia de la Constitución), de la teoría de la norma (al lado de las reglas están los principios y estos últimos son de una estructura especial) y de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho (menos subsunción y más ponderación), mientras que esta postura necesita ser alimentada por un discurso que ayude a su virtualidad, este no encuentra más complemento que en una filosofía jurídica que defiende una conexión necesaria y conceptual entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada, la presencia del participante o punto de vista interno y la obligación moral de las normas jurídicas.

5. El constitucionalismo de los principios en cuanto al efecto que ocasiona en la teoría de las fuentes, esta implica que ya no puede girar en torno a la ley sino ahora gira en torno a la omnipresencia de la Constitución, en el que como consecuencia de haberse producido la transformación de la Constitución formal a la Constitución material que implica no sólo la máxima forma de garantía (límites al poder) sino la directriz fundamental (vinculación al poder), ahora se produce el desbordamiento de las fuentes del Derecho en el que los ordenamientos jurídicos y en especial su sistema de fuentes se ha visto afectados por la apertura del sistema constitucional, esto es, el efecto en la supra-estatalidad normativa y el efecto en la infra-estatalidad normativa, el primero toma como referencia el salto de referencia normativa estatal producto de las relaciones internacionales (fuera del ámbito estatal) y el segundo hace referencia a la ampliación de competencias normativas situados entre el ciudadano y el Estado (dentro del ámbito estatal).
6. El constitucionalismo de los principios en cuanto al efecto en la teoría de la norma sostiene que la existencia de más principios que reglas en un sistema normativo, en tal sentido, la transformación cobra vigencia en la nueva estructura lógica de los principios que postula una muy diferente a las reglas. Los principios cuentan con un nivel alto de generalidad, abstracción y apertura, un carácter no concluyente y un peso (ponderación) que puede tomar virtualidad a partir de ser entendido como mandato de optimización, mientras que las reglas tienen un nivel bajo de generalidad, abstracción y de apertura, son concluyentes y no son susceptibles de ser pesados o ponderados como tampoco pueden entenderse como mandatos de optimización. A esta diferencia asumida por Robert Alexy y Ronald Dworkin se le denomina la distinción estricta o fuerte entre principios y reglas.
7. El constitucionalismo de los principios en cuanto al efecto de la teoría de la interpretación y aplicación de las normas ha propiciado una transformación sosteniendo que se debe dejar la subsunción y se debe implantar como mecanismo de solución de conflictos la ponderación, es decir, se debe pasar de la alusión “el legislador crea Derecho y el juez aplica”, que se produce en el contexto de la subsunción, a dos tipos de alusiones contemporáneas: en el caso de Ronald Dworkin “el legislador crea Derecho y el juez encuentra el Derecho” a través del Derecho como integridad y el de Robert Alexy que sostiene que “el legislador crea

Derecho y el juez reconstruye el Derecho” a través de argumentación ponderativa. En referencia al positivismo decimonónico se produce la concepción cognitiva tradicional de la interpretación jurídica cuya finalidad es poder evitar elementos ideológicos, políticos y éticos de quien aplique el Derecho, en cambio en el constitucionalismo de los principios se produce, en el caso de Ronald Dworkin, la concepción cognitiva contemporánea en el que el Derecho es pleno pues los principios morales son parte de la práctica tradicional del sistema jurídico y en sobre ella es factible encontrar la única respuesta correcta, por ello, según esta tesis se garantiza el objetivismo moral y se erradica las dimensiones subjetivas y arbitrarias, claro está que esto dependerá del juez (por ello su carácter ideal); mientras que en el caso de Robert Alexy sobre la premisa de que el Derecho es indeterminado se plantea una concepción argumentativa de la interpretación en el que es necesario que el juez al reconstruir el sistema jurídico, las normas o decisiones cuando las normas son extremadamente injustas (objetivismo moral) el juez debe argumentar (ponderar), de modo que de esta manera estaría evitando arbitrariedades y subjetividades morales, no obstante, una vez más esta dependerá del juez (pues la argumentación no abraza una racionalidad absoluta sino que a través de él se aspira a reconstruir una racionalidad fundamentable en el que debe descansar un objetivismo moral).

