



Universidad Autónoma de Madrid
Facultad de Derecho

DOCTORADO EN
Derecho, Gobierno y Políticas Públicas

**DEFERENCIA AL LEGISLADOR: la vinculación del juez a
la ley en el Estado Constitucional**

Doctorando:
D. Pedro da Silva Moreira

Director:
Prof. Dr. D. Juan Carlos Bayón Mohíno

Madrid, 2018

Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica
Área de Filosofía del Derecho

**DEFERENCIA AL LEGISLADOR: la vinculación del juez a la
ley en el Estado Constitucional**

Trabajo de investigación presentado por
Pedro da Silva Moreira bajo la dirección
del doctor D. Juan Carlos Bayón Mohino,
para la obtención del grado de doctor en el
Programa de Doctorado en Derecho
Gobierno y Políticas Públicas de la
Universidad Autónoma de Madrid

Madrid, 2018

RESUMEN

El objeto de esta investigación es, en concreto, la vinculación del juez a la ley *en el Estado Constitucional*, en el que la Constitución establece una particular relación entre *derechos, jurisdicción y legislación*. Aquí, el problema de la sujeción del juez a la ley se hace especialmente agudo a causa, precisamente, de la incorporación de derechos, normalmente formulados en tanto que principios, a la Constitución. Por ello, tal y como advirtió Kelsen, su aplicación por la jurisdicción – y en particular por la jurisdicción ordinaria – puede resultar sumamente controvertida. Hay una disputa – a veces silenciosa e imperceptible – entre distintas concepciones del constitucionalismo, cuya pretensión es precisamente suministrar descripciones acerca de la manera adecuada de entender esta relación entre *derechos, jueces y legislación*. En la presente investigación, se argumenta que el “constitucionalismo de los derechos” es una concepción que conlleva el incremento del poder de los jueces, toda vez que pone un excesivo acento en la dimensión sustantiva de la Constitución, desatendiendo la dimensión institucional del Derecho. Se plantea, además, que es indispensable abrir camino a una concepción del constitucionalismo que esté *al servicio de la política* – el “constitucionalismo político” – porque solamente así es posible recuperar, en el seno del Estado Constitucional, la inteligibilidad de la forma, de la estructura, de la jerarquía y, a la postre, de la autonomía del Derecho. Y es desde este modo de comprensión del constitucionalismo desde el que cabe hablar de *deferencia al legislador*, porque en él se toma realmente en serio la “advertencia de Kelsen”. En la parte final de esta tesis, se elabora un argumento general en torno a lo que cabría llamar un modelo de *juez deferente*. En resumen, un *juez deferente* debe entender su actividad en términos institucionales, en el seno de un sistema dinámico y jerárquicamente estructurado. Por encima de todo, y en particular cuando la aplicación de la ley requiera algún ajuste a la luz de su justificación subyacente, un *juez deferente* debe presentar su decisión como algo capaz de dar continuidad a la decisión autoritativa del legislador.

Palabras clave: *Deferencia; Ley; Juez ordinario; Constitucionalismo; Estado Constitucional*

ABSTRACT

This doctoral dissertation addresses the question of how judges should understand his connection to the legislation in Constitutional State, in which the Constitution establishes a particular relationship between rights, jurisdiction and legislation. Here, this question becomes a delicate matter precisely because of the incorporation of rights, normally formulated as moral principles, into the Constitution. Therefore, as KELSEN properly warned, its application by the jurisdiction - and in particular by the ordinary jurisdiction - can be the object of a significant controversy. There is a dispute - sometimes a silent and imperceptible one - between different conceptions of constitutionalism, whose objective is to provide descriptions about the proper way to understand this relationship between rights, judges and legislation. This investigation proposes that the so-called "constitutionalism of rights" is a conception that increases the power of judges, once it puts too much emphasis on the substantive dimension of the Constitution and neglect the institutional dimension of Law. This doctoral dissertation also argues that it is essential to promote a conception of constitutionalism to serve politics - "political constitutionalism" - because only in this way is it possible to recover, in the heart of the Constitutional State, the intelligibility of form, of structure, of hierarchy and, ultimately, the very autonomy of Law. And by this comprehension of constitutionalism it is possible to talk about judicial deference to the legislators, because precisely in it the "Kelsen's warning" is really taken seriously. In the end, this investigation offers a general account about what could be understood as a model of deferent judge. In summary, a deferential judge must understand his activity in institutional terms, within a dynamic and hierarchically structured system. Moreover, and particularly when statutory interpretation requires some adjustment in the light of the underlying justification of a legal rule, a deferential judge must present his decision as a means to allow the continuity to authoritative decision of the legislator.

Keywords: *Judicial Deference; Legislation; Judge; Constitutionalism; Constitutional State*

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis doctoral es el resultado de más de cuatro años de investigación. Una gran parte de ellos vividos en Madrid, donde disfruté una acogida inolvidable. A pesar de ello, nunca dejé de estar vinculado a Brasil. Curiosamente, la experiencia de vivir en una ciudad tan encantadora como Madrid despertó en mí un sentimiento de *brasilidad* que no sabía que tenía. Quiero aprovechar esta oportunidad para dejar constancia de mi profundo agradecimiento a quienes – tanto en España como en Brasil – me ayudaron a completar esta, no siempre sencilla, pero del todo gratificante, etapa.

En primer lugar – y quiero referirme a él así – al *Profesor* JUAN CARLOS BAYÓN, mi director de tesis. El uso persistente del término “profesor” es una costumbre brasileña, de la que nunca logré distanciarme en nuestras conversaciones rutinarias. En este caso, el término es preciso. Mi más honda gratitud por todo el tiempo invertido en la lectura y corrección de la tesis, por la disposición para la interlocución e incluso por respetar mi libertad para equivocarme. Sobre todo, mi gratitud por dar el ejemplo.

A mis amigos españoles, latinoamericanos, suizos y brasileños que han permitido que mi estancia en Madrid fuese ante todo sana y, claro, un poco más divertida. A DIEGO SANJURJO, PEDRO LÓPEZ, CLARISA GANIGIAN, ISUÉ VARGAS, LUIZI RAVEL, DAVID MARTÍNEZ, GUILHERME FERREIRA, FELIPE GIACOMOLLI, FELIPE CORDERO, JUAN P. DÍAZ, ALEXIA PATO, PABLO SANABRIA. A mis amigos en Brasil. En especial, a CAIO ROHENKOHL, BRUNO LEAL, PEDRO BÚRIGO y BRUNO COLETTI, quienes, además de la genuina amistad, han contribuido con su espíritu crítico a la construcción de esta tesis. A FÁBIO CANDIAGO y a la DRA. JUSSARA LAHUDE, por la comprensión y paciencia.

A mi madre, a mi hermana y a mi tía Marisa, el núcleo familiar que sigue siendo un pilar para mí y que me incentivó de manera incondicional a lo largo de esta etapa. A mis suegros, a mis primos y a mi tía Tânia por el inmenso afecto.

A AILIME, mi esposa, por acompañarme en paseos nocturnos por las calles de nuestro “Barrio de Las Letras” y por estar siempre a mi lado. Pero, especialmente, por su generosa forma de amar: a pesar de la difícil convivencia con un doctorando poco disciplinado, aceptó casarse conmigo. El empezar y el terminar de esta tesis se deben, en esencia, a ella.

A la agencia CAPES (Ministerio de Educación, Brasil), por la beca que me ha dado la tranquilidad financiera para desarrollar esta investigación.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	15
---------------------------	----

CAPÍTULO I

LA ADVERTENCIA DE KELSEN

<i>Introducción</i>	21
---------------------------	----

1. LA CONTROVERSIA SCHMITT/KELSEN SOBRE QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN	30
--	----

1.1. Carl Schmitt: homogeneidad, decisión y el Jefe de Estado como defensor de la Constitución	34
--	----

1.2. Hans Kelsen: pluralismo, normatividad y el Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución.....	43
---	----

2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEY Y EL SENTIDO DE LA ADVERTENCIA DE KELSEN	48
--	----

2.1. Democracia y parlamentarismo en la filosofía política de Kelsen	50
--	----

2.2. El control de constitucionalidad al servicio de la política	56
--	----

3. EL JUEZ ORDINARIO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO DE KELSEN	61
--	----

3.1. Kelsen y la interpretación y aplicación del Derecho	63
--	----

3.2. La vinculación del juez a la ley en el constitucionalismo de Kelsen	72
--	----

4. CONCLUSIÓN: ¿CÓMO TOMAR EN SERIO “LA ADVERTENCIA”?	80
--	----

CAPÍTULO II

EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

<i>Introducción</i>	83
1. EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA	92
1.1. Ronald Dworkin: el constitucionalismo y la actitud filosófica del juez	98
1.1.1. La concepción constitucional de la democracia y la lectura moral de la Constitución	100
1.1.2. ¿Cómo razonar por principios? <i>Law as Integrity</i>	106
1.1.3. La vinculación del juez a la ley en el principialismo de Dworkin	113
1.2. Robert Alexy: el constitucionalismo discursivo y la institucionalización <i>judicial</i> de la razón	119
1.2.1. La pretensión de corrección y la doble naturaleza del Derecho	122
1.2.2. ¿Cómo razonar por principios? Reglas, principios y ponderación	126
1.2.3. Los principios formales y la dimensión institucional del Derecho	131
1.2.4. La vinculación del juez a la ley en el principialismo de Alexy	137
2. EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA	144
2.1. <i>La democracia a través de los derechos</i> , de Luigi Ferrajoli.....	149
2.2. La vinculación del juez a la ley en el constitucionalismo garantista	155
3. CONCLUSIÓN: “LA ADVERTENCIA DE Kelsen” REFORZADA	161

CAPÍTULO III

EL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

<i>Introducción</i>	167
1. EL ARGUMENTO DEL DESACUERDO	183
1.1. Los derechos fundamentales y la “cultura de la controversia”	188
1.2. ¿Y si hubiera algo de objetivo en la moralidad de los derechos?	197

2. EL ARGUMENTO DE LA CONTINGENCIA Y CONTEXTUALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA LEY	211
2.1. La justificación del control judicial de la ley: pregunta institucional y dependencia contextual.....	219
2.2. Formas de “diálogo” entre jueces y legisladores: cuatro ejemplos de constitucionalismo débil	231
2.2.1. Canadá y la singularidad de la <i>notwithstanding clause</i>	233
2.2.2. Reino Unido: la revisión judicial vía interpretación y declaraciones de incompatibilidad	239
2.2.3. Nueva Zelanda y Australia: el constitucionalismo más débil.....	247
3. EL ARGUMENTO DEL ESCEPTICISMO EN TORNO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	255
3.1. La protección legislativa de los derechos individuales.....	257
3.2. La protección judicial de los derechos sociales	263
4. EL ARGUMENTO DEL POSITIVISMO PRESCRIPTIVO	270
4.1. ¿Por qué ser positivista? (I).....	274
4.2. ¿Por qué ser positivista? (II)	282
5. CONCLUSIÓN: LA “ADVERTENCIA DE KELSEN” TOMADA EN SERIO	288

CAPÍTULO IV

DEFERENCIA AL LEGISLADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

<i>Introducción</i>	293
1. EL JUEZ DEFERENTE	306
1.1. El positivismo presuntivo y la parcela de poder político del juez ordinario	316
1.1.1. El reconocimiento descriptivo de la discrecionalidad judicial	316
1.1.2. La prioridad de la legislación en la aplicación del Derecho	320

1.2. El juez ordinario y la aplicación deferente de la ley.....	329
1.2.1. Entre en literalismo y el recurso a las razones subyacentes de las leyes....	332
1.2.2. El juez, la ley y la intención del legislador.....	341
2. EL JUEZ NO DEFERENTE	350
2.1. El juez y el uso de la ponderación	352
2.2. El juez y la interpretación conforme a la Constitución.....	357
2.3. El juez, la jerarquía y los efectos dinámicos de la interpretación	361
3. CONCLUSIÓN: EL JUEZ DEFERENTE ANTE “LA ADVERTENCIA DE KELSEN”	363
CONCLUSIONES	367
BIBLIOGRAFÍA.....	378

INTRODUCCIÓN

La proliferación de cartas y catálogos de derechos es un hecho incontrovertible. No sería exagerado afirmar que el “mundo de los derechos” es ya nuestra realidad. Tal vez no desde un punto de vista esencialmente fáctico o sociológico, que a menudo dista bastante de lo proclamado normativamente, pero sí, desde luego, en lo que se refiere al diseño de una parte significativa de nuestras constituciones actuales. Por lo general, nuestras constituciones suelen contener un nutrido conjunto de derechos, casi siempre formulados como principios, esto es, como normas de una marcada textura moral. Además, y como sabemos, nuestras constituciones suelen disponer de un elemento más: la presencia de un órgano jurisdiccional cuya función principal consiste en salvaguardar estos derechos y garantías fundamentales. Naturalmente nada de ello constituye una necesidad conceptual, sino que se trata de una mera constatación empírica, aunque, tal y como trataré de mostrar en su momento, no deja de contar con interesantes y sugerentes excepciones.

De todos modos, es habitual clasificar esta etapa de la historia constitucional, si es que resulta apropiado decirlo así, como una etapa marcada por la prominencia del Estado Constitucional. A los efectos de la discusión que tendrá lugar en esta investigación, el término “Estado Constitucional” puede ser entendido simplemente de esta manera: una forma de organización del Estado en la cual la Constitución *pone en relación de un modo particular derechos, jurisdicción y legislación*. En este sentido y siguiendo a BRUNO CELANO, los rasgos distintivos del Estado Constitucional de Derecho descansan en un doble carácter: (1) sustantivo, ante la incorporación normativa de principios y valores éticos; y (2) estructural, en razón de los mecanismos de garantía jurisdiccional de la Constitución¹. De ahí que se produzca una conjunción decisiva entre *derechos y jurisdicción*.

Nótese que lo anterior no es más que una sucinta descripción de los elementos definitorios del Estado Constitucional. Y, según creo, no parece haber controversia relevante a ese respecto, lo que es tanto como decir que podríamos dar por sentada la corrección de la descripción suministrada por CELANO. Ahora bien, la cuestión se vuelve

¹ Véase BRUNO CELANO, “Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione”, *Analisi e Diritto* (a cura di PAOLO COMANDUCCI y RICCARDO GUASTINI), 2004 (pp. 53-74), pp. 53-55.

interesante – y obviamente peliaguda – cuando se plantea de qué manera *debería* hacerse operativa esta relación entre *jurisdicción* y *derechos*, porque es aquí donde surgen los problemas vinculados al poder de los jueces para llevar a cabo la tarea de salvaguardar los principios y valores constitucionales. Y es precisamente al adoptar esta perspectiva cuando el enfoque exclusivo en los ingredientes que parecen definir el llamado Estado Constitucional puede provocar malentendidos o, por lo menos, una comprensión insuficiente de la cuestión.

Insuficiente porque, si nos dejáramos guiar en exceso por lo que nos revela esa descripción, podríamos llegar a pensar que el núcleo del problema del poder de los jueces está intrínsecamente conectado con el mecanismo específico de la garantía jurisdiccional de la Constitución, esto es, con la institucionalización del control de constitucionalidad. En consecuencia, podríamos llegar a la conclusión de que si alguna objeción hubiera que formular a la relación entre *jueces* y *derechos* habría que dirigírsela específica y necesariamente a la *judicial review*. A lo largo de la tesis, intentaré mostrar que esta forma de plantear las cosas no permite captar lo que realmente resulta esencial, aunque tal vez ayude a explicar un cierto énfasis en la discusión en torno a la objeción democrática a la justicia constitucional², una discusión que, en términos generales, concentra su atención en la pregunta acerca de si deberíamos o no otorgar a los jueces la última palabra para determinar el contenido y alcance de nuestros derechos. Sin embargo, y por mucho que la relevancia de todo ello sea en efecto innegable, creo que se trata de un enfoque insuficiente, precisamente porque pasa por alto lo que en definitiva parece implicar la centralidad de los derechos en el Estado Constitucional.

El problema de la relación entre *jueces* y *derechos* no se restringe a la cuestión de quién debe disponer de la última palabra para decidir si una ley vulnera o no un determinado derecho fundamental. El ideal de los derechos reclama una importancia aún más cardinal y acentuada. No es una casualidad que un autor como FRANCISCO RUBIO LLORENTE haya llegado a proponer la utilización del término “Estado de *Derechos*” en lugar de “Estado de Derecho”³. CARLOS SANTIAGO NINO, en el marco de la discusión en

² Volveré a este tema a lo largo de la tesis e intentaré mostrar que este debate, a los efectos de los objetivos de esta investigación, podría replantearse, leerse de manera sutilmente distinta. De momento, basta con hacer referencia al importante trabajo de VÍCTOR FERRERES acerca del tema, que, a mi juicio, parece haber impulsado – más allá de los confines del debate anglosajón – la discusión en torno a la legitimidad democrática de un *diseño institucional* que contemple el control de constitucionalidad de las leyes. Véase VÍCTOR FERRERES COMELLA, *Justicia Constitucional y Democracia*, 2ed, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

³ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 1116. Nótese que esta forma de comprender el Estado

torno a la incorporación de derechos a la Constitución, nos ofrece incluso un esbozo de lo que podría entenderse como la “constitución ideal de los derechos”⁴. Y, en términos más concretos, GUSTAVO ZAGREBELSKY, con independencia de la corrección de sus tesis normativas y también descriptivas, hace hincapié en la insoslayable centralidad de los derechos en el Estado Constitucional, señalando, a grandes rasgos, que la eficacia normativa de los principios constitucionales constituye una herramienta para el alcance de decisiones judiciales más justas⁵.