8. En cuanto a la filosofía jurídica que defiende el constitucionalismo de los principios (Robert Alexy y Ronald Dworkin). El primero sostiene la inclusión dentro del concepto de Derecho los efectos de la validez, asume que el sistema jurídico aparte de ser un sistema de normas es uno de procedimientos, adopta la postura del participante comprometido con las razones normativas jurídicas y morales, se circunscribe a una postura que afirma que los defectos morales, en tanto se dé la condición de la injusticia extrema no es Derecho, socaba la validez jurídica y que la injusticia por debajo de este umbral es parte del concepto de Derecho y que se acepta como derecho válido pero defectuoso y, por último, se adhiere a un concepto de moral crítica, objetiva, racional o correcta, que es entendida para Dworkin como aquel conjunto de principios verdaderos que son justos en sí mismos, con independencia de lo que los seres humanos consideren al respecto, mientras que para Alexy la verdad debe ser entendida en término de corrección u objetivo.
9. La tesis principal del constitucionalismo de los principios en el caso de Robert Alexy es *la pretensión de corrección* que sostiene el *argumento de la injusticia* (la fórmula de la injusticia extrema no es Derecho) y también sostiene el *argumento de los principios*, ambos postulados se encuentran asociados en una unidad inescindible.
10. La tesis de la *pretensión de corrección* sirve básicamente para conceptualizar o definir el Derecho, para concretar la conexión entre el Derecho y la moral correcta y fundamentada y para sostener la obligación de obediencia moral al Derecho, esta última afirmación se explica porque esta pretensión se encuentra implícita en el Derecho y que es independiente de las intenciones de los operadores. Pero también la

naturaleza dual del Derecho implica a la pretensión de corrección que una dimensión real y una dimensión ideal, es decir, comprende necesariamente el principio de seguridad jurídica (compromiso con lo que se expide autoritativamente) y el principio de justicia (exige que la decisión sea moralmente correcta). Justamente la naturaleza dual del Derecho es el fundamento de la tesis de la injusticia extrema no es Derecho (fórmula de Gustav Radbruch).

11. La pretensión de corrección que incluye la corrección moral u objetiva se expresa en dos aspectos: sobre el Derecho (normas, decisiones y sistema jurídico) en el que cobra virtualidad a través del *argumento de la injusticia* (injusticia extrema no es Derecho) y sobre la teoría del discurso racional práctico que se adecúa en la teoría del caso especial que conecta el Derecho con la moral procedimental orientando así a la justificación o fundamentación correcta. En ambos casos se da la presencia de la conexión conceptual y necesaria entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada.
12. La institucionalización de la razón es la concretización del concepto de Derecho prescriptivo, es una tesis más general que contempla el elemento de la *pretensión de corrección* anteriormente descrita, el elemento de la *democracia deliberativa* en el que todos los implicados discuten sobre la solución política correcta, lo que conlleva a que la democracia deliberativa debe presuponer la posibilidad de la racionalidad discursiva. El elemento de la *tesis del caso especial* en el que se afirma que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general; y, por último, el elemento del *argumento de los principios* que también se encuentra dentro de la pretensión de corrección, es a través de este argumento que se pretende hacer ingresar la moral en el Derecho y que se busca conectar, influir y relacionar los derechos fundamentales con la teoría de la argumentación (caso especial). Este argumento da por sentado la diferencia estructural-lógica (estricta) entre principios y reglas también avalando ciertas características de los principios.
13. *El argumento de los principios* sostiene que existe una relación procedimental entre el modelo de los principios y la conexión del Derecho con la moral, esto con la finalidad de entender el nivel de vinculación que existe más aún cuando mencionamos anteriormente que es a través de los principios que ingresa la moral en el Derecho. En el interior de esta relación procedimental suscitan tres acontecimientos, la tesis de la incorporación, la tesis de la moral y la tesis de la corrección. En este ámbito interesa la última tesis, así afirma que la tesis de la corrección es el resultado de una aplicación del argumento de la corrección dentro del marco argumentativo de los principios que tendrá como resultado la conexión necesaria en el Derecho y la moral correcta. Esta pretensión de corrección incluye la pretensión de moralidad que se extiende a los principios subyacentes. La moral correcta será en todo caso la moral fundamentada, esta moral tendrá el carácter de una idea regulativa en el sentido de un objetivo al que hay que aspirar, conduciendo así a una dimensión ideal necesariamente vinculada al Derecho. En suma. Se

evidencia que no sólo el argumento de la injusticia se plantea como la llave de ingreso de la moral en el Derecho sino también y sobre todo se puede advertir del argumento de los principios.

14. En conclusión, para Robert Alexy que se considera como un no-positivista incluyente sostiene que el concepto de Derecho surge cuando se relacionan tres elementos: el de legalidad, el de eficacia social y el de corrección material. Entendiendo así que la propuesta de definición del Derecho es prescriptiva, rechaza así cualquier interpretación de la separación entre el Derecho y la moral correcta porque es inadecuada que se sostenga desde el punto de vista interno. Desde este punto en todo caso es asimilable la identificación y reconciliación entre la filosofía jurídica del constitucionalismo de los principios y la dogmática constitucional porque tienen en común dos aspectos, el carácter prescriptivo y la pretensión de reconstruir el sistema jurídico.
15. El constitucionalismo de los principios para Ronald Dworkin es confesamente antipositivista, en el que se sostiene que su postura se encuadra en una tercera vía que media entre el Derecho natural y el positivismo. Esta alusión según señala se concretiza en la tesis de entender el Derecho como integridad, esta idea implica entender al Derecho como una práctica social específica cuyas exigencias orientan la actividad de los jueces. Este giro metodológico suscita básicamente en la etapa post-interpretativa y se plantea que no existen casos que no puedan resolverse jurídicamente, por ello, el principio adjudicativo de integridad sostiene que los jueces identifiquen los derechos y deberes legales hasta donde sea posible conforme a la correcta concepción de justicia y equidad. Así, se sostiene que existen ciertos elementos para entender la postura: la existencia de los casos difíciles en el que se producen desacuerdos teóricos, la diferencia entre la perspectiva interna y la externa en el que se adopta una interna (juez comprometido) debiendo tener siempre una actitud interpretativa.
16. La integridad debe ser entendida como "*coherencia de principio horizontal*", es decir, un sistema jurídico incluye un conjunto consistente de principios jerárquicamente ordenados que están implícitos o son presupuestos del Derecho explícito, por esta razón la teoría tiene una dimensión de adecuación como una dimensión de moralidad. La coherencia no es únicamente fidelidad a las decisiones anteriores, sino que el juez puede reconocer un derecho nuevo no reconocido en las decisiones anteriores, para ello el juez debe justificar su decisión con relación a los principios de justicia y de equidad.
17. El punto de vista interno conduce a la conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta en la medida que es el juez hércules quien pretende alcanzar la única respuesta correcta. En este extremo, la reconstrucción de un principio como jurídico obliga a descifrar la teoría del derecho más lógica y mejor fundamentada, esto quiere decir que, para determinar el contenido del Derecho se hace depender de valoraciones morales, pero no sólo de una concepción de justicia que se considere mejor fundada

sino que esta tiene que estar en relación con algunos principios que conforma una concepción, es decir, que la teoría ética se debe adecuar al esquema de los principios de justicia y equidad que subyace a las normas vigentes. Es en estos momentos donde se logra divisar el objetivismo moral en relación con un realismo moral – cognoscitívismo ético – que implica una realidad objetiva ontológicamente independiente de nuestro conocimiento.

18. La erosión de la Constitución en el constitucionalismo de los principios se produce por el fortalecimiento del objetivismo moral y del cognoscitívismo ético – norma moral objetivamente verdadera – y por el objetivismo moral racional – norma moral objetivamente racional –; además por la preferencia de la dimensión moral respecto de la dimensión jurídica. Estas dificultades conllevan a la función deconstructiva de la Constitución. La erosión de la Constitución implica el desgaste que se produce en la superficie de las normas constitucionales por el frotamiento de ciertas dimensiones morales externas y subjetivas a la Constitución.
19. Las propuestas de R. Dworkin y R. Alexy en el constitucionalismo de los principios pretenden la misma finalidad – reconstruir los sistemas jurídicos desde los fundamentos del objetivismo moral –. Dentro de estas posiciones hay una que es más extrema que la otra. En el caso de Ronald Dworkin califica como una postura más extrema – objetivismo moral fuerte – mientras que en el caso de Robert Alexy es menos extrema – objetivismo moral débil –, aunque como se señala en la investigación esta oscila con una versión fuerte toda vez que se defiende la tesis de la injusticia extrema no es Derecho; esto da como conclusión que en el caso de Alexy la defensa se haga entre una fundamentación racional y una fundamentación sustancial.
20. El objetivismo moral y cognoscitívismo en el caso de R. Dworkin se evidencia cuando se constata la relación entre filosofía jurídica prescriptiva y la moral objetiva – norma moral objetivamente verdadera – sobre la base de entender el Derecho como integridad (teoría interpretativa) que justamente es lo que permite al juez hércules omnisciente y esclarecido buscar la única respuesta correcta, que descansa en el objetivismo moral, en la práctica jurídica institucionalizada que se sostiene por los principios de justicia y equidad. En este sentido, el juez quien orientado por esta práctica y ese objetivismo moral que le subyace debe *encontrar* esa respuesta objetiva. El objetivismo moral – normas morales objetivamente verdaderas – está conectado con el cognoscitívismo ético, lo que significa que la existencia de normas morales verdaderas son tales porque existen hechos morales que hacen verdaderas las normas morales, esta afirmación ya es mayor pues se plantea en términos de realismo moral, en el que la realidad objetivamente ontológica es independiente de nuestro conocimiento.
21. Mientras que en el caso de R. Alexy el objetivismo moral se constata desde dos planos. El primero que se sostiene desde la norma moral objetivamente racional que se da a través de la tesis de la *moralización*