En efecto, el Derecho del Estado Constitucional parece estar al servicio de la consolidación y protección de los catálogos de derechos. Y ello entraña consecuencias decisivas para el ejercicio de la actividad judicial, en la medida en que no sólo la jurisdicción constitucional, sino también la jurisdicción ordinaria pasa a comprender su cometido en términos de maximización o plasmación del proyecto constitucional. El Estado no es ya “*de Derecho*”, sino “*de Derechos*”, con lo cual el viejo ideal del imperio de la ley – la forma, el procedimiento, la centralidad de las reglas, la certeza jurídica – se ve menoscabado frente al ideal de los derechos y del valor moral contenido en la dimensión sustantiva de la Constitución. A este proceso que afecta en particular a la jurisdicción ordinaria se le suele denominar *constitucionalización* del Derecho o, con alguna matización, *irradiación* de los derechos fundamentales. Sobre eso volveré con más detenimiento en el capítulo segundo. De momento, me parece oportuno señalar que, en este contexto, el segundo elemento distintivo del Estado Constitucional – la jurisdicción constitucional – pierde incluso la relevancia que tenía en un principio. LUÍS PRIETO SANCHÍS, por ejemplo, sostiene que el control formal de constitucionalidad podría en realidad resultar prescindible, ya que lo auténticamente importante estaría en el poder de los jueces ordinarios para manejar los principios constitucionales a fin de resolver de manera *correcta* los casos particulares⁶.

Si esto es así, no sería precipitado afirmar que la figura del juez ordinario se encuentra en el centro de la operatividad de los derechos en el Estado Constitucional.

Constitucional no tiene que ver con el análisis de los ingredientes institucionales conectados con el reparto del poder político y que se hallan en la parte orgánica de la Constitución. Un enfoque como este, que en realidad entiende la Constitución como límite al poder y también como forma de organización del poder, puede verse en CARL J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, 4ed., Waltham, Massachusetts, Blaisdell Publishing Company, 1968.

⁴ CARLOS SANTIAGO NINO, *La constitución de la república deliberativa*, trad. Roberto P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 70.

⁵ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, 10 ed., trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011.

⁶ Véase LUÍS PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 28.

Garantizar la Constitución ya no es algo que se hace simplemente desde una posición institucional determinada y de acuerdo con procedimientos y mecanismos específicos. En un “Estado de *Derechos*”, es la actividad judicial misma la que está orientada e informada por el ideal de los derechos, con lo cual se encomienda también a los jueces ordinarios la tarea de llevar a cabo la plasmación de las promesas constitucionales. Y es precisamente por ello por lo que resulta sumamente relevante la pregunta acerca del rol e importancia de la ley en dicho contexto; es decir, si la función judicial debe ser entendida sobre la base del compromiso con la aplicación de la dimensión sustantiva de la Constitución, ¿qué importancia puede concederse a la ley? De ahí que empiecen a justificarse las preguntas fundamentales de esta investigación: *¿en qué medida cabría hablar de vinculación del juez ordinario a la ley en el Estado Constitucional? ¿Es en realidad posible hablar de deferencia al legislador en un “mundo de derechos”?* En caso afirmativo, *¿de qué manera resultaría apropiado hacerlo?*

Con el objetivo de afrontar estos interrogantes, me parece decisivo hacer hincapié en una distinción fundamental, sobre la que volveré con frecuencia en esta tesis: una cosa es aceptar la descripción de CELANO acerca de los rasgos definatorios del Estado Constitucional, es decir, una cosa es aceptar que nuestras constituciones *ponen en relación derechos y jurisdicción* (algo que, en mi opinión, está fuera de duda); y otra, muy distinta, es aceptar que de ello se siga que los jueces ordinarios deban comprender su cometido en términos de maximización o consolidación de estos derechos en los casos concretos. Porque la verdad es que esto representa tan solo una ideología de la actividad judicial, que descansa, en última instancia, en una concepción contingente y disputable del constitucionalismo.

Uno de los argumentos centrales de esta tesis consiste en sostener que de hecho es posible hablar de deferencia al legislador en el Estado Constitucional. Y ello no tiene por qué implicar el rechazo de ninguno de aquellos rasgos definatorios, no tiene por qué implicar la negación de los derechos (formulados en tanto que principios) ni de la *judicial review*. Al contrario, mi propósito consiste en dar por sentada la existencia de todo ello y, así, hacer frente al problema de cómo tomar en serio la vinculación del juez a la ley *precisamente* en un “mundo de derechos”. Pero para ello será necesario entrar en la discusión acerca de la mejor concepción del constitucionalismo⁷, ofreciendo una

⁷ SUSANNA POZZOLO, por ejemplo, parece tenerlo muy claro al poner en contraste el “neoconstitucionalismo” (etiqueta de la que no me serviré en esta tesis) y el “positivismo”. Pero lo que la autora intenta demostrar, entre otras cosas, es que la modificación estructural que ha tenido lugar en el seno

descripción de las relaciones entre *derechos, legisladores, y jurisdicción* que mantenga la inteligibilidad y la solidez de la idea de deferencia al legislador. Y con el fin de elaborar mi planteamiento general me serviré de la siguiente estructura argumentativa y metodológica:

(1) En el primer capítulo, trataré de examinar lo que voy a denominar “la advertencia de Kelsen”. Mi objetivo consiste en investigar el sentido fundamental de la recomendación de KELSEN (en el seno de la querrela con SCHMITT acerca de quién debería ser el defensor de la Constitución) de que las constituciones no deberían incorporar principios en sus textos, pues ello podría dar lugar a una “insoportable” transferencia de poder político a la jurisdicción. Lo que me propongo es no solo hacer un análisis de la *Teoría Pura* y de la defensa kelseniana de la justicia constitucional, sino también – y principalmente – examinar los escritos de carácter político-filosófico de KELSEN. De ahí se desprenderá, en esencia, la siguiente conclusión: el constitucionalismo kelseniano era una concepción *al servicio de la política*, no de los derechos. Y es por ello por lo que resulta esencial, a fin de mantener el ideal de deferencia al legislador en el Estado Constitucional, recuperar el sentido político de su modelo de garantía jurisdiccional de la Constitución.

(2) En el segundo capítulo entraré en la discusión que, de modo aún embrionario, se ha empezado a esbozar en esta introducción. Me propongo examinar de manera detenida las concepciones del constitucionalismo propias de un Estado Constitucional entendido en tanto que “Estado de *Derechos*”; y las condensaré bajo la etiqueta “constitucionalismo de los derechos”. Voy a dividir esta concepción en dos vertientes distintas: el principialismo (cuyos autores principales serían ALEXY y DWORKIN) y el garantismo (de LUIGI FERRAJOLI). La conclusión que se desprenderá de dicho análisis será la siguiente: el constitucionalismo *al servicio de los derechos*, aunque se haya servido de la estructura de la justicia constitucional kelseniana, ha ignorado, en cambio, enteramente su función. Desde la perspectiva del “constitucionalismo de los derechos – sostendré – no se hace operativa la idea de *deferencia al legislador*, porque lo que

de la transformación del “Estado legalista” en “Estado Constitucional” no implicaría el abandono del positivismo en cuanto “método”. Aparentemente, el “neoconstitucionalismo” se encontraría en el plano de la política del derecho (aunque, según POZZOLO, resulte ambiguo precisamente porque no habría decidido si su cometido consistiría en hacer teoría o ideología), mientras que el positivismo se hallaría únicamente en el plano de la teoría. Véase SUSANNA POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, en MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ed., Madrid, Trotta, 2009 (pp. 187-210). Tal y como trataré de argumentar en su momento, esta forma de plantear las cosas suscita interesantes problemas. A mi juicio, el contraste no está enfocado adecuadamente y es por ello por lo que, como veremos en el capítulo tercero, me serviré de una concepción *prescriptiva* del positivismo jurídico.

realmente vincula la decisión es una clase de argumentación moral anclada en la dimensión sustantiva de la Constitución.

(3) En el capítulo tercero, intentaré mostrar, ante todo, que lo que está verdaderamente en discusión es la forma de concebir la relación entre *derechos, jueces y legisladores*. Voy a tratar de elaborar una concepción del constitucionalismo (sirviéndome de una etiqueta ya conocida: el “constitucionalismo político”) que permita tomar realmente en serio la vinculación del juez a la ley. Dicha concepción se construirá sobre la base de cuatro argumentos fundamentales: a) el desacuerdo, b) la contingencia y contextualidad del control judicial de la ley, c) el escepticismo en torno a la protección judicial de los derechos y d) el positivismo prescriptivo. El “constitucionalismo político” recobra el sentido profundo de la “advertencia de Kelsen” y es por ello por lo que, a fin de cuentas, constituye un horizonte de comprensión adecuado para que resulte verdaderamente operativa la noción de *deferencia al legislador*.

(4) Y finalmente, en el cuarto y último capítulo, trataré de ofrecer un planteamiento general de lo que podría entenderse como un modelo de *juez deferente*. En resumen, trataré de subrayar que el tema de la interpretación jurídica debe ser comprendido en conexión con el problema de la distribución general del poder político; es decir, con lo que llamaré “la pregunta institucional”. El *juez deferente* debe entender su actividad en términos institucionales, como alguien que está llamado a ejercer una determinada parcela de poder político. Sin embargo, aquí la palabra “determinada” resulta cardinal. El *juez deferente* debe comprender que forma parte de un orden normativo institucionalizado, de una práctica formalmente estructurada. Así que su cometido, en la interpretación y aplicación del Derecho, debe consistir en dar continuidad a la decisión autoritativa del legislador. De todos modos, si en último término esto puede resultar plausible, es algo que depende, en especial, de la comprensión del sentido de la “advertencia de Kelsen”, que se aborda a continuación.

I

LA ADVERTENCIA DE KELSEN

HANS KELSEN, en su famoso escrito *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*⁸, 1928, advirtió:

(...) la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible⁹.

Por “fraseología”, KELSEN se refiere a términos como *dignidad, igualdad, equidad, moralidad*, cuyo carácter abstracto permitiría que “cualquier regla jurídica”¹⁰ pudiera justificarse con arreglo a esos principios. Si la Constitución no determina el contenido de dichas fórmulas, ni tampoco enuncia criterios objetivos por medio de los cuales se debe entenderlas, la conclusión es que los órganos llamados a aplicarlas poseen amplio espacio de discrecionalidad para interpretarlas y darles un sentido específico. Y ello sucede precisamente por dos razones: (1) por más que se haya intentado, no tenemos a nuestra disposición una noción unívoca y verdadera para caracterizar, por ejemplo, la *igualdad*; (2) el modo como cada uno de nosotros comprende lo que es conforme a la *igualdad* se manifiesta de innumerables formas¹¹.

Esta última idea puede verse también a partir de la siguiente afirmación de JEREMY WALDRON, en la primera línea de *Law and Disagreement*, su más conocida obra: “*There are many of us, and we disagree about justice*”¹². “A” y “B” pueden aceptar con tranquilidad – en abstracto – el valor (o, si se quiere, la norma) de la justicia. Sin embargo, y en el marco de una sociedad pluralista, no hay por qué esperar que ambos coincidan en

⁸ En este trabajo se ha consultado la siguiente versión: HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. Juan Ruiz Manero, en HANS KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid, Editorial Debate, 1988 (pp. 109-155). Se trata de traducción al español de la versión originalmente publicada en francés, en 1928, en la *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et a l'étranger*.

⁹ HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 143.

¹⁰ HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 143.

¹¹ Ambos aspectos pueden encontrarse en la argumentación llevada a cabo por KELSEN. Vid. HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 142.

¹² JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, New York, Oxford University Press, 1999, p. 01. En realidad, la misma afirmación puede encontrarse en JEREMY WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 36, cuando el autor estudia la idea de “dignidad de la legislación” a la luz de la filosofía de KANT.

lo referente a la concreción de ese valor en un momento determinado. El desacuerdo constituye, a juicio de WALDRON, una de las circunstancias de la política¹³ y debería, por lo tanto, resolverse a través de un procedimiento que tomara en serio esas circunstancias.

Algo muy semejante es lo que sostiene KELSEN. Las líneas que anteceden la “advertencia de Kelsen” ponen de manifiesto exactamente el reconocimiento del *hecho del desacuerdo*. La aplicación de esos principios (*igualdad, justicia, equidad...*) es, para él, una operación realizada de manera más o menos arbitraria, que estriba necesariamente en la concepción política y moral del órgano aplicador. Si esto es así, lo que subyace a la “advertencia de Kelsen” es el “peligro” de que una ley pueda ser anulada en razón de las sencillas preferencias políticas de los jueces constitucionales. Y ¿por qué? Por el simple hecho de que el tribunal, así entendida su actividad, se convierte en “representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento”¹⁴. KELSEN parece, por tanto, rechazar la combinación entre justicia constitucional y principios constitucionales¹⁵. Está claro que, a su modo de ver, esa combinación podría implicar un desplazamiento de poder político “completamente contraindicado”¹⁶.

Con algunas matizaciones, pienso que no es desmesurado sostener la existencia de un *acuerdo* entre HANS KELSEN y JEREMY WALDRON. Puesto que no sería oportuno profundizarla en este momento, basta dar por sentada la conocida crítica de WALDRON al mismo desplazamiento de poder hacia los tribunales del cual nos habla KELSEN¹⁷. En cambio – y aquí deseo poner el acento – hay también un claro *desacuerdo* entre ellos. Podríamos sintetizarlo así: el planteamiento de KELSEN se sitúa en un proyecto destinado a *justificar* el control judicial de la ley; las consideraciones de WALDRON, por otra parte, dan respaldo a una fuerte objeción al control judicial de la ley¹⁸. KELSEN es el “padre”,

¹³ WALDRON señala las dos “circunstancias de la política”: (1) el desacuerdo moral y político; (2) la necesidad de actuar en cooperación, es decir, la acción colectiva. Vid. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 101.

¹⁴ HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 143.

¹⁵ Me refiero a principios constitucionales, en este capítulo, aún en un sentido más básico, como fórmulas de significado muy abierto, tal como el propio KELSEN parece entenderlos. Sabemos que, sobre todo tras los trabajos de RONALD DWORKIN y ROBERT ALEXY, la idea de “principio” adquiere significados un poco más sofisticados.

¹⁶ HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 143.

¹⁷ Para los propósitos de este capítulo, es suficiente mencionar la severa objeción de WALDRON a la resolución de nuestros desacuerdos (en temas esencialmente *de principios*) por los tribunales. Para WALDRON, si la justificación de la *judicial review* es, por ejemplo, protegernos de los abusos de la mayoría parlamentaria, es un “insulto” que, acudiendo precisamente a este tipo de argumento, un tribunal llegue a una decisión tras deliberar, discrepar y acudir también a la regla de la mayoría. Vid. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 15.

¹⁸ Conviene agregar, si bien habrá ocasión de comentarlo a lo largo del trabajo, que WALDRON matiza su reproche incondicionado a la *judicial review*. Vid. JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, 115, 2006 (pp. 1346-1406).

por así decirlo, del modelo europeo (concentrado) de control de constitucionalidad¹⁹. WALDRON es referencia obligada para quienes – en la actualidad – suscitan una objeción al control judicial de la ley.

KELSEN, al plantear la advertencia que da título a este capítulo, quiere evitar, para utilizar sus propias palabras, el poder “insoportable” de los jueces constitucionales²⁰. Pero, al contrario de lo que piensa WALDRON, no desea poner en cuestión el control de constitucionalidad. Todo lo contrario: defiende que el examen de constitucionalidad de la ley por una instancia *judicial* independiente, ajena en gran medida a las disputas políticas ordinarias, es esencial para la eficaz garantía de la Constitución. Incluso, cabría aducir que parte de nuestra creencia en la necesidad del control *judicial* de constitucionalidad tiene estrecha relación con el proyecto de justicia constitucional llevado a cabo por KELSEN a partir de la experiencia austríaca²¹ y, en particular, tras su defensa de un tribunal constitucional para Alemania, antes del derrocamiento de la República de Weimar.

¿Cómo, entonces, KELSEN y WALDRON podrían estar tan de acuerdo respecto de los peligros de la actividad de la jurisdicción constitucional? O, refinando un poco más la pregunta, ¿cómo pueden ambos hablar en términos de desacuerdo, aceptar la controversia política y moral en torno a los principios, subrayar que un tribunal no debería fallar sobre la base de principios y, en cambio, asumir posturas muy distintas en relación a la “institución” del control de constitucionalidad? Podría pensarse al menos en dos respuestas: (1) o bien el *hecho del desacuerdo* no constituye un rasgo definitorio para rechazar la justificación del control de constitucionalidad; (2) o bien KELSEN tenía en mente un proyecto teórico que poco tendría que ver con lo que WALDRON critica, es decir, el proyecto kelseniano, pese a que contempla el control judicial de la ley, no sería exactamente un “blanco” de las objeciones de WALDRON.

¹⁹ Vid. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, p. 32. Observa PEDRO CRUZ: “lo que caracteriza al sistema <europeo> tal como queda plasmado a partir de 1920, antes y por encima de cualquiera de sus conocidos elementos integrantes, es el haber hecho del control de constitucionalidad de las leyes una función *regulada, positivizada, racionalizada* y, en definitiva, *limitada*”. La referencia de PEDRO CRUZ al año de 1920 alude a la Constitución de Austria, de 1 de octubre de 1920, que consagró un modelo concentrado de control judicial de la ley, cuya competencia residía en un Tribunal Constitucional. El hecho de que HANS KELSEN haya participado intensamente en las discusiones y en la elaboración misma de la Constitución austríaca, en particular en lo que atañe al control de constitucionalidad (cit., pp. 251-262), justifica llamarle el “padre” de este “modelo europeo”.

²⁰ “(...) y no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”. HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 143.

²¹ Véase la nota a pie de página n. 19.

A mi juicio, las dos respuestas serían ajustadas. De hecho, reconocer el *desacuerdo* en la sociedad no me parece que constituya *condición suficiente* para hacer un reproche al control judicial de la ley. La decisión de establecer un diseño institucional que cuente con alguna especie de *judicial review*²² debe pasar por un balance que tome en consideración, entre otros elementos, también el desacuerdo y el *valor* de resolverlo en el ámbito de la deliberación política²³. Puede que concurran circunstancias de hecho, como por ejemplo la debilidad de las instituciones democráticas, que inclinen la balanza hacia alguna forma de control judicial de la ley. Todo dependería de un análisis según el contexto. Esto es algo que ha llegado a admitir incluso el propio WALDRON²⁴. Con todo, si bien la discusión es muy sugerente (habrá ocasión de estudiarla en su momento), no voy a detenerme en ella. Es que no se trata aquí de pensar estrictamente en la *justificación* de la *judicial review*.

La segunda respuesta, la cuestión sobre qué tipo de proyecto tenía KELSEN en mente, es por ello más interesante. Si KELSEN plantea una advertencia en la que recomienda que se evite llenar de principios las constituciones, si a él le parece que la actividad del juez constitucional no debería involucrar la definición del contenido de esos principios, es porque hay algo en su modo de *comprender* el control judicial de la ley que se distingue del objeto de crítica de WALDRON. Es como si KELSEN, en un hipotético regreso a los debates académicos, diera una ojeada a las objeciones actuales al control de constitucionalidad y dijera que comprende la crítica, comparte la preocupación, pero negara que su modelo de “control” tuviera algo que ver con lo que se está criticando. En

²² No estoy distinguiendo con rigor los tipos de “control judicial de la ley”, pues creo que ello, al menos en este momento, no serviría para reforzar o aclarar la argumentación. Es normal referirse a “control de constitucionalidad” como género de las especies difusa y concentrada, al igual que es común el uso del término *judicial review* para tratar de la experiencia norteamericana. Para los objetivos de este capítulo, lo importante es la idea general de control judicial de la ley (a veces, para evitar la repetición, adoptaré la expresión *judicial review*) a la vista de un catálogo de principios y/o derechos fundamentales. Dado que en parte significativa de los casos las constituciones contienen ese catálogo, el uso del término “control de constitucionalidad” también estaría adecuado. Pero lo esencial – conviene repetir – es tener en cuenta la idea de revisión/control judicial de la ley sobre la base de principios. De todos modos, un sugerente recorrido por los distintos diseños y modalidades de *judicial review* puede encontrarse en VÍCTOR FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values: a european perspective*, New Haven & London, Yale University Press, 2009.

²³ Es lo que defiende JUAN CARLOS BAYÓN al aceptar la idea de que la justificación del control judicial de la ley depende de razones contextuales. Habría que hacer un balance (BAYÓN hace referencia a un “planteamiento rawlsiano”) entre el *valor intrínseco* de la toma de decisiones por medio de un procedimiento que respete el principio de igual participación y su *valor instrumental*, que alude esencialmente a los resultados que pueden arrojar las decisiones. Vid. JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en MIGUEL CARBONELL Y LEONARDO GARCÍA J. (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, UNAM, 2010 (pp. 285-354), pp. 327-330.

²⁴ JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit.

resumen: ambos, si bien pueden discrepar en lo que atañe al control judicial de la ley, están de acuerdo al poner de relieve el peligro del desplazamiento de poder político hacia los jueces.

¿Y eso qué significa? ¿Por qué trazar este paralelo entre dos autores tan distintos y tan distantes? La respuesta, en definitiva, radica en el hecho de que para pensar el problema de la *función judicial*, para pensar el rol que deben tener los jueces – ordinarios o constitucionales –, no basta fijarse exclusivamente en la existencia o no del *mecanismo* del control judicial de la ley o en la existencia o no de la *institución* del tribunal constitucional. Que haya o no ese desplazamiento de poder político hacia la jurisdicción no depende sólo de una respuesta en términos de diseño institucional o del tipo de mecanismo destinado a controlar los actos del poder. Hay que tomar en cuenta – ante todo – la *forma de comprender* la actividad de controlar judicialmente la legislación.

Ahora bien, si aquí estamos interesados en las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la legislación o, mejor dicho, en la vinculación del juez a la ley, uno podría preguntarse por qué emprender este regreso a los fundamentos de la justicia constitucional en KELSEN. Me parece que, sobre todo en el día de hoy, no es posible (o por lo menos no sería recomendable) investigar la función del juez ordinario sin tener en cuenta las relaciones entre jurisdicción y Constitución. Y KELSEN, al elaborar un exitoso proyecto de jurisdicción constitucional, nos suministra elementos no despreciables para hacer frente a este tema. Y su “advertencia”, en verdad su *prescripción* en contra de la plasmación constitucional de principios muy abiertos en su significado, nos deja algunas pistas, a mi juicio, prometedoras.

Hay que buscar entender cuál es el significado, en KELSEN, de cosas tales como *democracia*, *derechos*, y la propia *Constitución*. Dependiendo de lo que se entienda por esta tríada, las funciones de la jurisdicción constitucional pueden adquirir contornos muy distintos. Y eso, por supuesto, tiene consecuencias inexorables para la jurisdicción ordinaria. Un juez, al examinar una demanda, al evaluar los argumentos de las partes, debe tener una idea de su relación con la Constitución (con los derechos que en ella normalmente están plasmados) y también de su relación con la legislación. Esa percepción, desde el punto de vista del juez ordinario, es aún más importante que una consideración vinculada únicamente a la *positividad* de los derechos fundamentales o al *mecanismo* de la *judicial review*.

En fin, la pregunta “¿*qué rol debe tener el juez?*”, que es, en términos generales, el *problema* de esta investigación, difícilmente puede contestarse a base de sencillas

aseveraciones de carácter *descriptivo* acerca del derecho positivo, tal y como la *normatividad* de los derechos fundamentales y la garantía jurisdiccional de la Constitución. Nótese bien: derechos fundamentales y garantía jurisdiccional de la Constitución son – de hecho – elementos marcadamente presentes en el proyecto de KELSEN. Sin embargo, la lectura de su “advertencia” sugiere que deberíamos indagar qué está por detrás de tal planteamiento, qué concepción del Derecho, de la democracia y de la propia Constitución puede extraerse del pensamiento kelseniano.

Eso es así – creo – porque un juez ordinario (y lo mismo sirve para el juez constitucional), en el ejercicio de su actividad, no se siente vinculado “asépticamente” por el diseño institucional en el que opera. Hay concepciones de naturaleza política que orientan e informan su actividad en el seno de determinado esquema institucional. Por “naturaleza política”, no me refiero a una preferencia ordinaria, de tipo ideológico y personal, sino más bien a una “ideología” de la propia actividad, a concepciones de “naturaleza política” que han justificado cosas como la separación de poderes y, en el caso de KELSEN, justifican la defensa del control judicial de la ley²⁵. Aunque pueda pensarse que la jurisdicción constitucional es consecuencia lógica del valor normativo de la Constitución, convendría advertir que esto no es tan obvio²⁶. Pero tampoco es lo más relevante, sobre todo si de lo que se trata es de reflexionar sobre la *actividad* jurisdiccional. Hay razones de fondo filosófico-político para defender *una forma* de ejercicio del poder y no otra. La “justicia constitucional” sólo puede ser adecuadamente entendida si se investigan esas razones y, por supuesto, lo mismo vale para comprender la función de los jueces *allí donde se consagra algún tipo de revisión judicial*.

Esas razones de naturaleza política se hallan en los escritos de KELSEN. Sus obras sobre el valor y los fundamentos de la democracia, los problemas del parlamentarismo, la teoría del Estado, la discusión acerca de la relación entre socialismo y democracia, aparte de otros temas a los que KELSEN dedicó profundo interés, forman parte de un conjunto de argumentos que constituye su *filosofía política*. La vida política, en KELSEN, tiene valor. La democracia es un valor. La tolerancia y el pluralismo, además de la libertad y de la participación política, también son valores. KELSEN, es verdad, insiste en la validez relativa de esos valores, lo que no le impide poner de relieve las razones por las cuales

²⁵ No hablo necesariamente de la *misma concepción* de naturaleza política. Quiero decir que hay razones de fondo político para que se haya defendido, por ejemplo, la separación de poderes y, en el caso de KELSEN, hay razones de la *misma naturaleza* que amparan la opción por un tribunal constitucional.

²⁶ Por lo que respecta a este punto (al que se volverá sucintamente en esta tesis), véase CARLOS SANTIAGO NINO, *La constitución de la república deliberativa*, cit., p. 269.

deberíamos luchar por edificar una comunidad política fundada en esos valores relativos. ¿Sería todo eso un trabajo paralelo, desconectado de la noción de justicia constitucional? Pienso que no. Pienso, en realidad, que es la “advertencia de Kelsen” la que nos permite ver con más claridad esta conexión.

KELSEN es conocido por su famosa *Teoría Pura del Derecho*. En virtud de ella, también se le considera un científico *formalista*²⁷, por elaborar una ciencia del derecho solamente formal, ajena a los valores suministrados por la política y ajena a las aportaciones fácticas derivadas de la sociología²⁸. En cierto modo, es justo describirlo así. Pero sólo en cierto modo. Sus escritos político-filosóficos nos revelan *otro Kelsen*, preocupado por los temas del párrafo anterior. Me pregunto, en cambio y enfáticamente, si el KELSEN filósofo-político es de hecho *otro Kelsen*²⁹. LARS VINX, en un sugerente y concienzudo estudio sobre la *Teoría Pura*, escribe lo siguiente: “La elección de un concepto de derecho es inseparable de cuestiones teórico-políticas sobre la mejor forma de gobierno”³⁰. KELSEN “no está usando dos sombreros diferentes cuando habla como científico del Derecho o cuando habla como filósofo de la política”³¹, concluye VINX. Se trataría, por lo tanto, de un sólo proyecto teórico³².

²⁷ KELSEN dedicó un trabajo en particular para contestar a esta acusación de que él sería un mero “formalista”. Vid. HANS KELSEN, “Legal formalism and the pure theory of law”, en ARTHUR JACOBSON and BERNARD SCHLINK (eds.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2000 (pp. 76-83). El texto fue originalmente publicado en lengua alemana, en 1929. Creo que este pasaje representa un buen resumen de la respuesta de KELSEN, aparte de poner de relieve – una vez más – que la teoría pura no tiene nada que decir sobre la corrección del Derecho y de su aplicación: “How can one express one’s disappointment in the fact that the Pure Theory of Law not only fails to provide a useful ideology – for the right or for the left – but even combats scholarship that willingly offers such an ideology? Very simply: by arguing that the Pure Theory of Law is formalistic” (p. 79).

²⁸ La primera página de la *Teoría Pura* ya pone de manifiesto el reto de KELSEN de distinguir su objeto, de elaborar una ciencia jurídica pura, libre de consideraciones políticas o de afirmaciones sobre cómo debería ser el Derecho. Vid. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 15.

²⁹ La expresión “otro Kelsen” la recojo del título del libro “El otro Kelsen”. Vid., OSCAR CORREAS (compilador), *El otro Kelsen*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1989. La presentación a cargo de OSCAR CORREAS ya niega, de entrada, la existencia de “otro Kelsen”. Hablar del otro Kelsen es un recurso de estilo. Así lo dice claramente CORREAS: “La Teoría ‘pura’ no es una ciencia sino una filosofía política que, por razones políticas, quiere fundar una ciencia apolítica” (cit., pp. 09-10).

³⁰ La traducción libre es mía. En el original: “The choice of a concept of law is therefore inseparable from political-theoretical questions about the best form of government”. LARS VINX, *Hans Kelsen’s pure theory of law: legality and legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 28.

³¹ Traducción libre del original: “Kelsen is not wearing two different hats when speaking as legal theorist and when speaking as political philosopher” (LARS VINX, *Hans Kelsen’s pure theory of law: legality and legitimacy*, cit., p. 16).

³² No pretendo asumir la tesis de VINX, es decir, creo que el argumento general del presente trabajo no necesita suponer que cualquier concepto de Derecho estriba necesariamente en fundamentos normativos. En el capítulo III, entraré a discutir tangencialmente ese tema en lo que llamaré “el argumento del positivismo prescriptivo”. De momento, basta con señalar que la filosofía política de KELSEN arroja luz sobre su idea de “constitucionalismo” y, en concreto, sobre la interpretación jurídica en el Estado Constitucional. Lo que VINX sostiene es que la “teoría pura”, en cuanto proyecto descriptivo y general, no

Ese espíritu de curiosidad ante el pensamiento *político* de KELSEN nos ayudará a afrontar este capítulo con el fin de entender el sentido de la “advertencia de Kelsen” y sus implicaciones para la actividad del juez ordinario. Debo confesar que esa advertencia siempre me llamó la atención. No entendía muy bien cómo estudiábamos los textos de KELSEN sobre la jurisdicción constitucional (para comprender el control de constitucionalidad de nuestros días) y, a la vez, pasábamos por alto aquella advertencia, como si fuera un *obiter dictum* en relación a la *ratio* del argumento en favor del control judicial. Me preguntaba si no había una razón para manifestar tanto escepticismo hacia los principios; o, mejor dicho, tanta desconfianza respecto de la concreción de esos principios por la jurisdicción. Me preguntaba, comparando la lectura de KELSEN con la realidad de nuestro “constitucionalismo”, si seguíamos hablando del mismo objeto.

Este capítulo se destina a estudiar ese objeto. ¿De qué está hablando en realidad KELSEN? ¿Qué concepción de democracia se halla en su obra? ¿Cuál es el rol del parlamento? ¿Cómo debe determinarse el contenido de la *justicia*, de la *igualdad*, de la *libertad*? En fin, ¿qué tipo de control judicial de la ley ejercería un tribunal constitucional vinculado al proyecto kelseniano? Si logramos responder de modo consistente a esos interrogantes, desvelaremos cuáles son los rasgos de naturaleza política que *fundamentan* la actividad del juez ordinario en el programa kelseniano: a qué está vinculado; cuál es su posición institucional; cómo se relaciona con la legislación y con la Constitución; y, por fin, si hay – en KELSEN – algo así como un programa, aunque mínimo, destinado a la interpretación y aplicación del Derecho.

La necesidad de acercarse a esas concepciones políticas de fondo, dado que ya vimos que no es suficiente fijarse en el *resultado* del esquema institucional, puede ilustrarse con un ejemplo. Dos juristas diferentes pueden coincidir respecto de la conveniencia de la jurisdicción constitucional. Pero también es verdad que pueden discrepar en la *forma de ver* la Constitución, las atribuciones de la política parlamentaria y el propio Derecho. Y ello, en definitiva, cambia todo. Cambia la propia jurisdicción constitucional y cambia, en particular, la jurisdicción ordinaria, si se admite que la Constitución tiene algo que decir – *normativamente* – a los jueces en general.

tendría sentido aislada de la filosofía política kelseniana. Esa es una tesis fuerte, controvertida y que cuenta con mi curiosidad. Pero no voy a suscribirla aquí. Para una crítica a la tesis de VINX, véase MICHEL TROPER, “Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy (book review)”, *University of Toronto Law Journal*, v. 58, n. 04, 2008 (pp. 521-527).

Vayamos a un ejemplo concreto. ¿Qué tipo de decisión podría esperarse de un juez constitucional que comprendiera el Derecho a la manera de CARL SCHMITT o tuviera, como el mismo SCHMITT, una concepción firmemente crítica a la democracia parlamentaria? No me parece implausible dicha hipótesis. No tiene por qué darse por sentado que los jueces conservan la misma concepción del Derecho. ¿Acaso ese desacuerdo a nivel de las concepciones, en la forma de comprender, por ejemplo, la función de la Constitución³³, no resulta importante en orden a reflexionar sobre la vinculación del juez a la ley? Es de todos conocida la polémica entre HANS KELSEN y CARL SCHMITT sobre quién debe ser el defensor de la Constitución. La respuesta a esta pregunta ya es también muy conocida: para SCHMITT, el Jefe de Estado debería defender la Constitución; para KELSEN, el tribunal constitucional debería hacerlo.

Intentaré acercarme al pensamiento político de KELSEN deteniéndome en primer lugar en sus diferencias en relación al proyecto de CARL SCHMITT. Mi objetivo es poner de relieve que las concepciones de *fondo*, de naturaleza política, de *filosofía política*, son esenciales para comprender la defensa o el reproche a determinado diseño institucional, de manera que lo que acaba marcando la polémica entre los autores no es tanto la opción institucional, el *resultado*, sino más bien estas mismas concepciones de trasfondo. Además, ese es el contexto en el que KELSEN escribe *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* y plantea su “advertencia”, la advertencia que intitula este capítulo.

Tras esta presentación de la querrela SCHMITT/KELSEN, antecedida de una muy breve introducción respecto de la situación política en Weimar, seguidamente se analizarán los rasgos definitorios de la *filosofía política* kelseniana, con especial atención a su entusiasmo por la democracia parlamentaria, como centro de la formación de la voluntad estatal. Mi objetivo es sentar las bases para responder a una de las preguntas de este capítulo: *¿qué control judicial de la ley forma parte del programa de Kelsen?* Estimo que ese camino nos ayudará a entender el sentido de la “advertencia de Kelsen” y establecerá el fundamento para comprender, en un apartado final y más vinculado al interrogante central de esta investigación, las relaciones entre el *juez ordinario*, la ley y los derechos fundamentales desde esa perspectiva teórica.

³³ Acorde con ESTÉVEZ ARAUJO, interpretando a SCHMITT, “la concepción de Constitución como decisión proporciona, pues, un criterio de interpretación: la Constitución debe ser interpretada como si fuera producto de una voluntad unitaria y coherente. La Constitución entendida como decisión se convierte, además, en un instrumento para identificar al enemigo y excluirlo de la legalidad”. JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La Crisis del Estado de Derecho Liberal: Schmitt en Weimar*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989.

1. LA CONTROVERSIA SCHMITT/KELSEN SOBRE QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

La República de Weimar (1918-1933) marca un periodo sobremanera interesante en la historia de las ideas político-jurídicas. Es casi una especie de laboratorio para politólogos, sociólogos y juristas. La heterogeneidad de las fuerzas políticas³⁴ y la resistencia hacia el nuevo orden constitucional³⁵ no se sitúan exclusivamente a comienzos de la experiencia republicana. Puede decirse que la falta de consenso sobre la forma del Estado, la dificultad de entendimiento acerca del significado de los derechos fundamentales y la continua desconfianza respecto de las instituciones democráticas se proyectan hacia todo el periodo de Weimar. La inestabilidad política, agravada por la crisis económica³⁶ y por las humillaciones derivadas del Tratado de Versalles, es sin duda la huella más profunda de Alemania entre el fin de la primera guerra y la ascensión del nacional-socialismo al poder.