del Derecho en sentido negativo que sostiene la idea de pretensión de corrección del Derecho (sistema de normas, decisiones y de las normase) en él se desarrolla la tesis de la *injusticia extrema no es Derecho*. El segundo se plantea desde el panorama de la norma moral objetivamente racional que se sostiene en la teoría del discurso práctico racional. Es en este momento donde se evidencia el contenido ético mínimo y en consecuencia una conexión necesaria entre Derecho y moral correcta y objetiva. El modo de llegar a ese objetivismo no es más que a través de la racionalidad de la argumentación, en este se pretende sostener el contenido ético del Derecho, es decir, lo que se conoce como la *legalización de la moral* en él se plantea la *construcción* de una moral correcta a partir de una concepción procedimental del Derecho, para que suscite esta idea conecta *principios-argumentación-objetivismo moral*. En este caso la teoría de la argumentación se ve arrastrada por un objetivismo moral, es decir, se debe tener en cuenta a las teorías de la argumentación que recurren a moral objetiva, este debe entenderse como “moral justificada” con arreglo a la teoría ética, de ética normativa que debe sostener algún grado de objetivismo moral y además con arreglo al constructivismo moral, es decir, lo que es justo se define por el resultado del procedimiento, por lo que la objetividad no se concibe como un horizonte que la argumentación encuentra sino más bien como un producto que la argumentación construye.

22. La presentación de esta propuesta del constitucionalismo de los principios en R. Dworkin conllevan al problema de que: 1) ni aun así se puede considerar que efectivamente estos principios de justicia y equidad son los que garantizarán el límite a la virtualidad de las disposiciones normativas interpretadas, y 2) como también esta moral objetiva puede convertirse en moral subjetiva cuando no existen verdaderos límites para el juez. En el caso de R. Alexy se observa dos problemas: a) la existencia de la objetividad moral mínima que descansa en la tesis de la *injusticia extrema no es Derecho* y en la pretensión de corrección puede transformarse en un subjetivismo moral y arbitrario porque hay muchas teorías éticas sustanciales; y b) la argumentación jurídica en general o la ponderación en particular no garantiza la racionalidad absoluta en las decisiones, dando así posibilidad de convertirse en un subjetivismo moral.
23. Respecto a la preferencia de la dimensión moral sobre la dimensión jurídica el constitucionalismo de los principios sostiene una concepción de la Constitución entendida como el modelo axiológico fuerte de Constitución como norma, así se puede sostener de este plano la relación que existe entre la filosofía jurídica y la concepción de Constitución en el que el primero influye al segundo. Si esto es así lo que interesa de la Constitución es su dimensión moral y no su dimensión jurídica que puede quedar relegada en tanto existan defectos morales y que lo hacen a través de *ciertos principios o criterios argumentativos que constituyen razones justificativas* de la aplicación de las normas, tales razones residen fuera del ámbito de las disposiciones positivas. Estos criterios o principios (razones) no sólo sirven *para la misma justificación ética de la decisión* sino también sirve de hecho para la *justificación del procedimiento de*

aplicación de las normas. De modo que se deja entrever la relación entre el modelo de la Constitución de semblante axiológico que promueve la argumentación moral y justificación ética (objetivismo moral). En suma, la Constitución del constitucionalismo de los principios se vuelve un puente entre la moral y el Derecho, pero no sólo visto como una conexión necesaria entre el Derecho y la moral social sino entre el Derecho y la moral crítica, correcta o racional. Este tipo de modelo de Constitución presenta problemas pues cae en una sobrevaloración y repercute negativamente en los elementos sustanciales del Estado de Derecho, lo que promueve a un resquebrajamiento de sus principales presupuestos como la prohibición de la arbitrariedad y el subjetivismo moral.