Todo ello se convierte en suelo fértil para la eclosión de grupos políticos extremistas, tanto a la izquierda como a la derecha³⁷. A comienzos del año 1920, por ejemplo, se produce una rebelión obrera, organizada por los sindicatos y por los partidos socialistas³⁸, con el confesado propósito de instaurar un modelo político de “consejos”, inspirado en la experiencia bolchevique en Rusia. La “dictadura del proletariado” es un objetivo confesado y demanda la intervención directa del gobierno para disolver el intento

³⁴ FRANZ NEUMANN señala, además, el carácter profundamente dividido de la Alemania de Weimar (y pre-Weimar). Vid. FRANZ L. NEUMANN, “The decay of German democracy”, en WILLIAM E. SCHEUERMAN (ed.), *The Rule of Law under Siege. Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, California, University of California Press, 1996 (pp. 29-43), p. 29.

³⁵ GERHARD ANSCHÜTZ, en un discurso en la Universidad de Heidelberg que aparece originalmente en alemán en 1922, pone de manifiesto la fuerte oposición interna a la República de Weimar. Vid. GERHARD ANSCHÜTZ, “Three guiding principles of the Weimar Constitution”, en ARTHUR JACOBSON and BERNARD SCHLINK (eds.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2000 (pp. 132-150), p. 133.

³⁶ En 1929, había un 13.3% de paro. En 1931, el porcentaje creció hasta el 34.7%. En 1932, casi la mitad de los miembros de los sindicatos se encontraban en el paro. Vid. FRANZ L. NEUMANN, “The decay of German democracy”, cit., p. 38.

³⁷ Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 80-81.

³⁸ Aquí, SOSA WAGNER habla específicamente de la fecha del 14/03/1920, incluyendo en el intento de golpe a los socialistas (mayoritarios, independientes y comunistas). Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 48. FRANZ NEUMANN, por su parte, es más enfático. Aduce, refiriéndose exclusivamente al Partido Comunista, que había un interés en derribar la democracia parlamentaria, sustituyéndola por la dictadura bolchevique. Vid. FRANZ L. NEUMANN, “The decay of German democracy”, cit., p. 39.

de golpe y restaurar la normalidad. Pero la normalidad difícilmente se instauraría por mucho tiempo³⁹.

Desde la otra banda del espectro político, puede mencionarse el surgimiento del partido nacional-socialista (1923, en Baviera⁴⁰). Con el uso de la agitación pública, sus dirigentes se pronunciaban en contra de por lo menos cuatro elementos: (1) el espíritu de la Constitución de Weimar; (2) el cumplimiento de las obligaciones impuestas por los aliados (Tratado de Versalles); (3) el sistema parlamentario; (4) el capitalismo internacional⁴¹. Ya sabemos qué va a pasar en 1933 con la subida de Hitler al poder. Pero conviene registrar el *golpismo* de Hitler ya diez años antes, en el fracasado golpe (*putsch*) de la cervecería, en Múnich. Eso demuestra que la República de Weimar hacía frente a una suerte de extremismo político que crecería con el transcurso de los años y que demandaba del gobierno central constantes intervenciones de excepción⁴².

Se trataba, con todo, de “poderes excepcionales” autorizados constitucionalmente. El Presidente del Reich recurrió por sucesivas ocasiones al art. 48 de la Constitución de Weimar (11 de agosto de 1919). El art. 48.2 posee especial relevancia porque permitía la suspensión de un listado de derechos fundamentales (libertad de la persona, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, libertad de prensa, etc.) cuando se produjese una amenaza grave al orden y a la seguridad pública⁴³. Si fuera preciso, también se le permitía al Presidente acudir a las fuerzas armadas. OTTMAR BÜHLER, en sus comentarios

³⁹ En verdad, se suele hablar de un momento de más estabilidad (política y económica) en la República de Weimar, precisamente entre los años de 1924 y 1929. Véase, por ejemplo, E.J. FEUTCHWANGER, *From Weimar to Hitler: Germany, 1918-33*, 2. Ed., London, Macmillan Press LTD, 1995, p. 144. Véase también EBERHARD KOLB, *The Weimar Republic*, 2. ed., trad. P.S. Falla and R. J. Park, London & New York, Routledge, 2005, p. 53.

⁴⁰ Antes de 1923, el partido nacional-socialista estaba completamente restringido a Baviera. Representaba una de tantas organizaciones en el espectro del nacionalismo de derecha. El *putsch* de la cervecería, aunque fue un fracaso, no menoscabó el prestigio de Hitler en los círculos de la derecha nacionalista. Tanto es así que su juicio, entre febrero y abril de 1924, fue marcado por la indulgencia. Además, antes mismo de que fuera puesto en libertad, Hitler fue objeto de propaganda. El “golpismo” de Hitler, tras el episodio de la cervecería, apenas cambió de estrategia: se evitaría la fuerza y se derrumbaría la democracia *por dentro* de las instituciones; se invertiría en una fuerza paramilitar sólidamente vinculada a las órdenes de su líder; se produciría aún más propaganda con el fin de provocar la adhesión de las masas. Vid. EBERHARD KOLB, *The Weimar Republic*, cit., pp. 102-103.

⁴¹ Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 64. El autor señala, además, que en Sajonia y Turingia eran las izquierdas las que tenían el poder, incluyéndose ahí el partido comunista.

⁴² En el capítulo “donde se narra cómo nació y se extinguió la República de Weimar”, SOSA WAGNER traza un recorrido por diversos momentos políticos de Weimar. Puede decirse que es notable la cantidad de veces en las que hace referencia a las normas excepcionales, a las que se echaba mano para controlar una situación de rebelión o para afrontar un problema económico. Véase el pasaje entre las pp. 66-72, en FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit.

⁴³ Se ha consultado aquí el texto de la Constitución de Weimar presente en *La constitución de Weimar* (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919), trad. José Rovira Armengol, Madrid, Tecnos, 2010.

a la Constitución de Weimar, señala que, una vez constatada la evolución hacia la dictadura en Alemania, “esta disposición aparece como la más importante de toda la Constitución”⁴⁴.

Aunque la Constitución de Weimar inauguró un periodo democrático en Alemania⁴⁵, con el reconocimiento de la soberanía del pueblo y, además, consagró un catálogo de derechos fundamentales individuales y sociales, no fue capaz de poner en marcha un proceso *real* de democratización. Fue, al revés, duramente atacada por todas las partes y, en especial, se autodestruiría por medio del uso abusivo no sólo del art. 48, sino también de una cantidad innumerable de leyes de autorización, cuya frecuencia debilitó sobremanera a un Parlamento ya sin prestigio alguno⁴⁶. Si en diversos ámbitos la Constitución de 1919 representaba un avance, incluso en lo que atañe a los derechos fundamentales, el ejercicio del poder político se hizo incontrolable en la realidad, alejado de cualquier *compromiso* político proyectado por la Constitución.

Dentro de este contexto, la importancia del artículo 48 se revelará en el Tribunal de Leipzig, en 1932. Fijémonos que ya nos encontramos aquí en la fase de “bloqueo del parlamento”⁴⁷, es decir, en la fase presidencial, en la que la *dictadura* del Presidente del Reich aparece como rasgo definitorio de una República en inminente caída⁴⁸. Es también en esa etapa terminal del régimen parlamentario cuando se oirían más firmemente los clamores por una “democracia verdadera” (en oposición a la *formal*, a la parlamentaria), por la “identidad” entre Estado y pueblo, y cosas por el estilo⁴⁹. Toda la *forma*, todo el *procedimiento* se encuentra bajo desconfianza.

Pero volvamos al Tribunal de Estado del Reich (*Staatsgerichtshof*), de Leipzig, pues esta es precisamente la cumbre de la polémica entre nuestros autores – HANS Kelsen y CARL SCHMITT. En síntesis, el Tribunal analiza la “constitucionalidad” de la ordenanza

⁴⁴ OTTMAR BÜHLER, “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos”, en *La constitución de Weimar* (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919), trad. José Rovira Armengol, Madrid, Tecnos, 2010, (pp. 115-358), p. 204.

⁴⁵ ANSCHÜTZ pone el acento en el principio democrático que se ha plasmado en la Constitución de Weimar, además de la unidad nacional y de la unión entre los “estados miembros”, en comparación con la Constitución de Bismarck, de 1871. Vid. GERHARD ANSCHÜTZ, “Three guiding principles of The Weimar Constitution”, cit., p. 134.

⁴⁶ Afirma NEUMANN de modo tajante: “It cannot be doubted that the Parliament and the parliamentary groups are responsible for the decay of parliamentary democracy”. FRANZ L. NEUMANN, “The decay of German democracy”, cit., p. 35.

⁴⁷ Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 340.

⁴⁸ NEUMANN, refiriéndose al Presidente del Reich, señala: “But in September 1930 he became the real and sole legislator”. FRANZ L. NEUMANN, “The decay of German democracy”, cit., p. 35.

⁴⁹ Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 340.

de necesidad promulgada por el Presidente del Reich el 20 de julio de 1932⁵⁰. La ordenanza establecía de modo genérico la suspensión del gobierno de Prusia del ejercicio de sus funciones, con el nombramiento de un comisario (que sustituiría al gobierno del *land*) nombrado por el Presidente. Esa ordenanza se promulga con arreglo al art. 48.1 en combinación con el art. 48.2. Se plantea ante el tribunal, por lo tanto, el problema extremo (considerada la debilidad de Weimar en 1932) del abuso de los “poderes excepcionales” del Presidente del Reich. Aunque el tribunal haya recibido varios recursos solicitando la adopción de medidas provisionales (todas rechazadas), sólo va a emitir su fallo en la sentencia de 25 de octubre de 1932⁵¹.

La sentencia considera dentro de la legalidad constitucional las medidas de intervención para el restablecimiento del orden y de la seguridad. Sin embargo, el tribunal decide que no caben alteraciones en el *status* del *land*. Así, se mantiene la existencia del gobierno del *land*, con su correspondiente representación parlamentaria; esto es, no podría suprimirse la representación de Prusia en los órganos del Reich. Las competencias administrativas del *land*, en cambio, podrían quedar en manos del comisariado del Reich⁵². La verdad es que la sentencia no satisfizo las expectativas de ninguna de las partes del conflicto y, además de ello, se cuestionó también su eficacia. Entre el 20 de julio (fecha de la ordenanza) y el 25 de octubre (fecha de la sentencia), habría transcurrido demasiado tiempo para que se evitara – de modo eficaz – una intervención excesiva en el *land* de Prusia⁵³.

HANS KELSEN criticaría luego la sentencia⁵⁴, poniendo de relieve el fracaso de la jurisdicción constitucional en aquel momento y la ausencia de fundamentación por parte

⁵⁰ Vid. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., p. 159. PEDRO CRUZ ofrece un buen análisis del caso. En la nota a pie de página n. 269 (p. 160) se reproduce el texto de la ordenanza.

⁵¹ “El 20 de julio de 1932 [medidas provisionales], por tanto, el Tribunal de Estado del Reich aparecía jurídicamente como el árbitro de un conflicto de dimensiones incalculables”. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., p. 162.

⁵² PEDRO CRUZ trae a colación un pasaje fundamental de la sentencia en la nota a pie de página n. 284: “La ordenanza del presidente del Reich de 20 de julio de 1932 sobre restablecimiento del orden y de la seguridad públicos en el territorio del land de Prusia es compatible con la Constitución del Reich en cuanto (soweit) designa al Canciller del Reich Comisario del Reich en Prusia y le faculta para privar transitoriamente de sus funciones a los ministros prusianos o transferirlas a otras personas como comisarios del Reich. Pero este apoderamiento (Ermächtigung) no debe llegar a privar al Gobierno prusiano y a sus miembros de la representación del land de Prusia en el Reichstag, en el Reichsrat o frente al Reich o frente al parlamento del land, al Consejo de Estado (Staatsrat) o frente a otros länder”. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., p. 166.

⁵³ Vid. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., p. 163.

⁵⁴ Vid. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., p. 167.

del tribunal. CARL SCHMITT, a su vez, actuó como asesor letrado del Reich, en el interés del Presidente Hindenburg (y también del canciller von Papen)⁵⁵. Detrás de todo, y esto es precisamente lo que nos interesa aquí, está la diferencia de concepciones, manifestadas sobre todo durante el periodo de Weimar, entre KELSEN y SCHMITT. Si a KELSEN le interesaba poner el acento en el carácter jurídico de la justicia constitucional, a SCHMITT le parecía que poco habría de jurídico en la actividad del tribunal. La cuestión llevada a juicio sería, para SCHMITT, estrictamente política y caería bajo los “poderes dictatoriales” del Jefe de Estado.

Se trata más bien de la puesta en práctica, con algunas matizaciones, de la controversia protagonizada por ambos en 1931, un año antes del conflicto entre Prusia y el Gobierno del Reich. CARL SCHMITT, teniendo en mente las aportaciones de KELSEN sobre la “justicia constitucional”, escribió *El defensor de la Constitución*. En respuesta, KELSEN atacó las ideas de SCHMITT y en particular su comprensión de que correspondía al Jefe de Estado la defensa de la Constitución. La respuesta de KELSEN se halla en el texto *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Con esta breve introducción respecto al contexto histórico de tales posiciones, paso a analizar las razones que convertirían a ambos en adversarios teóricos.

1.1. Carl Schmitt: homogeneidad, decisión y el Jefe de Estado como defensor de la Constitución

En su escrito *El defensor de la Constitución*⁵⁶, CARL SCHMITT pone en tela de juicio el carácter jurídico de la “justicia constitucional”. Ya en las consideraciones iniciales, expone el hecho de que, con base en la recepción de sus aportaciones teóricas, “la posición constitucional del Presidente del *Reich* alemán se haya caracterizado con frecuencia como la de un defensor de la Constitución”⁵⁷. Habla de los injustificados intentos (reflejados en distintos proyectos de ley) de encomendar a un tribunal la decisión sobre la conformidad de las normas jurídicas en relación a la Constitución, despreciando,

⁵⁵ Véase el estudio preliminar de GIORGIO LOMBARDI en CARL SCHMITT y HANS KELSEN, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 2009, p. LXIII.

⁵⁶ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 2009.

⁵⁷ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 9.

por lo tanto, la denominada “solución austriaca”⁵⁸. Este primer comentario de SCHMITT pone de relieve la importancia de tener en cuenta el momento político de la Alemania de Weimar. SCHMITT elabora, es cierto, planteamientos generales. Pero está innegablemente preocupado en *justificar* el uso de los poderes “excepcionales” (art. 48) por el Presidente del Reich⁵⁹.

Preguntarse si, en un momento de profunda inestabilidad política, un tribunal tendría la aptitud de proteger la Constitución de manera eficaz es fundamental. SCHMITT no parece estar preocupado por el mecanismo de “control de constitucionalidad” en la *normalidad*, sino más bien con la defensa misma de la Constitución, del orden político instaurado, en una circunstancia excepcional de amenaza. Es más complicado, a mi juicio, plantearse este interrogante cuando ya se sabe de la vinculación de SCHMITT al nacional-socialismo⁶⁰. ¿Cómo saber si SCHMITT pensaba, antes de la caída de Weimar, en el artículo 48 como herramienta de defensa de la Constitución o como medio de fomentar su destrucción? El hecho de que SCHMITT no hubiera sido adepto del nacional-socialismo antes del fin de Weimar deja abierta la cuestión sobre qué tipo de *dictadura* tenía en mente⁶¹.

Lo apunto solamente para subrayar el carácter conocidamente controvertido del pensamiento de SCHMITT. Estoy de acuerdo con la idea de que un tribunal puede hacer muy poco cuando el terror y la excepción se convierten en realidad⁶². Me parece una afirmación acertada. Y estaría dispuesto a conceder que, por lo menos en circunstancias de bloqueo de una alternativa democrática, podría haber razones para preferir determinado régimen autocrático a otro régimen autocrático. Hay autocracias peores que otras. Pensemos en lo que relata FRANCISCO SOSA WAGNER respecto del ambiente golpista y de las propuestas de *dictadura* que cercaban al viejo presidente Hindenburg a finales del periodo de Weimar⁶³. Se propuso un golpe de Estado en consideración al peligro que podría representar Hitler en el gobierno. Hindenburg, en cambio, rechazaría

⁵⁸ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 13.

⁵⁹ Por lo que respecta a este punto – a la dictadura comisarial del Presidente del Reich – véase JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La Crisis del Estado de Derecho Liberal: Schmitt en Weimar*, cit., pp. 194-197.

⁶⁰ SCHMITT ingresó en el partido nacional-socialista el 1 de mayo de 1933. Vid. MATTHIAS KAUFMANN, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt*, México, Fontamara, 1999, p. 18.

⁶¹ SCHMITT, en 1932, está involucrado en las pretensiones dictatoriales de VON PAPEN y SCHLEICHER. Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., pp. 233-234.

⁶² Vid. FERNANDO ATRIA, “El derecho y la contingencia de lo político”, *Doxa*, n. 26, 2003, (pp. 319-347), p. 323.

⁶³ FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 113.

las fórmulas golpistas y Hitler sería, en fin, nombrado canciller⁶⁴. Lo cierto es que ni siquiera el Jefe de Estado, si es que es así como debería entenderse su función, logró defender la Constitución de Weimar. Regresemos, sin más digresiones, a la argumentación de SCHMITT.

Uno de los principales argumentos de SCHMITT para negar al tribunal constitucional la defensa de la Constitución es la *naturaleza* de la actividad del control de constitucionalidad. En síntesis, SCHMITT aduce que si la tarea del tribunal es fallar sobre la base de preceptos constitucionales como la *buena fe*, el *derecho justo* o la *razón*, ya no se podría hablar de control judicial de la ley en el sentido de subsunción de la ley bajo el contenido de la disposición constitucional⁶⁵. Este tipo de operación necesariamente implicaría una “politización de la justicia”, pues las cuestiones que involucran dichos preceptos sólo pueden resolverse con arreglo a criterios exclusivamente políticos⁶⁶.

El resultado de la determinación del contenido de una disposición constitucional dudosa es, en este contexto, auténtica legislación constitucional. A juicio de SCHMITT, la función judicial, en el seno de todas las garantías de independencia e inamovilidad que rodean al juez, tiene que ver con decidir “sobre la base de una ley”; es decir: incluso la independencia judicial descansa sobre el hecho de que su decisión “se halla ya contenida en la ley”⁶⁷. Esa afirmación le costará a SCHMITT, como sería previsible, el reproche de KELSEN, para quien no habría diferencia cualitativa entre una ley y una sentencia, sino exclusivamente una diferencia cuantitativa, de grado. Pero eso lo veremos más adelante.

El propio SCHMITT, en realidad, matizaría su afirmación anterior reconociendo la presencia inexorable de un “elemento de pura decisión” en cualquier sentencia judicial, ya que hay siempre algo (la pura decisión) que no puede ser derivado del contenido de la norma superior⁶⁸. En este sentido, SCHMITT ve la “justicia constitucional” como una institución esencialmente *decisionista*, dado que su “misión es fallar sobre dudas, incertidumbres y divergencias de opinión”⁶⁹. Si esto es así, SCHMITT llama la atención

⁶⁴ FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 114.

⁶⁵ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 34.

⁶⁶ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 41. Schmitt se pregunta lo siguiente: “semejante actividad, aunque su ejercicio quede aureolado con la apariencia de judicialidad ¿sigue siendo Justicia en la práctica o es, más bien, el disfraz engañoso de otras atribuciones de diversa índole, pero, en todo caso, de marcado carácter político?” (p. 48).

⁶⁷ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 69.

⁶⁸ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., pp. 82-83.

⁶⁹ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 83.

sobre el hecho ineludible de que semejante tribunal se convertiría en una “instancia política suprema”, en una “aristocracia de la toga”⁷⁰.

Ahora bien, como ya vimos al comienzo de este capítulo, poner en evidencia el “peligro” de que un tribunal, si se dedica a fallar sobre la base de preceptos abstractos – de principios – se convirtiera en una “aristocracia de la toga”, con un poder político “insostenible”, no es exclusividad de SCHMITT. KELSEN lo comparte. Este es precisamente el punto, al que solamente se puede aludir con bastante cautela, en el que KELSEN, SCHMITT (e incluso WALDRON) estarían de acuerdo. El problema es que SCHMITT no termina ahí su planteamiento. Vimos que KELSEN y WALDRON asumen el hecho del desacuerdo político, en el seno de una sociedad pluralista, y expresan su temor de que un tribunal pueda usurpar el poder político que debería corresponder exclusivamente al parlamento, instancia que refleja los desacuerdos y la pluralidad de valores e intereses que tienen lugar en la comunidad.

CARL SCHMITT, por su parte, desarrolla otro proyecto teórico, totalmente distinto. Y es por eso por lo que él propone que la defensa de la Constitución quede en las manos del Jefe de Estado. Con recurso a la teoría del *pouvoir neutre* de BENJAMIN CONSTANT, sitúa al Jefe de Estado por encima de toda controversia política, como un actor institucional dotado de la necesaria neutralidad para zanjar los desacuerdos respecto al contenido y significado de las disposiciones constitucionales⁷¹. Si la tarea de proteger la Constitución es, para SCHMITT, indiscutiblemente *decisionista*, tratarla como si equivaliera a la subsunción de un hecho a una norma es en definitiva un error o una farsa. En este tipo de *actividad*, argumenta SCHMITT, interesa más, y exclusivamente, “la decisión concreta y personal que la seudonormatividad de una competencia judicial”⁷².

El Jefe de Estado, por lo tanto, representaría “la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento”⁷³. En el caso del Presidente del Reich, elegido por el pueblo alemán⁷⁴, se configura la necesaria vinculación entre la institución y la voluntad del pueblo. El Presidente se enlaza “de modo directo” con el espíritu del pueblo, garantizando, de esta manera, la unidad nacional y la integridad de la constitución⁷⁵. No se trata, así, de defender la Constitución en cuanto norma (esa forma

⁷⁰ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 280.

⁷¹ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 242.

⁷² CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 57.

⁷³ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 246. 1

⁷⁴ Vid. FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, cit., p. 34.

⁷⁵ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., pp. 286-287.

de definir la Constitución no tiene sentido para SCHMITT); se trata más bien de proteger la Constitución en cuanto *decisión política de la comunidad*, preservándose la unidad política – y concreta – del propio Estado⁷⁶.

Todo ello, en verdad, descansa sobre las concepciones que SCHMITT suscribe acerca de cosas tales como la *democracia*, el *positivismo* y el *liberalismo*. Vayamos a ellas de modo sucinto. SCHMITT tiene una forma muy particular de entender la democracia; es, además, crítico absoluto del positivismo; y “enemigo” de la despolitización provocada por el triunfo del *liberalismo* en la modernidad. Sus consideraciones en torno a la defensa de la Constitución dependen necesariamente de este conjunto de ideas, que no siempre se ha articulado de modo sistemático y coherente (SCHMITT tiende a ofrecer definiciones polémicas y que descansan a menudo en contraposiciones), pero suministran elementos indispensables para una ajustada comprensión de sus propuestas político-institucionales (como la que se plasma en *El defensor de la Constitución*).

En *El concepto de lo político*⁷⁷, SCHMITT elige al liberalismo como blanco de sus ataques. En este texto, el liberalismo es su adversario porque representa, al fin y al cabo, el adversario de *lo político*. SCHMITT se refiere a la “neutralización” llevada a cabo en la modernidad, a la búsqueda de un espacio libre de conflictos, dentro del cual fuera posible ponerse de acuerdo y establecer un modo de vida pacífico⁷⁸. Eso sería equivalente a la domesticación de lo político, que no es concebido por SCHMITT *en el interior de la comunidad*, en el seno de una discusión sobre la mejor forma de gobierno, sino más bien con proyección hacia el *exterior*, hacia el *enemigo*, hacia la guerra.

La creencia de la modernidad en el “progreso técnico” como medio para la consecución de esta esfera de paz, “neutral”, constituiría un equívoco. La técnica no es neutral porque es instrumental, está al servicio de cualquier causa, no toma partido. Así que “de la inmanencia de lo técnico no sale una sola decisión humana ni espiritual, y mucho menos de la neutralidad”⁷⁹. La técnica no es, por lo tanto, capaz de domesticar la

⁷⁶ La definición de Constitución como “decisión política” se halla en *Teoría de la Constitución* (la primera edición del original se publicó en Alemania en 1928, antes de los escritos sobre la defensa de la Constitución y aun dentro del periodo de relativa estabilidad de Weimar). Se ha consultado aquí la versión en inglés. Vid. CARL SCHMITT. *Constitutional Theory*, translated and edited by Jeffrey Seitzer, Durham and London: Duke University Press, 2008, p. 77. Cuando SCHMITT habla de la Constitución como decisión política de la comunidad también se refiere a la Constitución como *unidad* y realidad *concreta*.

⁷⁷ Aquí, he consultado la siguiente edición publicada en español (y referente a la edición alemana de 1932, ya que la primera edición es de 1927): CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, versión de RAFAEL AGAPITO, Madrid: Alianza Editorial, 2009.

⁷⁸ CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, cit., p. 116.

⁷⁹ CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, cit., p. 118.

esfera de lo político. Sin embargo, forma parte del núcleo moderno, liberal, de “despolitización” de la vida, de derrumbe de toda la posibilidad de participación “existencial” en algo que implique un conflicto de vida y muerte⁸⁰. El liberalismo constituye, en esta forma de ver lo político, un intento (fracasado) de poner fin a toda la posibilidad de guerra⁸¹.

SCHMITT es también muy crítico de la transformación de la economía en un “hecho político”. De ahí se sigue además su ataque al “imperialismo económico”, que en verdad pondría de manifiesto la propia falsedad del discurso “pacifista” del liberalismo⁸². El comercio y la industria, al lado de la fe en el progreso técnico, alentarían la falsa esperanza en el fin de la violencia, ya que el principal reproche del liberalismo a la política estriba, según SCHMITT, en la violencia. De este modo, se halla dibujado el cuadro de la modernidad: la razón, la discusión (el parlamentarismo), la economía y la técnica en contraposición a la guerra, al Estado, a la dictadura y, a la postre, a la política⁸³.

En el ámbito de esa misma consideración de lo político y del liberalismo, SCHMITT manifiesta su crítica al parlamentarismo como forma de organización de la vida política. Eso queda muy claro en el texto *Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy* (1926)⁸⁴. El prefacio a ese escrito, en verdad, ya pone de manifiesto un buen resumen de las posiciones de SCHMITT. En primer lugar, conviene señalar la tesis schmittiana de que habría una contradicción entre parlamentarismo y democracia. Él lo afirma con gran énfasis: “la fe en el parlamentarismo, en un *government by discussion*, es propia de las ideas del liberalismo. No es propia de la democracia”.⁸⁵

La democracia, para SCHMITT, se define por la conjunción de dos elementos: (1) la identidad entre representantes y representados; (2) la homogeneidad⁸⁶. Ahí donde

⁸⁰ CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, cit., p. 121.

⁸¹ Vid. MATTHIAS KAUFMANN, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt*, cit., p. 35. Un mundo edificado a base de la “despolitización” carecería de todo sentido, pues “no habría nada en virtud de lo cual los hombres <razonablemente> pudieran matar y morir” (p. 36).

⁸² “Finalmente el imperialismo económico dispone de medios técnicos para infligir la muerte física por la violencia, armas modernas de gran perfección técnica puestas a punto mediante una inédita inversión de capital y conocimientos científicos, con el fin de que en caso de necesidad se pueda disponer efectivamente de ellas. Eso sí, para la aplicación de tales medios se crea un nuevo vocabulario esencialmente pacifista, que no conoce ya la guerra sino únicamente ejecuciones, sanciones, expediciones de castigo, pacificaciones (...)”. CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, cit., p. 106.

⁸³ CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, cit., p. 103.

⁸⁴ CARL SCHMITT, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, en *Sobre el parlamentarismo*, trad. De Thies Nelsson y Rosa Grueso, Madrid: Tecnos, 1990, pp. 01-98.

⁸⁵ CARL SCHMITT, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, cit., p. 12.

⁸⁶ Para una detenida caracterización de esos dos elementos, véase JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La Crisis del Estado de Derecho Liberal: Schmitt en Weimar*, cit., pp. 208-215.

reside la pluralidad, la confusión de intereses, las distintas maneras de concebir lo “justo” no puede existir *verdadera* democracia. Para que sea posible la edificación de la *verdadera* democracia, que ya no tiene nada que ver con el mero *procedimiento* en la toma de decisiones, a veces es necesaria la “eliminación o destrucción de lo heterogéneo”⁸⁷. SCHMITT va más allá y precisa un poco más la idea: “el poder político de una democracia estriba en saber eliminar o alejar lo extraño y desigual, lo que amenaza la homogeneidad”⁸⁸; y esa homogeneidad puede caracterizarse incluso por determinadas “calidades físicas o morales”⁸⁹.

Aquí ya se percibe todo el sentido de su conocida distinción *amigo/enemigo*. El *enemigo* no forma parte de la comunidad (entendida aquí en el lenguaje “espiritual”, existencial” de SCHMITT⁹⁰), es aquel que puede ser aniquilado en nombre de la democracia misma, de la propia existencia del pueblo⁹¹. No hace falta destacar el carácter peligroso⁹² de esta aseveración, sobre todo cuando (ni siquiera es preciso acercarse a la experiencia nazi) se acude a los ejemplos de SCHMITT en lo que atañe a la defensa de la homogeneidad: menciona⁹³ la “radical expulsión de los griegos” en Turquía y las leyes australianas que impiden la entrada de determinados inmigrantes⁹⁴. Está claro que SCHMITT no puede aceptar un ideal de “igualdad entre todas las personas”⁹⁵, dado que de ello resultaría la desaparición de la propia política.

⁸⁷ CARL SCHMITT, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, cit., p. 12.

⁸⁸ CARL SCHMITT, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, cit., p. 13.

⁸⁹ CARL SCHMITT, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, cit., p. 13.

⁹⁰ A mi juicio, de manera tal que resulta muy difícil entender su significado.

⁹¹ “Mientras un pueblo exista en la esfera de lo político, tendrá que decidir por sí mismo, aunque no sea más que en el caso extremo – pero siendo él también quien decida si está dado tal caso extremo – quién es el amigo y quién el enemigo. En ello estriba la esencia de su existencia política”. CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, cit., p. 79.

⁹² RAMÓN CAMPDERRICH caracteriza así el pensamiento de Schmitt: “la defensa de un proyecto político-social autoritario emparentado con las derechas nacionalistas alemanas del periodo entreguerras”. RAMÓN CAMPDERRICH, *La palabra de Behemoth: Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*, Madrid: Trotta, 2005, p. 13.

⁹³ Conviene recordar que estamos consultando el prefacio a la edición de 1926 del texto citado.

⁹⁴ CARL SCHMITT, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, cit., p. 12. Los ejemplos de SCHMITT son muy interesantes y, en cierto modo, inquietantes. Pero quizás esas ideas sean útiles para enfrentarse a cuestiones profundamente actuales. Con todos los intentos de control y domesticación de lo político y de la violencia, ¿podemos prescindir de la distinción *amigo/enemigo*? El modo de combate al terrorismo ¿no radica en la definición, por nuestra parte (o de los Estados que, por su poder bélico, político y económico, asumen la decisión), de quién es el *enemigo*? A qué tipo de *normatividad* está sometida esa decisión me parece una pregunta importante. Otra cuestión es si es adecuado comprender la vida política *en el interior* de una comunidad (con independencia de su extensión) sobre la base de la distinción *amigo/enemigo*, como si la política fuera una tarea de constante afirmación de lo homogéneo y no pudiera sentarse, de modo satisfactorio, en la pluralidad y en el compromiso.

⁹⁵ CARL SCHMITT, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, cit., p. 17.

La democracia, en tanto homogeneidad e identidad, no puede verse realizada en el parlamentarismo. La fe en la discusión y en la publicidad constituye el postulado básico del parlamentarismo⁹⁶. Pero de ahí no se seguiría nada en torno a lo “democrático”, ya que el pluralismo reflejado en las fuerzas muy heterogéneas que integran las asambleas no es capaz de *producir* decisiones con arreglo a la voluntad del pueblo. La ley, derivada de distintas “partículas de razón”⁹⁷, no puede considerarse “producto racional de la discusión”⁹⁸, de modo que ni siquiera la discusión racional, fundamento del parlamentarismo, puede justificarlo. El parlamento figura, al fin, como sencilla representación de intereses. Ya no existe “voluntad”, en el sentido *existencial*, sino “voluntades”⁹⁹, a partir de las cuales no se logra extraer legitimidad alguna.

Esa consideración de SCHMITT respecto del parlamento va a conciliarse con su postura antipositivista, *decisionista* y crítica de todo el normativismo. Al contrario de KELSEN, SCHMITT entiende que el aspecto más importante del Derecho estriba en el contenido que se halla en el juego de poderes que existe por detrás de la norma. El Derecho no es solo un sistema de normas, sino más bien un “orden concreto” de valores, que posee una dinámica ajena a las prescripciones del ámbito de la normatividad. El jurista positivista, que se define a sí mismo como realizador de una actividad científica “pura”, alejada de consideraciones políticas y morales, solo sería capaz de explicar la *normalidad* y, además, conserva la pretensión de poder controlar, por medio del Derecho, toda la expresión auténtica de lo político¹⁰⁰. El pensamiento del orden concreto, aduce SCHMITT, es lo que posibilita la distinción – en una circunstancia de excepción a la norma – entre lo que es justo e injusto¹⁰¹.

Y así CARL SCHMITT alcanza la máxima *autonomía de lo político*. Pero, al mismo tiempo, ya no habla desde de la República de Weimar. La Alemania de Weimar ya no existe. SCHMITT es – ahora – el teórico del nacional-socialismo.

⁹⁶ CARL SCHMITT, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, cit., p. 43.

⁹⁷ CARL SCHMITT, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, cit., p. 44.

⁹⁸ Vid. MANUEL ARAGÓN, estudio preliminar a *Sobre el parlamentarismo*, trad. De Thies Nelsson y Rosa Grueso, Madrid: Tecnos, 1990, p. XX.

⁹⁹ MANUEL ARAGÓN, estudio preliminar a *Sobre el parlamentarismo*, cit., p. XIX.

¹⁰⁰ Esto coincide con la definición de Schmitt acerca del Estado Legislativo: “La expresión típica del Estado legislativo es la constitución anticipada de normas de contenido apreciable y determinable, duraderas y generales, donde la decisión judicial parece una mera aplicación de las mismas de igual manera que, en general, toda la vida estatal tiene que ser abarcada por un sistema de legalidad cerrado subsumido a los hechos”. CARL SCHMITT, *Legalidad y Legitimidad*, Granada: Editorial Colmares, 2006, p. 03.

¹⁰¹ CARL SCHMITT, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, en CARL SCHMITT, *Posiciones ante el Derecho*, Madrid: Tecnos, 2012, (pp. 243-315), pp. 285-286.

No es por casualidad que, con el fin de amparar la dinámica Estado/Movimiento/Pueblo¹⁰², bajo la jefatura del *Führer*, SCHMITT propone la superación de la forma positivista de comprender la ciencia jurídica. Se necesita, en este nuevo momento de Alemania, un giro hacia el “orden concreto”¹⁰³. Todo el Derecho debe cambiar. En el ámbito del derecho penal, para poner un ejemplo más radical, ello significaría el abandono de los conceptos generales y descriptivos (culpa, tentativa, cooperación), con la incorporación de los delitos “indeterminados”, como “lealtad, traición a la nación o la traición económica”¹⁰⁴. Se rechaza la abstracción “artificial y absurda” y se acoge lo concreto, es decir, lo que se vincula a las relaciones vitales que se establecen en la comunidad¹⁰⁵.

Todo ese vocabulario oscuro y casi místico pasa a servir, por lo tanto, a la causa del Estado Total. Si regresamos, en cambio, algunas páginas, recordaremos que SCHMITT, antes de la caída de Weimar, ya defendía que el constante y abusivo uso del art. 48 por el Presidente del Reich significaba, en realidad, no la destrucción de la Constitución, sino más bien su defensa, su protección. Pero cuando nos preguntamos qué es lo que SCHMITT entendía por todo ello, nos enfrentamos a conceptos bastante controvertidos. ¿Qué es defender la Constitución? En el seno del pensamiento de SCHMITT, es propiciar el mantenimiento de la unidad nacional; es salvaguardar el espíritu del pueblo. Y nada de ello tiene que ver con la dimensión normativa. La norma es absorbida por la decisión. Y la decisión no es, ella misma, controlada por procedimiento alguno. Todo lo normativo y procedimental se convierte en fantasía positivista.