24. En suma, la erosión de la Constitución se da porque el Derecho como integridad que plantea la búsqueda de la respuesta correcta como la pretensión de corrección que sostiene la repuesta correcta o fundamentada no conducen a soluciones idealmente justas o conformes a la moral objetiva que dicen pregonar. Tampoco existe una moral objetiva en términos de que es el juez hércules quien es el único ente omnisciente que puede encontrarlo o que el juez intenta a través de la argumentación reconstruir el sistema en base a la justificación moral, lamentablemente no se puede alcanzar esa objetividad moral de modo que termina convirtiéndose en un entramado subjetivo de moral arbitraria o de ciertas creencias personales o ideológicas que lo único que fortalecen es un estamento imperialista de la moral y de la élite.
25. Ante estos problemas graves se ha ofrecido una solución de propuesta que resulta compatible con el respeto de la seguridad jurídica y con el rechazo por lo menos a una arbitrariedad moral y subjetiva ampliamente descontrolada. Este no es más que el constitucionalismo estrictamente positivista defendido por Luis Prieto Sanchís. Se debe resaltar que este positivismo se diferencia del positivismo decimonónico. Así, el primero se presenta como un positivismo metodológico reformulado o refinado que es capaz de dar cuenta de las complejidades que muestra el sistema jurídico contemporáneo en el que se incorpora la dimensión sustancial a la Constitución. Este tiende a plantear la separación entre el Derecho y la moral crítica y racional y a no negar la conexión necesaria entre el Derecho y la moral social. Comprende una concepción positivista de la Constitución en el que se exige que se respeten los contenidos morales determinados y en el que se pone en relevancia la dimensión jurídica respecto a la dimensión moral. Sostiene la separación relacional o de grado entre principios y reglas distinta a la distinción estructural-lógica (diferencia estricta), además plantea que la interpretación de las normas debe estar orientada por la relativa determinación de las normas, de modo que, estas se consideran como límites a la interpretación, aunque cabe observar que acá se evidencia un mínimo de discrecionalidad, asimismo, defiende que la ponderación puede ser desarrollada por los jueces ordinarios acudiendo a esa moral incontaminada a la que se remiten las constituciones materializadas.

RECOMENDACIONES

1. La primera reflexión es de naturaleza filosófica-jurídica el cual implica tener en cuenta siempre el fundamento del Derecho en sentido general y de toda norma, institución o concepto en sentido particular, pues detrás de estas se ocultan perniciosas ideologías dominantes que pretende modelar el diseño jurídico, pues como es de conocimiento toda disposición normativa no es neutral. Por es recomendable proyectar los trabajos de investigación con relación a este ámbito del Derecho, para poder evidenciar o desenmascarar sus principales fines.
2. La segunda idea tiene que ver con el contenido del trabajo de investigación, en este sentido, es pertinente seguir observando el desarrollo del constitucionalismo de los principios y seguir criticándolo a efectos de mejorar el diseño constitucional en función a los intereses de la democracia, pues plantear una crítica como la erosión de la Constitución producto de los presupuestos del constitucionalismo de los principios no es más que preocuparse o por tomarse en serio la democracia y el Estado de Derecho.
3. La crítica al constitucionalismo de los principios implica respetar la dimensión normativa de las normas constitucionales a efectos de no caer en la denominada moralidad subjetiva y arbitrariedad como tampoco en un estamento de imperialismo moral y elitista, proponiendo un desgaste de la misma Constitución. Existen en diversas experiencias jurídicas, de prototipos de diseños institucionales en el que los jueces constitucionales (Cortes o Tribunales constitucionales) dominan la moral de las sociedades reduciéndolo a sus propias morales, esto es, hacen imperar su perspectiva moral y política por sobre lo que significa el objetivismo moral u objetivismo moral racional o por lo que significa la moral social. De modo que, la idea desde esta perspectiva es no dejar de criticar estas situaciones que le hacen daño a las sociedades y a sus valores democráticos.
4. La cuarta y última recomendación tiene que ver con que se debe defender un tipo de constitucionalismo que respete los cánones democráticos, este no es más que el constitucionalismo estrictamente positivista, su defensa se sostiene en razón a que sus postulados defiende una mínima vinculación normativa al momento de pretender la interpretación de las normas constitucionales que están cargadas de un contenido moral, de modo que, su vinculación mínima representaría una ausencia de erosión de la Constitución en los términos expuestos por el constitucionalismo de los principios.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en Manuel Atienza (traductor), en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, Nº 05, 1988, pp. 139-151.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, en Ernesto Garzón Valdés (traductor), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- "Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral", en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 43-70.
- *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, en Manuel Atienza e Isabel Espejo (Traductores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático". En *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas Derechos y libertades*, Madrid, 2000, 8. V (Ene-jun 2000), pp. 21-41.
- "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 22, Núm. 66, septiembre-diciembre, 2002. pp. 13-64.
- *El concepto y validez*, en Jorge M. Seña (Traductor), Segunda Edición, Gedisa, Barcelona, 2004.
- "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-13
- "Los principales elementos de mi Filosofía del Derecho". en A. D. Oliver-Lalana (traductor), en *Revista Doxa Cuadernos de filosofía del Derecho*, Nº 32, 2009, p. 67-84.
- "Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural", en *Revista de Derecho Foro Jurídico* Núm. 9 (2009), pp. 40-48.
- "Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento ha ido desarrollándose con el paso de los años", en Carlos Bernal (edición), *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra, Lima, 2011.
- "El no positivismo incluyente", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 36 (2013), pp. 15-23.
- "Constitutional Rights, Democracy, and Representation", *Rivista di filosofia del diritto* (IV, 1 /2015), pp. 23-36.