Si esto es así, la defensa de la Constitución no representa para nada la defensa de una norma jurídica que establece la *forma* de ejercicio del poder político. La defensa de la Constitución tampoco puede ser la defensa de la democracia parlamentaria porque ya no se entiende la democracia más allá de la *identidad* y de la *homogeneidad*. Lo democrático, en SCHMITT, exige la homogeneidad. Por consiguiente, lo que el defensor protege es, a la postre, esa homogeneidad y, con el fin de lograrla, se destruye cualquier

¹⁰² CARL SCHMITT, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., p. 312

¹⁰³ CARL SCHMITT, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., pp. 314-315.

¹⁰⁴ CARL SCHMITT, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., p. 308.

¹⁰⁵ CARL SCHMITT, “Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica”, cit., p. 308. Por lo que respecta a la habitual crítica al positivismo en la época de Weimar, merece la pena traer a colación este apunte de ALFREDO GALLEGO: “Si Weimar enseña algo es que (...) justamente fueron los llamados <positivistas> (formalistas, etc.) los que respetaron el Orden constitucional y los principios que en él estaban contenidos, y fue la <nueva doctrina> la que con su integración, decisionismo, idea del Derecho, etc., la que directa o indirectamente contribuyó a producir el catástrofe”. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “La discusión sobre el método en derecho público durante la república de Weimar (Ciencias del espíritu y método jurídico)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 416, n. 46, Enero-Abril, 1996, pp. 11-37.

sometimiento a criterios de legalidad. La verdad es que, en esta forma de comprender la defensa de la Constitución, la legalidad no juega ningún papel.

1.2. Hans Kelsen: pluralismo, normatividad y el Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución

Ya sabemos que el texto *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*¹⁰⁶, del año 1931, aparece como respuesta a las objeciones de CARL SCHMITT al carácter jurídico de la “justicia constitucional” y, en particular, también como respuesta a la propuesta de SCHMITT de considerar al Jefe de Estado como defensor de la Constitución. Tanto es así que KELSEN empieza su ensayo subrayando algo que le parece fuera de duda: el control de constitucionalidad “no puede ser transferido al órgano cuyos actos deben ser controlados”¹⁰⁷. Una cosa es discutir la *justificación* de la necesidad de este tipo de control, que estriba en una cuestión de *política del derecho*; otra es la discusión sobre la mejor forma de garantizar la Constitución, que reside en el ámbito de la *técnica jurídica*. Lo que no puede ser objeto de desacuerdo es el principio de que “nadie puede ser juez de su propia causa”¹⁰⁸.

Desde el punto de vista de la *política jurídica*, la idea del control de constitucionalidad responde al postulado de la “máxima juridicidad de la acción estatal”. KELSEN quiere decir que todos los actos de poder estatal deben estar en conformidad con la legalidad, o sea, deben ser regulares, conformes al Derecho. Como es un hecho (y en la República de Weimar este hecho se agrava) que los que ostentan el poder político están en posición de ejercerlo fuera del ámbito autorizado por la Constitución, de ahí nace la justificación del establecimiento de un órgano capaz de controlar la regularidad del ejercicio del poder. KELSEN lo expone con claridad: “la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del *poder*”¹⁰⁹.

Teniendo en cuenta la teoría del poder neutral mencionada por SCHMITT para amparar su aseveración de que el Jefe de Estado es el defensor de la Constitución, KELSEN pasa a criticar duramente esta idea. En primer lugar, aduce que si en el siglo XIX se decía

¹⁰⁶ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid: Tecnos, 2009.

¹⁰⁷ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 293.

¹⁰⁸ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 293.

¹⁰⁹ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 293.

que el monarca era el “natural” protector de la Constitución, ello solamente podría encubrir el hecho de que era precisamente el gobierno monárquico el que podría ponerla en peligro¹¹⁰. Además, KELSEN pone en tela de juicio la estrategia de SCHMITT de trasladar la teoría del *pouvoir neutre* de BENJAMIN CONSTANT hacia la realidad constitucional de la República de Weimar, como si se pudiera comparar los poderes ejercidos por el Presidente del Reich con alguna suerte de órgano pasivo y neutral. “Como si”, exclama KELSEN, el uso del art. 48 por el Presidente “no fuese una cuestión vital para la República de Weimar”¹¹¹.

De este modo, KELSEN pone de manifiesto que el escrito de SCHMITT está “totalmente orientado por una consideración política de lo jurídico”¹¹². Aparte del problema referente a la presunta neutralidad del Jefe de Estado, KELSEN se detiene en la argumentación de SCHMITT respecto del carácter *no jurídico* de la jurisdicción constitucional, subrayando que SCHMITT traslada el problema totalmente – y de manera equivocada – al campo de la teoría del derecho. Para KELSEN, SCHMITT parte del “presupuesto erróneo de que existe una contradicción fundamental entre la función jurisdiccional y las funciones <políticas>”¹¹³. La distinción entre la función judicial y la función legislativa es, según KELSEN, solamente cuantitativa, no cualitativa, visto que hay una *continuidad* del ejercicio del poder político en la sentencia judicial¹¹⁴.

En KELSEN, esa conclusión puede explicarse desde la estructura jerárquica del Derecho¹¹⁵, respecto de la cual volveré más adelante en orden a observar la posición institucional del juez ordinario. Pero la idea, ya bien conocida, es que la norma general (legislación o, en su caso, la costumbre), con gran espacio de discrecionalidad para regular la conducta humana, tiene una función claramente *creadora*, pero es ella también el resultado de la aplicación de otra norma, de rango superior (la Constitución). Lo mismo

¹¹⁰ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 294.

¹¹¹ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 301.

¹¹² HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 303.

¹¹³ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 305.

¹¹⁴ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 305.

¹¹⁵ Así define KELSEN la estructura jerárquica del Derecho y el proceso de creación de las normas jurídicas: “El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales enlazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación. Cada norma de este orden es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con lo que establece la fundamental que constituye la unidad del sistema. Una norma pertenece a un orden jurídico sólo en cuanto ha sido creada de conformidad con las prescripciones del propio orden”. HANS KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 156. El pasaje en el original (el libro fue originalmente publicado en inglés en 1949) puede verse en la siguiente edición: HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, New Brunswick (U.S.A) and London (U.K): Transaction publishers, 2006, p. 132.

vale para la sentencia o para el acto administrativo. La decisión judicial resulta de la aplicación del Derecho (este es su sentido más común, puesto que se basa siempre en la norma general¹¹⁶) y a la vez *crea* Derecho. En fin, “el hecho de que la creación del Derecho represente, al mismo tiempo, la aplicación del Derecho es consecuencia inmediata del hecho de que cada acto de creación está determinado por el orden jurídico”¹¹⁷.

Así que la decisión judicial también tiene un carácter político porque siempre habrá un espacio de creación para el juez. Su actividad es de aplicación de la ley y también, de modo ineludible, de creación. El espacio de creación o discrecionalidad, dice KELSEN, depende del poder que la legislación le otorgue al juez¹¹⁸. Por lo tanto, es erróneo separar de modo tajante a la política y a la jurisdicción. Tampoco es adecuado deducir del carácter dudoso de las disposiciones que la jurisdicción constitucional está llamada a aplicar la ausencia de *juridicidad* de esa actividad. Los tribunales y jueces ordinarios también están sometidos a normas de carácter dudoso, a las que se debe atribuir un significado que no está dado *ex ante*, y nadie parece dudar que ello constituye precisamente una actividad jurisdiccional¹¹⁹.

KELSEN se aferra a este aspecto de la argumentación de SCHMITT y critica su planteamiento de que la decisión judicial se hallaría ya contenida en la ley¹²⁰. La aplicación del Derecho no es una operación simplemente lógica y no se puede tratar al juez como si fuera un autómatas¹²¹. Con todo, me parece que esa consideración del juez como un autómatas no es algo que puede extraerse tranquilamente del pensamiento de SCHMITT, o al menos se puede eliminarla sin perjuicio de la esencia de su razonamiento. Es el propio KELSEN (al asumir como premisa schmittiana la separación tajante entre jurisdicción y política) el que constata la presencia de una contradicción en el argumento de SCHMITT¹²². Uno no podría sostener que hay siempre un elemento de “pura decisión” en la aplicación de la ley (algo que es defendido por SCHMITT) y, al mismo tiempo, afirmar que la decisión judicial ya se halla contenida en la ley. A juicio de KELSEN, de la propia

¹¹⁶ En *General Theory of Law and State*, KELSEN incorpora a su concepción de “norma general” los precedentes vinculantes. En este caso, la decisión judicial opera como norma general. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., p. 149.

¹¹⁷ HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 134.

¹¹⁸ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, p. 306.

¹¹⁹ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., pp. 310-311.

¹²⁰ El capítulo 8 de la *Teoría Pura del Derecho* (segunda edición) expone de manera muy clara esta idea. Aplicar la ley no implica un simple acto de conocimiento, sino también de voluntad. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 353.

¹²¹ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 314.

¹²² HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 320.

argumentación de SCHMITT se sigue que la jurisdicción constitucional tiene un carácter doble: jurídico y también político¹²³.

Ahora bien, todo ello no elimina el problema de los principios en relación con la justicia constitucional. Quiero decir: está claro que, para KELSEN, la actividad judicial implica algún nivel de creación y que esa creación entraña un carácter político. De ahí no se sigue, empero, que ese carácter político deba *dominar por completo* la actividad de la jurisdicción constitucional, como parece entender SCHMITT. La tarea del juez constitucional solo se equipara a la del legislador – teniendo en cuenta su *casi* ilimitado espacio de discrecionalidad – si este mismo juez tiene que fallar sobre la base de preceptos formulados de modo muy abstracto, si este mismo juez tiene que definir el contenido de principios de justicia. Es KELSEN, tal como vimos al comienzo con la reproducción de su “advertencia”, el que teme el poder “insoportable” de los jueces. Y tampoco en *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, al momento de rechazar la distinción *cualitativa* entre jurisdicción y política, KELSEN esconde este problema. Lo reconoce con absoluta claridad y reafirma su advertencia, en los siguientes términos:

Entonces, las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como <libertad>, <igualdad> y <justicia>, etc. De lo contrario, existe el peligro de un *desplazamiento del poder* del Parlamento – no previsto por la Constitución y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno (...)”¹²⁴

La “advertencia de Kelsen”, como sabemos, pone de manifiesto el peligro de trasladar a la jurisdicción los asuntos que corresponderían a la representación parlamentaria. Dentro de este contexto, KELSEN se enfrenta a las consideraciones (o más bien ataques) de SCHMITT sobre el carácter plural del parlamento. Como ya se ha visto, el *pluralismo* tiene un sentido negativo en el pensamiento de SCHMITT. Las fuerzas parlamentarias se alejan de la unidad del pueblo y conforman una red de compromisos y distribución de ventajas que disuelven la identidad entre representantes y representados. KELSEN ve ahí la aplicación de la distinción *amigo/enemigo*¹²⁵. El parlamento sería el

¹²³ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 320.

¹²⁴ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., pp. 320-323. Véase, en especial, la nota a pie de página n. 10.

¹²⁵ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 365.

enemigo del Estado, pues contribuiría a su destrucción. Como medio de protegerlo, el Presidente del Reich representaría el amigo del Estado, la única institución capaz de defender la Constitución del proceso de desintegración llevado a cabo por este sistema pluralista.

KELSEN pone el acento – acertadamente – en el significado de la Constitución en SCHMITT. Sabemos que la Constitución es *norma* en la obra de Kelsen. Y su perspectiva es conocidamente positivista, al menos en el sentido específico de que no vincula la validez de la norma jurídica a correspondencia alguna con determinado sistema moral. La Constitución es la norma jurídica que regula la producción de otras normas, que regula el procedimiento legislativo¹²⁶; es, en síntesis, la norma *positiva* fundamental. KELSEN ve el schmittiano ideal de *unidad* como un deslizamiento hacia el *iusnaturalismo*. Así, rechaza el reproche de SCHMITT al parlamentarismo, como si este se tratara de una ficción. La ficción se encuentra en esta oscura idea de *unidad* del pueblo alemán, que SCHMITT confunde con la propia Constitución¹²⁷.

De ahí que la noción de *garantía* de la Constitución no tenga absolutamente nada que ver, en los escritos de KELSEN sobre la jurisdicción constitucional, con lo que entiende SCHMITT. Garantizar la Constitución significa garantizar la regularidad de los actos subordinados a la Constitución, lo que implica, esencialmente, examinar la constitucionalidad de las leyes¹²⁸. La *forma* del ejercicio del poder es fundamental para KELSEN. No importa tanto qué decisión se emite, sino más bien si ella está en conformidad con la Constitución, tanto desde el punto de vista formal como material. No hay nada de *extrajurídico* en la argumentación de KELSEN. Es decir: se expone la estructura del orden jurídico y las formas de controlar y garantizar la regularidad de la producción normativa. Pero nada de ello descansa sobre cosas como *justicia* o *unidad del pueblo*.

La Constitución es norma jurídica, con independencia de su contenido. Y cada norma jurídica deriva su validez de la norma jurídica de rango superior. La jerarquía, dice KELSEN, es fundamental para comprender la idea de *garantía de la Constitución*¹²⁹. De conformidad con lo que ya analizamos, cada grado de la pirámide kelseniana¹³⁰ es

¹²⁶ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 363.

¹²⁷ HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., p. 363.

¹²⁸ HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 112.

¹²⁹ HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 114.

¹³⁰ En realidad, esa consagrada noción de “pirámide” tiene origen en la idea misma de la estructura jerárquica del orden jurídico (*Stufenbau*), cuya principal aportación no es exactamente de KELSEN, sino de ADOLF JULIUS MERKL. El propio KELSEN lo reconoce en el prólogo (de 1923) a la segunda edición de su *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, trad. Wenceslao Roces, México: Editorial Porrúa, 1987. En las palabras de KELSEN:

aplicación de otro grado. La actividad llevada a cabo por el tribunal constitucional es el examen de regularidad, es el análisis de adecuación de la norma inferior (en general, la ley) en relación con la norma superior (la Constitución). Puede afirmarse de modo concluyente que la tarea del tribunal constitucional consiste en determinar si la norma inferior resulta efectivamente de la *aplicación* de la norma superior. Si la respuesta fuera negativa, el tribunal estaría autorizado, por lo tanto, a actuar como legislador negativo. El tribunal tiene, entonces, la competencia para anular una ley: eso significa simplemente producir otra ley con un signo negativo. Se trata, más bien, de una función complementaria a la del parlamento, de una forma singular de reparto de la competencia legislativa¹³¹.

2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA LEY Y EL SENTIDO DE LA ADVERTENCIA DE KELSEN

La diferencia fundamental entre SCHMITT y KELSEN no es – en absoluto – el escepticismo de uno y el entusiasmo del otro con respecto a la justicia constitucional. La respuesta a la pregunta sobre *quién debe ser el defensor de la Constitución* no es ni siquiera relevante sin una respuesta cuidadosa a otra pregunta: *¿qué es lo que se quiere defender defendiendo la Constitución?* La posibilidad de formular este planteamiento es lo que ha justificado este regreso a un debate ya tan conocido y tan estudiado. Y, a mi juicio, este planteamiento da lugar a una conclusión (cuyas bases espero haber sentado en el apartado anterior): CARL SCHMITT quiere defender la *homogeneidad*, que radica – entre otras cosas – en su antiparlamentarismo; KELSEN, por su parte, quiere defender una política *pluralista* o, mejor dicho, el funcionamiento regular de la democracia parlamentaria.

Mi hipótesis es que la jurisdicción constitucional de KELSEN tiene como finalidad la protección de un valor. *Y ese valor es la política*. Por supuesto que “lo político”, en KELSEN, nada tiene que ver con la distinción schmittiana entre amigo/enemigo. Lo que KELSEN considera la esfera de “lo político”, la arena parlamentaria en la que hay deliberación, discusión y decisiones tomadas a base de compromiso, a SCHMITT le parece

“El mérito de haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema *genético* de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la Constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos individuales de ejecución, corresponde a Adolf Merkl” (p. XLIII).

¹³¹ HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 130.

precisamente el fin de la política, el conjunto de instituciones y prácticas que menoscaban la unidad del Estado y la homogeneidad que permite la construcción de lo que él comprende por democracia.

Entiendo que esta conclusión – la de que el control de constitucionalidad kelseniano sirve, al fin y al cabo, a la política – no es tan sencilla. Y ello no porque esa conclusión me parezca acentuadamente compleja o refinada, sino más bien porque el método de KELSEN está dirigido hacia la “cientificidad”. Todo el esquema suena perfectamente encadenado, como si una pieza produjera lógicamente la otra, como si toda consideración de valor político le fuera ajena y contraindicada. Ni una palabra sobre valores. Ni una palabra sobre lo sustancial de la actividad de producción del Derecho o sobre lo sustancial de la actividad de defensa de la Constitución. En el propio campo de la justicia constitucional, en el que KELSEN sabe perfectamente que está haciendo una propuesta de diseño institucional, o sea, que está hablando de *política del derecho*, su forma de exposición parece contaminada por su metodología científica orientada hacia la *objetividad*.

“La advertencia” es uno de los pocos momentos de confesada *prescripción*, en el que KELSEN nos recomienda que evitemos los preceptos (constitucionales) muy abstractos para que los jueces constitucionales no se vean llamados a atribuirles un sentido cualquiera, no determinado, con anterioridad, por alguna concepción política o moral positivada en la propia Constitución. Si se diera a los jueces la potestad de actuar como legisladores, de imponer su propia concepción de la *justicia*, de la *igualdad* o de la *libertad*, la política estaría amenazada, la idea de *compromiso* entre fuerzas políticas perdería mucho de su sentido y el propio control de constitucionalidad carecería de su pilar de justificación.