- AGUILÓ REGLA, Josep, "Sobre la Constitución del Estado Constitucional", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, Nº 24, 2001, pp. 429-457.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- "El Derecho como argumentación", en *Revista ISEGORÍA*, 1999, pp. 37-47.
- *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- "Cómo evaluar las argumentaciones judiciales", en *Dianoia*, Volumen LVI, número 67 (noviembre 2011), pp. 113-134.
- "A vueltas con la ponderación", en *Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, Nº 1 – 2010, pp. 1-15.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel, Barcelona, 2007.
- ATIENZA, M. y LAPORTA, F., "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", en *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del Derecho*, Nº 31, 2009, pp. 205-223.
- AARNIO, Aulis, "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", en Pedro Serna (traductor), *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 4, 2000, pp. 593-602.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, "Derechos, Constitución y Democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las constituciones actuales)".
- "El Estado Constitucional: apuntes para una comprensión de su significado histórico", *Revista historiográfica*, Nº 9, v (2/2008), pp. 86.
- *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p. 228-229.
- "Positivism jurídico y sistemas mixtos", en Ramos Pascua, J. A., y Rodilla, M. A. (Editores), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2013, p. 220.
- BARBERIS, Mauro, "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo moral", en Miguel Carbonell (Editor), *en Neoconstitucionalismo (s)*, en S. Sartre (traductor), Editorial Trotta, Madrid, pp. 259-281.

- “¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 37 (2014), pp. 325-335.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, Madrid, 2000.
- *Derechos y decisiones interpretativas*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- “El papel del juez en el Estado constitucional”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, Nº 22, 2005, pp. 113-130.
- BAYON MOHÍNO, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (compiladores), en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales, en Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho”, en *Serie doctrina jurídica*, Nº 244, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 17-35.
- “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 273-291.
- BOBBIO, Norberto, “La razón en el Derecho, (Observaciones preliminares)”, en *Doxa, Revista de filosofía del Derecho*, Nº 2, 1985, pp. 17-26.
- *El positivismo jurídico*, en Rafael de Asís y Andrea Greppi (traductores), Debate, Madrid, 1993.
- *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, en Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel (traductores), Trotta, Madrid, 2015.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. en Juan Luis Requejo e I. Villaverde (traductor). Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Baden - Baden. 1993.
- BULYGIN, Eugenio, “El problema de la objetividad en la moral y en el Derecho”, en *Anuario de filosofía jurídica y moral*, Nº 24, 2006, pp. 51-67.
- CARRIÓ, Genaro. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Editorial Abeledo-Perrot, monografías jurídicas Nº 131, Buenos Aires, 1970, pp. 21-38.

- *Notas sobre el Derecho y el Lenguaje*, Quinta edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- CALSAMIGLIA, Albert, “El concepto de integridad en Dworkin”, en *Doxa. Revista de filosofía del Derecho*, N° 12 (1992), pp. 155-176.
- “Prólogo. Ensayo sobre Dworkin”, en Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, en M. Guastavino (traductor), Barcelona, Ariel, 1995, pp. 7-29.
- CHIASSONI, Perluigi, *Técnicas de interpretación jurídica*, en Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora (traductoras), Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 161.
- COMANDUCCI, P., “Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico”, *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del Derecho*, N° 16, 2002, pp. 90-112.
- “La conexiones entre el Derecho y la moral”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derecho y libertades*, VIII (12), pp. 18.
- *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, Madrid, 2008.
- “La constitucionalización de los derechos fundamentales en el siglo XX: Dimensiones, rasgos y algunas consecuencias”, en Gregorio Peces-Barba Martínez y otros (directores), en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo IV, Siglo XX, Volumen VI, El derecho positivo de los derechos humanos, Libro I, Parte General, Dykinson, Madrid, 2013”, pp. 361-421.
- “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 23, 2011., pp. 74-96.
- COURTIS, Christian, “El juego de los juristas”, en Christian Courtis (Editor), *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pp. 106
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y Evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 25, enero-Abril / 1989, pp. 35-62.
- DE ASIS DE ROIG, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2005.

- “Sobre los rasgos de lo jurídico”, en Francisco Javier Ansuátegui Roig (Coordinador), *El Derecho en Red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 637.
- DE LIMA LOPES, “José Reinaldo, Reglas y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”, en Christian Courtis (Editor), *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- DELGADO PINTO, José, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, en *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 11 año VII (2002), p. 35.
- DORADO PORRAS, Javier, *Iusnaturalismo y positivismo: Dos versiones enfrentadas del concepto de Derecho*, en J. A. Ramos Pascua y M. Á. Rodilla Gonzales, *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 863-880.
- DWORKIN, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, en Javier Esquivel y Juan Rebolledo G. (traductores), *Cuadernos de crítica 5*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, pp. 4-54.
- *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985.
- “The Moral Reading of the Constitution”, en *The New York Review of Books*, 1996, pp. 46-50.
- *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones interpretativas de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1988.
- *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012.
- *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael y GARCÍA AÑÓN José, *Cómo se hace un trabajo de investigación en Derecho*, Editorial Catarata, Madrid, 2013.
- ENDICOTT A. O., Timothy, *La vaguedad en el Derecho*, en J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez (traductores), Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, en Andrea Greppi (traductor), Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, 2011, pp. 15-53.

- “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusmoralismo”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 311-360.
- FERNÁNDEZ, Eusebio y Rafael de Asís, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, en Gregorio Peces Barba y otros, en *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- “Iusnaturalismo”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (Editores), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 55-64.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “Una defensa de la rigidez Constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 23, 2000, pp. 29-47.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, en Manuel Martínez Neira (Traductor), Séptima edición. Editorial Trotta, Madrid, 2016.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en *Controversias constitucionales*, en Fabricio Mantilla Espinoza (coordinador), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 24-68.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Tercera Edición, Madrid, 1983.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*, Editorial Alianza, Madrid, 1993.
- GARZÓN VALDÉS Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 8, 1990, pp. 111-129.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- “Constitucionalismo y positivismo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, Núm. 54, Setiembre-diciembre, 1998, pp. 367-381.
- *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Editorial Trotta, 2009, Madrid.
- “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, en *Doxa Revista de filosofía del Derecho*, N° 22, 1999, pp. 195-220.

- GARGARELLA, Roberto, “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Helman”, en *Revista Latinoamericana de Derecho internacional*, 2015, pp. 4
- GASCÓN AVELLAN, Marina, “La actividad judicial: problemas interpretativos”, en *Interpretación y argumentación jurídica*, Editorial San Salvador - Consejo Nacional de la Magistratura. Escuela de capacitación judicial, El Salvador, 2003, pp. 51-69.
- GUASTINI, Riccardo, Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría. del derecho, en Jordi Ferrer Beltrán (traductor), Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.
- “Sobre el concepto de Constitución”, en Miguel Carbonell (traductor), *Cuestiones Constitucionales*, núm. 1, julio-diciembre, 1999, pp. 161-176.
- *Estudios sobre la interpretación jurídica*, en Marina Gascón y Miguel Carbonell (Traductores), Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (traductores), Instituto de Investigación Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México, Trotta, Madrid, 2008.
- “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía, Revista de teoría y filosofía del Derecho*, N° 43, 2015, pp. 11-48.
- “La interpretación de la Constitución”. en Piero Mattei-Gentili (traductor). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Volumen tres, Capítulo 56, 2016, pp. 2011-2086.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, en M. Jiménez Redondo (traductor), Trotta, Madrid, 1998.
- HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, en Genaro R. Carrió (traductor), Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, en Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo (traductores), *Sistema*, N° 36, 1980., pp. 3-18.
- “Postscriptum”, en Juan Manuel Pombo (traductor), en *La decisión judicial. El debate Hart -Dworkin*, estudio preliminar César Rodríguez – Bogotá: Siglos del hombre editores; Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997, pp. 89-141.
- IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