Esto es lo que voy a tratar de demostrar en esta sección. La “advertencia de Kelsen” nos suministra importantes pistas para concluir que el proyecto kelseniano de justicia constitucional no es otra cosa que un proyecto destinado a promover la *regularidad* de los actos de producción de la voluntad estatal, que tienen lugar sobre todo en el parlamento. Es el parlamento el espacio apropiado para la discusión sobre lo *justo*. Si esa discusión se desplazara a los tribunales y, por consiguiente, si los tribunales resolvieran el desacuerdo que necesariamente radica en ella, parte significativa de la representación política se trasladaría a una institución que – al menos en el programa de KELSEN – no está concebida para esta función. En última instancia, KELSEN quiere evitar

que lleve la razón CARL SCHMITT, de modo que el tribunal constitucional no se convierta, tal y como ha denunciado el propio SCHMITT, en una “aristocracia de la toga”.

A mi modo de ver, el sentido del control judicial de la ley, en KELSEN, es exactamente el mismo sentido de su “advertencia”: el objetivo es la protección de la democracia parlamentaria. Y, nótese bien, lo que amenazaría el primado del parlamento, según esa “advertencia”, serían los principios constitucionales, es decir, un conjunto de preceptos abstractos cuya concreción dependería de juicios de valor más bien arbitrarios. Esa imagen nos permite acceder a por lo menos dos de los principales elementos de la filosofía política de KELSEN: (1) el entusiasmo por la democracia parlamentaria como forma de gobierno y (2) el relativismo moral, el *radical* escepticismo en torno a la cognoscibilidad del contenido de principios morales. Una mirada atenta a estos dos elementos (y sobre todo a sus corolarios) – creo – nos ayudará a comprender el argumento de que el control judicial de la ley, en KELSEN, representa un control *al servicio de la política*.

2.1. Democracia y parlamentarismo en la filosofía política de Kelsen

En el prefacio a la segunda edición de la obra *De la esencia y valor de la democracia* (1929)¹³², KELSEN ya expone su preocupación por la pérdida de sentido del término “democracia”. Esta pérdida de sentido, en cambio, no se deriva de una imprecisión conceptual o de alguna suerte de sincretismo metodológico de los científicos de la política. Se trata más bien de la apropiación de la palabra, por su innegable carácter positivo en el imaginario común, por fuerzas políticas que, en realidad, intentan llevar a cabo la destrucción de la democracia. En 1929, KELSEN está pensando – y lo dice expresamente – en la dictadura del proletariado, tras la experiencia bolchevique, y en el fascismo italiano. Poco más de un cuarto de siglo después, KELSEN vuelve al mismo tema y en *Foundations of Democracy* (1955)¹³³ pone de manifiesto la misma preocupación. Esta vez, empero, él ya no está pensando sólo en el fascismo italiano, sino también en el nacional-socialismo y, en particular, en el comunismo soviético.

¹³² Me sirvo aquí de la versión en inglés del texto alemán de 1929, ya que la primera edición, menos profunda y más restringida, es de 1920. Vid. HANS KELSEN, *The Essence and Value of Democracy*, N. Urbinati y Carlo I. Accetti (eds.), trad. Brian Graf, Plymouth, UK: Rowman & Littlefield Publishers, INC, 2013, p. 25.

¹³³ HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, *Ethics*, v. 66, n. 1, 1955 (pp. 01-101).

Su particular mención al comunismo soviético se justifica por el hecho de que, por lo menos en relación con la amenaza a la democracia, este régimen ha puesto en marcha un proyecto aún más peligroso en comparación con los demás: la distorsión del símbolo “democracia” sería mucho más evidente, dado que la dictadura del partido comunista es presentada como si fuera *la* democracia (no la formal, sino la “verdadera”)¹³⁴. Parece que, una vez más, KELSEN se enfrenta al problema del *formalismo* y, así como en lo que atañe a su *Teoría Pura*, intenta desvelar lo que está en el trasfondo de este tipo de ataque. La democracia *real*, parlamentaria y representativa, sería, dentro, por ejemplo, de la doctrina soviética, sólo un “criterio formalista de representación”¹³⁵. La democracia *verdadera* implicaría no simplemente un *procedimiento*, sino más bien la realización de los intereses de las masas, o sea, la efectiva concreción del interés del pueblo.

Pero la democracia, según KELSEN, no puede significar otra cosa que un *procedimiento*, esto es, la democracia sólo puede ser *forma* y nada más. Y ello no solamente porque a menudo la *sustancia* está comprometida con ideales amenazadores para la democracia¹³⁶, sino también porque – conceptualmente – la democracia sólo puede ser entendida como un instrumento para lograr decisiones colectivas: pero no se trata de un instrumento cualquiera, sino de una herramienta que implica la participación – directa o indirecta – de los miembros de la comunidad en la construcción de esas decisiones colectivas. ¿Podría admitirse que un Estado donde no haya libertad de participación política ni tampoco regla de la mayoría llevara la etiqueta de “Estado democrático” por alcanzar un estado de cosas *material*?¹³⁷ Para KELSEN la respuesta es rotundamente negativa.

¹³⁴ En las palabras de KELSEN: “A more dangerous adversary than fascism and national socialism is Soviet communism, which is fighting the democratic idea under the disguise of a democratic terminology”. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 1.

¹³⁵ HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 6. KELSEN afronta el mismo problema en *Esencia y valor de la democracia*, al contraponer (por supuesto con el fin de criticar la contraposición) la democracia social o proletaria, de origen marxista, y la democracia formal, burguesa. Vid. HANS KELSEN, *The Essence and Value of Democracy*, cit., p. 97.

¹³⁶ Vid. HANS KELSEN, “La teoría política del bolchevismo: un análisis crítico”, en HANS KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid: Editorial Debate, 1988 (pp. 157-203), p. 193. Según KELSEN: “(...) pero ésta es precisamente una de las tendencias ocultas de la argumentación de Lenin: hacer pasar por democracia a la dictadura del proletariado, no porque satisfaga los requisitos de este sistema político como forma de gobierno, sino porque establece el socialismo”.

¹³⁷ “La constitución soviética satisface todos los requisitos de una democracia avanzada, salvo uno: no hay libertad para la formación y la actividad de partidos”. HANS KELSEN, “La teoría política del bolchevismo: un análisis crítico”, cit., p. 199.

Nótese bien: aunque la democracia sea estrictamente *formal*, es precisamente ahí donde se manifiesta su *valor*. La democracia, entendida al modo de KELSEN, supone la *influencia* de los participantes en la toma de decisiones¹³⁸; supone, por ello, la regla de la mayoría y, en una sociedad de masas, supone – además – un órgano de representación de esta *influencia*. Por esa razón, ya en 1920, año de la primera edición del texto *De la esencia y valor de la democracia*, KELSEN ya dejaba clara su “adhesión personal a la democracia moderna y representativa como la mejor forma de convivencia política y civil”¹³⁹. A lo largo del tormentoso periodo de la República de Weimar, en el que la democracia estuvo amenazada por toda suerte de extremismos, KELSEN se mantuvo firme no sólo en su proyecto de *normativizar* la ciencia del Derecho y la teoría del Estado, sino también en su compromiso con la democracia parlamentaria.

Ese compromiso con el régimen democrático se proyecta hacia los detalles implicados, por ejemplo, en el sistema electoral. KELSEN fue un defensor del sistema proporcional¹⁴⁰. Y ello por el hecho de que, según creía, el sistema proporcional posibilita una representación política más plural, toda vez que facilita el acceso de las minorías a las instancias representativas. Un análisis de los escritos de KELSEN entre 1911 y 1920 pone de relieve su intento de promover la superación de una mentalidad de guerra en la política¹⁴¹, de modo que fuera posible centrarse en la idea de *compromiso*. En este punto, quiero hacer hincapié en un aspecto que considero relevante: KELSEN está preocupado con la pregunta sobre el *mejor régimen*, sobre la manera más racional de distribución del poder y, por añadidura, sobre la manera más legítima y justificable de producción de las normas jurídicas como fruto de la voluntad estatal.

Si uno tiene en cuenta este aspecto, la idea de la democracia como *puro* procedimiento sólo puede entenderse de modo un tanto matizado. En primer lugar, porque, según el propio KELSEN, el valor intrínseco de la democracia radica en el ideal de libertad del hombre, es decir, en la noción de que todos debemos tener la misma *pretensión de libertad*¹⁴². En segundo lugar, KELSEN es consciente de que, sobre todo en una sociedad moderna y de masas, la democracia liberal es la que mejor se ajusta al ideal

¹³⁸ HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 8.

¹³⁹ Véase el detallado estudio de SARA LAGI sobre este texto de KELSEN en SARA LAGI, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2007, p. 190.

¹⁴⁰ HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 84.

¹⁴¹ Me refiero otra vez al estudio de SARA LAGI en *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*, cit., p. 143.

¹⁴² Vid. HANS KELSEN, *The Essence and Value of Democracy*, cit., p. 28. Vid. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 25.

democrático de participación en el gobierno¹⁴³. Ello porque el liberalismo político supone tanto algunos derechos básicos, como los derechos políticos y algunas libertades negativas (la libertad de expresión, por ejemplo), como la imposición de límites al ejercicio del poder. En palabras sencillas, “el liberalismo también significa la restricción al poder democrático”¹⁴⁴.

Con respecto a la primera idea, correspondiente a la igualdad entre las pretensiones de libertad, conviene subrayar que a ella se conecta la regla de la mayoría; o, para decirlo de modo más adecuado, es esta conjunción entre igualdad y libertad (*iguales pretensiones de libertad*) la que *justifica* la regla de la mayoría¹⁴⁵. KELSEN entiende que el principio mayoritario constituye la más estrecha aproximación al ideal primario de libertad; se trata, por lo tanto, de la libertad política en su más elevado grado¹⁴⁶. Eso solo es posible, con todo, porque se ha dado el paso desde la libertad natural hacia la libertad social, se ha realizado la transición del principio de causalidad al principio de imputación, que es el principio fundamental de la sociedad como orden normativo¹⁴⁷. En ese contexto, el individuo puede aceptar un orden social, en el cuál él mismo tiene derecho a participar, encontrándose, al mismo tiempo, *jurídicamente* obligado a obedecerlo, sin que para ello sea necesario su asentimiento a cada norma en particular¹⁴⁸.

Así pues, la democracia consiste en el procedimiento a través del cual los ciudadanos participan en la formación de las normas jurídicas (especialmente las normas generales). Y esa herramienta de participación tiene lugar – asumido el valor de las libertades fundamentales y de los derechos políticos – en el parlamento. KELSEN define el parlamentarismo de esta manera: “construcción de la voluntad normativa del Estado a través de un órgano colegiado elegido por el pueblo en base al derecho de sufragio

¹⁴³ “Modern democracy cannot be separated from political liberalism”. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 27.

¹⁴⁴ HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., pp. 4-5.

¹⁴⁵ Para MORESO, la teoría kelseniana de la democracia tiene dos objetivos principales: (1) suministrar una justificación para la regla de la mayoría y (2) ofrecer un medio robusto de protección de las minorías. Vid. JUAN JOSÉ MORESO, “Kelsen on Justifying Judicial Review”, en Gonzalo A. Ramírez Cleves (ed.), *Ecos de Kelsen: vidas obras y controversias*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012 (pp. 354-378). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2595560>, p. 06.

¹⁴⁶ HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., pp. 24-25.

¹⁴⁷ HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., pp. 19-20. Esta idea de la imputación como principio fundamental de un orden normativo también puede verse en HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 90.

¹⁴⁸ HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 22.

universal e igual, por tanto, democráticamente, según el principio de la mayoría”¹⁴⁹. En la teoría de la democracia de KELSEN, la mayoría presupone la minoría¹⁵⁰. En suma: el parlamento es el espacio de deliberación en el que las minorías *deben* tener representación y, por consiguiente, tener la *posibilidad* de, mediante los recursos procedimentales democráticos, ascender a la mayoría.

El interés de KELSEN por la representación de las minorías es algo que forma parte del núcleo de su modo de concebir la actividad parlamentaria y, de hecho, sus observaciones sobre la forma más eficaz de *influencia* de la minoría en las decisiones parlamentarias se conectan con su entusiasmo, al que ya se ha hecho referencia, por el sistema proporcional¹⁵¹. Conviene subrayar que no se está hablando aquí – por lo menos no de modo *necesario* – de “minoría” en un sentido muy usual en la actualidad, que se refiere más bien a determinados grupos no mayoritarios en la sociedad o que sufren algún tipo de discriminación por origen, raza, género, etc. La palabra minoría tiene que ver con la representación parlamentaria, exclusivamente. La mayoría presupone *conceptualmente* la minoría. Incluso, una de las más rotundas justificaciones para los derechos fundamentales, en KELSEN, está sobremanera vinculada a la protección de la minoría parlamentaria ante el peligro de la tiranía de la mayoría¹⁵².

De ahí que el parlamentarismo radica en la toma de decisiones en un marco de pluralidad, de discusión y de compromiso entre mayoría y minoría. Está clara la radical contraposición al pensamiento de SCHMITT, para quien la voluntad estatal es algo incluso trascendente, que se manifiesta *fuera* del parlamento. El parlamento, en realidad, destruiría la “voluntad estatal”. En KELSEN, cuya postura teórica implica el rechazo de este tipo de “mistificación” o, si se quiere, “naturalización”, la voluntad estatal sólo puede darse dentro del parlamento. Claro, ahí reside el espacio de *producción* de la voluntad pública, que presupone – asumida la regla de la mayoría y los mecanismos de protección de la minoría – la plasmación del *compromiso*. No olvidemos, empero, que esa voluntad

¹⁴⁹ HANS KELSEN, “El problema del parlamentarismo”, trad. Manuel Atienza, en HANS KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid: Editorial Debate, 1988 (pp. 85-108), p. 86.

¹⁵⁰ “The majority presupposes by its very definition the existence of a minority”. HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 287.

¹⁵¹ Véase HANS KELSEN, “El problema del parlamentarismo”, cit., pp. 99-101. Véase también HANS KELSEN, *The Essence and Value of Democracy*, cit., p. 72.

¹⁵² Vid. SARA LAGI, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*, cit., p. 199. Como ya se ha señalado en su momento, esta es también la posición de MORESO sobre la teoría kelseniana de la democracia. Vid. JOSÉ JUAN MORESO, “Kelsen on Justifying Judicial Review”, cit., p. 6.

estatal se va produciendo de modo continuo, dependiendo de la forma de reparto y distribución de competencias institucionales.

Como es sabido, el producto del parlamento (por lo menos el principal y teóricamente interesante) es la *legislación*. De este escenario de compromiso, de ideado equilibrio entre partidos que piensan de modo distinto y que zanján sus desacuerdos con arreglo a la regla de la mayoría, nacen leyes colectivamente vinculantes. La legislación es – y deseo poner especial acento en este aspecto – el resultado de la *racionalización* del poder. La democracia entraña la racionalización del poder y la legislación corresponde al ideal de la legalidad, que, según el propio KELSEN, juega un papel decisivo en la democracia parlamentaria¹⁵³.

El ideal de la legalidad no es otra cosa que la asunción de que los actos individuales del Estado (como las sentencias o actos administrativos) deben justificarse a través de su *conformidad con las normas generales del sistema jurídico*¹⁵⁴. Mientras la autocracia se justifica bajo la idea de decisiones concretas, en teoría capaces de dar cuenta de un ordenamiento dinámico (de lo que en verdad se trata es de dificultar la *calculabilidad y predictibilidad* de las acciones estatales), la democracia implica la creación de normas generales que permitan, en alguna medida y siempre en cierto grado, la realización de la certeza jurídica¹⁵⁵. Mientras en la autocracia la *justicia* es un secreto, un misterio guardado en la mente del dictador y que, precisamente en razón de ello, siempre se manifiesta *en concreto*, en la democracia la justicia es *contingente* y lo que el parlamento entiende como *justo* debe ser formulado en normas generales, abstractas y con eficacia (como regla general) prospectiva¹⁵⁶.

Según KELSEN, todo ello demuestra la clara intención de *determinar*, bajo la noción y construcción de un orden jurídico pre-establecido, los actos individuales tanto de los actores del poder judicial como de los órganos de la administración pública¹⁵⁷. En esa idea de *determinabilidad*, en realidad, estriba en última instancia el carácter

¹⁵³ HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 29.

¹⁵⁴ “The ideal of legality plays a decisive role: it is assumed that the individual acts of state may be justified by their conformity with the general norms of the law”. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 29.

¹⁵⁵ “Legal security rather than absolute justice is in the foreground of legal consciousness”. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 29.

¹⁵⁶ “Since in a democracy legal security, legality and calculability of the functions of state are required, institutions for the purpose of controlling these functions in order to guarantee their lawfulness are established”. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 29.

¹⁵⁷ “(...) There is a clear intention of determining, by a pre-established law, the individual acts of the courts and administrative organs in order to make them – as far as possible – calculable”. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 29.

racionalista de la democracia. Al fin y al cabo, KELSEN está hablando de racionalizar el poder político, repartiéndolo y controlándolo para que la tiranía de la mayoría (e incluso de una minoría de ocasión) sea evitable. Todo ello se traduce, en mi opinión, en una teoría política destinada a controlar la *regularidad* de los actos de poder y, por medio de la elaboración de diseños institucionales, lograr alcanzar – lo que por supuesto también es una cuestión de grado – la garantía de la legalidad¹⁵⁸.

Que todo ello pueda estar relacionado con la situación política de Weimar (pensemos en *De la Esencia y valor de la democracia*, cuya segunda edición es de 1929) o con la subida de los regímenes totalitarios en el siglo XX (pensemos que *Foundations of Democracy* es de 1955) es una hipótesis que apenas ilustraría el compromiso de KELSEN con el fortalecimiento de la democracia. Lo que a mí me importa subrayar aquí es que esta idea de *determinabilidad* de las normas generales – o, dicho de modo simplificado, esta idea de que la legislación *determina* el contenido y la forma de los actos individuales – no es una cuestión de todo o nada. Es decir: es así como las cosas *deben ser* en una democracia cuyo valor fundante sea la *libertad*, bajo el presupuesto de que todos tenemos el mismo derecho a influenciar los rumbos de la actividad estatal y a planificar nuestras acciones sobre la base de estas mismas normas generales. Para ello, para que sea posible llevar a cabo esta comprensión de la democracia como *compromiso*, es imprescindible que la política funcione *regularmente*. De ahí que no resulte superfluo, ni tampoco accidental, el hecho de que el científico del derecho se arriesgue en zonas menos *objetivas* y pase a hacer *política del derecho*, pase, así, a *proponer* diseños institucionales.