- HÄBERLE, Peter., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, en E. Mikunda (editora), Tecnos, Madrid, 2002.
- JANAMPA ALMORA, Juan José, *Los derechos sociales como derechos fundamentales: fundamentos, factibilidades y alcances de un Estado social mínimo*, Trabajo Final de Máster, Universidad de Salamanca, 2015, pp. 114-167.
- JANAMPA ALMORA, Juan José, *Perspectivas sobre la interpretación jurídica y constitucional. Una aproximación conceptual al problema*, Trabajo Final de Máster, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, pp. 71-84.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto. M. “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, en *Isonomía*, Nº 39, octubre 2013, pp. 83-126.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia Constitucional)*, en Rolando Tamayo y Salmorán (traductor), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de ensayos jurídicos, Núm. 5, 2001.
- *Teoría pura del Derecho*, en Roberto J. Vernengo (traductor), Quinceava Edición, Editorial Porrúa, México, 2007.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, “Argumentación jurídica e investigación en derecho, en Christian Courtis” (Editor), *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- LA TORRE, Massimo, Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 16. Septiembre-diciembre, 1993, pp. 67-93.
- LIFANTE VIDAL, Isabel., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- LUZZATTI, Claudio, Principi e principi: la generacità nel diritto, G. Giappichelli, Torino, 2012.
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, en Marcelo Mendoza Hurtado (traductor), Editorial Gedisa, Barcelona, 2001.
- MORESO, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Segunda Edición, Editorial Palestra, Lima, 2014.
- NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, M. Cristina, “Filosofía del derecho: problemas y posibilidades”, en Pablo E. Navarro y otros (Compiladores), en *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 17-38.

- OST, Francois, "Jupiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 4, número 8, 2007, pp. 101-130.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional, UNED, Teoría y realidad constitucional, núm. 10, 2007, p. 495-511.
- POZZOLO, Susanna, "Neconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 21-II (1998), pp. 339-353.
- "Neoconstitucionalismo", en *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, Nº 11, octubre 2016 – marzo 2017, pp. 142-151.
- PRIETO SANCHIS, Luis, *Ideología e Interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
- "El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de "El Derecho dúctil" de Gustavo Zagrebelsky)", en *Anuario de filosofía del Derecho XIII*, (1996), 125-158.
- "La doctrina del Derecho natural", en BETEGÓN CARRILLO, y otros, L., en *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, pp. 65-78.
- *Constitucionalismo y positivismo*, Editorial Fontamara, Segunda edición, México, 1999.
- "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *AFDUAM* 5 (2001), pp. 201-228.
- *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002.
- *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- "Sobre la identificación del Derecho a través de la moral", en *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 87-146.
- "Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34 (2011), pp. 229-244.
- *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Palestra, Colección pensamiento jurídico, Nº 13, Lima, 2013.

- “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral”, en *Revista de estudios sobre Justicia, Derecho y Economía*, Nº 1 (Julio-diciembre del 2014), p. 5-18.
- ROSS, Alf., *Sobre el derecho y la justicia*, en Genaro R. Carrió (traductor), Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquim, “El iusnaturalismo de John Finnis”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, BOE Tomo X, (1993), p. 375-376.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*. Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Creación y aplicación de la decisión judicial”, en *Anuario de filosofía del Derecho*, Nº 1, 1984, pp. 7-31.
- SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Segunda edición, 2003, Buenos Aires.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Editorial tecnos, Madrid, 1998.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WRÓBLEWSKI, Jersy, *Sentido y hecho en el derecho*, en Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría (traductores). Editorial Fontamara, Segunda Edición, México D. F., 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, en Marina Gascón (traductor), Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 109-130.
- *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, en Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira (traductores), Trotta, Madrid, 2014, pp. 125.