2.2. El control de constitucionalidad al servicio de la política

Creo que podríamos sintetizar los elementos de la filosofía política kelseniana – brevemente presentada en la sección anterior – en por los menos seis puntos:

- a) La comprensión de la democracia como procedimiento.
- b) La idea de que todos tenemos, bajo un punto de vista formal, iguales pretensiones de libertad en la formación de la voluntad estatal. Y es precisamente eso lo que justifica la regla de la mayoría.

¹⁵⁸ Vid. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 30.

- c) La democracia parlamentaria liberal como el lugar apropiado para la discusión, deliberación y la toma de decisiones sobre la base del *compromiso*. Y eso presupone el reconocimiento de determinados derechos políticos y libertades fundamentales, en aras de limitar el poder político y de proteger a las minorías parlamentarias.
- d) La noción de que la democracia, así entendida, representa la racionalización del poder. Y esa racionalización se traduce no sólo en el reparto de poder político, sino también en el ideal de la legalidad.
- e) El ideal de la legalidad consiste en la *determinabilidad* de las normas generales – legislación – frente a las normas individuales. Y eso implica la plasmación de valores como la certeza jurídica, la previsibilidad y la calculabilidad.
- f) La conclusión de que el funcionamiento regular de la política parlamentaria, con la realización de todos esos valores, descansa en la construcción de un diseño institucional que permita controlar la regularidad de los actos del poder político.

No obstante, además de esos seis, hay sin duda alguna un séptimo y no despreciable elemento, que – de modo intencional – no he profundizado en las reflexiones anteriores: la relación intrínseca, establecida por KELSEN, entre el relativismo moral y la democracia¹⁵⁹. Esa conexión, que él parece ver como necesaria, descansa, ante todo, sobre su escepticismo respecto a una respuesta universal, objetiva y cognoscible acerca de la pregunta *¿Qué es justicia?* En su conocido ensayo, que lleva como título exactamente esa pregunta, KELSEN analiza, en un recorrido por la historia de la filosofía política, distintos modos de definir qué es *la* justicia. Al final, teniendo en cuenta que esta es una tarea que ilustres pensadores no lograron realizar (o sea, definir *la* justicia, en sentido absoluto), KELSEN concluye que sólo puede existir una justicia *relativa*: la suya, dice él, “es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia”¹⁶⁰.

Que sólo pueda existir una justicia relativa es algo que no me interesa aquí. La discusión en términos metaéticos – si los juicios morales pueden ser objetivos o pasibles de conocimiento – no constituye ni siquiera una estrategia en esta investigación. La propia

¹⁵⁹ Vid. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 38.

¹⁶⁰ HANS KELSEN, *¿Qué es justicia?*, edición española a cargo de Albert Calsamiglia, Barcelona: Ariel, 1991, p. 63.

conexión entre democracia y relativismo moral es algo muy controvertido y, a mi juicio de manera ajustada, ampliamente criticable¹⁶¹. Sin embargo, más allá de esta discusión, me parece que hay algo de interesante en todo este relativismo kelseniano y que, incluso, contribuye al entendimiento del sentido de su control judicial de la ley. Yo sintetizaría ese *algo de interesante* en la siguiente aseveración: no hay un espacio de *comodidad moral* – en el que encontraríamos las respuestas correctas – en la arena política.

La política es el *locus* de la controversia. “No hay respuesta absoluta”¹⁶², afirma KELSEN. Y creo que, si no lleva la razón en su pretendida conexión entre democracia y relativismo moral, su argumentación conlleva el reconocimiento de que la política parlamentaria implica la posibilidad del error, de la equivocación. El sometimiento de una discusión a un compromiso y a la regla de la mayoría radica en el hecho de que, por lo menos desde el punto de vista interno, de los que *participan* en una asamblea o influyen directa o indirectamente en las decisiones colectivas, no se espera que esa respuesta política represente la realización – en un sentido absoluto – de la justicia¹⁶³. Tal vez KELSEN no necesitara una posición tan radical en términos metaéticos para sostener la inexistencia de un método que, además de infalible, permitiera el descubrimiento de una respuesta indiscutiblemente justa para cada problema moral y político. La ausencia de este método (con la cual KELSEN estaría perfectamente de acuerdo), ya es suficiente para los propósitos del argumento de este capítulo.

Ahora bien, este séptimo elemento de la filosofía política kelseniana a mi juicio entraña dos conclusiones más. En primer lugar, como no hay forma, según KELSEN, de demostrar la superioridad moral de un valor frente a otro¹⁶⁴, se deja al individuo la responsabilidad por el valor social que desea ver realizado¹⁶⁵. En palabras sencillas: la definición del contenido del valor que el ciudadano desea realizar forma parte de una de

¹⁶¹ Vid. LARS VINX, *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*, cit., p. 134. Para VINX, esa posición de KELSEN (la relación necesaria entre democracia y relativismo) le suena muy difícil de entender y genera perplejidad. Una crítica semejante puede verse en la presentación de JUAN RUIZ MANERO al libro *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid: Editorial Debate, 1988. Véase también, JOSÉ JUAN MORESO, “Kelsen on Justifying Judicial Review”, cit., p. 13. En las palabras de MORESO: “(...) On the other hand, philosophical relativism entails for Kelsen a subjectivist analysis of value judgements: an emotivist account of ethical matters. But, as it is obvious, endorsing a sceptical view in morality implies neither tolerance nor democracy”.

¹⁶² Vid. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 38.

¹⁶³ Vid. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 39.

¹⁶⁴ Otra vez, aunque el escepticismo de KELSEN sea radical, no hace falta afirmar esta *equivalencia* moral entre los valores para sostener el *hecho del desacuerdo* y la responsabilidad política del individuo para determinar el contenido de uno de esos valores.

¹⁶⁵ Vid. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 40.

sus principales atribuciones políticas y refuerza la autonomía moral del individuo¹⁶⁶. En segundo lugar, tampoco hay un medio para acudir al contenido preciso de los principios de justicia formulados en las declaraciones históricas y en un buen número de constituciones¹⁶⁷. La definición del contenido de esos principios, aunque estén formulados en el lenguaje de los derechos, se deja esencialmente a la política, al ámbito del pluralismo de ideas y de partidos, para que – en la ausencia de un método capaz de definir *correctamente* dicho contenido – la decisión colectivamente vinculante esté sometida a la discusión y al *compromiso*, dos de los más básicos ingredientes de la teoría kelseniana de la democracia.

Y aquí, precisamente en este punto, podríamos volver a la “advertencia de Kelsen” y concluir lo que ahora puede resultar demasíadamente obvio: si no hay comodidad moral para el individuo que participa en la política, ya que no se sabe cuál es la respuesta objetivamente correcta para cada debate en torno al contenido de los principios de justicia, ¿por qué habría de ser cómoda (o más cómoda) la actividad del juez constitucional? El pensamiento político de KELSEN no admite una concepción de la jurisdicción constitucional que estuviera al servicio “de los derechos” o, mejor dicho, al servicio de los principios de justicia (*libertad, igualdad, dignidad...*) recorridos en los textos constitucionales. Razonar en términos de *justicia, igualdad o libertad* es razonar, según sostiene KELSEN, de conformidad con alguna *concepción* política o moral sobre cada uno de estos principios. Y esta tarea no le debe corresponder al juez constitucional, sino más bien – y justificadamente – al parlamento.

Todo ello tiene aún más sentido si pensamos en la concepción de Constitución que KELSEN tiene en mente. Él mismo afirma que la tarea del juez constitucional es actuar como legislador negativo y, al enfrentarse al problema del margen de discrecionalidad que pudiera implicar esa tarea, afirma de manera tajante: “la anulación de una ley se produce, esencialmente, en aplicación de las normas de la Constitución”¹⁶⁸. Y complementa: “está ausente casi por completo [en la jurisdicción constitucional] la libre creación que caracteriza a la legislación”¹⁶⁹. En palabras más simples: el proyecto de KELSEN contempla una Constitución esencialmente procedimental, que define claramente

¹⁶⁶ Véase la nota a pie de página n. 70 en HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 97.

¹⁶⁷ “(...) Besides, the principles of justice, formulated in historical statements, change not only from one generation to another but also from one society to another within the same generation and from one group to another within the same society”. HANS KELSEN, “Foundations of Democracy”, cit., p. 58.

¹⁶⁸ HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 131.

¹⁶⁹ HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit., p. 131.

los límites jurídicos al ejercicio del poder y que prescinde, por ello, del recurso a los “principios”.

Por supuesto que es importante discutir si ese tipo de Constitución es deseable. Lo que no se puede ignorar es el hecho de que la jurisdicción constitucional kelseniana solo tiene sentido si se toma en cuenta su comprensión acerca de la Constitución¹⁷⁰. En el esquema institucional pensado por KELSEN, los jueces constitucionales no poseen *libre discrecionalidad*¹⁷¹. Su *actividad* es muy sencilla: evaluar si las normas creadas *en aplicación* de la Constitución se hallan adecuadamente *dentro* del marco definido por la propia Constitución. Se trata precisamente de un examen restringido de *regularidad*, en el sentido muy específico de verificar si una norma deriva regularmente de la otra (de rango superior). Es natural que tuviera recelos con los principios: si se confiere a la justicia constitucional la tarea de definir su contenido, ¿aún se podría hablar de control de constitucionalidad en términos de *regularidad*? ¿De qué marco estaríamos hablando?

En este contexto, la función del *defensor de la Constitución* es salvaguardar el adecuado funcionamiento de la democracia parlamentaria¹⁷². Si la función de la justicia constitucional es *garantizar* los límites jurídicos al poder y si, a la vez, el parámetro del control de constitucionalidad radica esencialmente en normas *reguladoras* de este poder, el *valor político* subyacente a la jurisdicción constitucional (su justificación) es el adecuado funcionamiento del ejercicio del poder. En resumen: se trata de mantener el equilibrio entre mayoría y minoría, con el fin de que la voluntad estatal sea obtenida a partir de este escenario de pluralidad y compromiso, organizado de conformidad con las normas constitucionales.

El constitucionalismo kelseniano, si puedo decirlo así, es una *ideología* justificada por la necesidad de proteger la democracia parlamentaria. La Constitución no promueve valores específicos (esta es la actividad de la política). Y, si lo hace, ellos no poseen cualquier autonomía y aplicabilidad sino a través de la política. La *garantía* de la democracia parlamentaria, basada en el compromiso, no se logra por medio de la protección, por parte del tribunal, de un conjunto de *valores* como la *igualdad*, la *moralidad*, etc. No es el tribunal el que *realiza* estos valores. Y ello precisamente por el hecho de que esos valores, dado su carácter controvertido desde el punto de vista moral

¹⁷⁰ Vid. LUIS PRIETO SANCHÍS, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en Miguel Carbonell (compilador), *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. 2.ed. México: Editorial Porrúa, UNAM, 2012, pp. 305-342.

¹⁷¹ LARS VINX, *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*, cit., p. 153.

¹⁷² LARS VINX, *Hans Kelsen's pure theory of law: legality and legitimacy*, cit., p. 157.

y político, deben ser conformados (y esa decisión es siempre *positiva* en el sentido de *provisional*) exactamente en la arena política. Dicho eso, podríamos – para terminar – plantear la pregunta central de modo objetivo: ¿cuál es, en resumen, el sentido de la “advertencia de Kelsen”?

Al tribunal constitucional no se le debe conceder un poder que no le es debido, porque el tribunal no está para ejercer *directamente* ese poder, sino para proteger las reglas que establecen las condiciones para que el poder político sea *regularmente* ejercido. Y quien lo ejerce, en un marco de discusión, deliberación y compromiso, en el cual sólo son posibles respuestas contingentes y provisionales (es decir: no absolutas), es el parlamento. Si la función de la Constitución es más bien la de establecer el procedimiento que regula el ejercicio del poder y si la jurisdicción constitucional está para *proteger* la Constitución, lo que esta jurisdicción protege, al fin y al cabo, es la política – la política parlamentaria. Es en este sentido, por lo tanto, en el que puede afirmarse que, en KELSEN, el *control judicial de la ley es un control al servicio de la política*.

3. EL JUEZ ORDINARIO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO DE KELSEN

Si esto es así, si de hecho el proyecto kelseniano de jurisdicción constitucional está al servicio del funcionamiento equilibrado y regular de la democracia parlamentaria, entonces me parece intuitiva la conclusión según la cual los jueces ordinarios también deben actuar *teniendo en cuenta* la centralidad del parlamento. Es decir: si los jueces constitucionales no están legitimados para hacer frente a la concreción de los *principios de justicia*, me parece que los jueces ordinarios – *con mayor razón* – deben actuar bajo una concepción aún más rígida de *deferencia al legislador*. La filosofía política de KELSEN otorga, como se ha visto, una posición privilegiada al parlamento por lo que respecta a las decisiones políticas de la comunidad. De esta posición, a grandes rasgos, se sigue una comprensión restringida de las funciones de la justicia constitucional (vinculadas al examen o control de regularidad). De esta misma posición – nótese bien – debe seguirse la conclusión de que “la advertencia de Kelsen” también se dirige a la jurisdicción ordinaria.

Y eso se mantendría así aunque consideráramos la hipótesis, presente en ciertos ámbitos, de la *judicial review* como competencia de toda la jurisdicción, esto es, aunque tuviéramos en cuenta el modelo difuso de control de constitucionalidad. Y ello porque

“la advertencia” no tiene que ver exactamente con el sujeto competente para evaluar la regularidad de una ley (si la jurisdicción constitucional y/o la jurisdicción ordinaria), sino más bien con los parámetros constitucionales con los cuales se examina esa regularidad. La objeción kelseniana a la *aplicación directa de principios constitucionales* se refiere precisamente al hecho de que habría un necesario desplazamiento de poder político hacia la jurisdicción si esa forma de aplicar la Constitución tuviera lugar y sobre todo prevalencia. Por lo tanto, y eso es lo que voy a tratar de demostrar a continuación, hay razones para pensar que – en KELSEN – los jueces ordinarios no *deben* aplicar directamente el catálogo de derechos fundamentales recogidos en las constituciones¹⁷³.

Pero eso es así no exactamente porque KELSEN haya desarrollado una *teoría de la interpretación* o una *teoría de la decisión judicial*. Si uno se centra en el capítulo octavo de la *Teoría Pura*, probablemente seguirá a los que creen que KELSEN no ha aportado casi nada en materia de interpretación y aplicación del Derecho¹⁷⁴. Es que su preocupación no radica en establecer *prescripciones* sobre *cómo* deben decidir los jueces. En este sentido es ajustado afirmar que no hay – en KELSEN – una teoría de la interpretación en términos normativos, como es el caso de teorías que buscan razones para que los jueces puedan acceder a respuestas “correctas”¹⁷⁵. La idea de “corrección” de la respuesta judicial es de todo ajena al pensamiento de KELSEN¹⁷⁶.

Pues bien, a mi juicio, es precisamente esa ausencia de *normatividad* en su teoría de la interpretación o, mejor dicho, es precisamente la ausencia de la pregunta acerca de cuál es la decisión judicial *correcta* lo que torna interesante el conjunto de ideas de KELSEN sobre la aplicación del Derecho. Y ello porque ese modo de comprender la interpretación pone de manifiesto por lo menos dos elementos: (1) a KELSEN le importa

¹⁷³ Por supuesto, y por deber de coherencia con el contenido de la propia advertencia, esto depende de una formulación imprecisa y muy abstracta de esos derechos fundamentales, es decir, de una formulación en términos principialistas.

¹⁷⁴ STANLEY L. PAULSON empieza su artículo sobre la interpretación jurídica en Kelsen con la siguiente afirmación: “A number of writers have invited attention to the fact that Kelsen, in a long and extraordinarily productive career, gave very little attention to questions of legal interpretation”. STANLEY L. PAULSON, “Kelsen on legal interpretation”, *Legal Studies*, 10, 1990 (pp. 136-152), p. 136.

¹⁷⁵ “Con todo, cree la jurisprudencia tradicional que la interpretación no debe limitarse a determinar el marco del acto jurídico que haya de cumplirse, sino que puede esperarse de ella el satisfacer otra función más, inclusive se inclina a ver en ello su función principal. La interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido. La teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo una decisión correcta, y que la `corrección´ jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma”. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 352.

¹⁷⁶ No sucede lo mismo en el pensamiento de CARL SCHMITT, por ejemplo. La pregunta sobre la decisión correcta (sobre el criterio de corrección) se halla en Carl Schmitt, “Ley y Juicio”, en CARL SCHMITT, *Posiciones ante el Derecho*, Madrid: Tecnos, 2012.

más la forma del poder – el diseño o posición institucional – que propiamente la búsqueda de criterios presuntamente capaces de garantizar la *corrección* de la decisión; (2) por ello, su teoría no es una teoría con respecto a cómo deben decidir los jueces, sino una teoría que arroja luz sobre la *posición institucional del juez*.

Por lo tanto, lo que orienta y a la vez restringe la actividad judicial no es un manual sobre cómo utilizar los métodos interpretativos¹⁷⁷ o, más aún, un catálogo de prescripciones morales o argumentativas. Lo que orienta el juez es su entendimiento acerca de su propia posición institucional. Ello puede parecer modesto (y quizás de hecho lo sea), pero en realidad, y teniendo en cuenta el trasfondo de la filosofía política de KELSEN, se trata de una comprensión que, en última instancia, *prescribe* más a los jueces (y aporta más a la interpretación) de lo que puede parecer al principio. Eso es lo que voy a tratar de mostrar en este apartado final sobre el pensamiento de KELSEN. En un momento preliminar, voy a intentar describir los principales rasgos de lo que sería la “teoría kelseniana de la interpretación”. En un segundo momento, trataré de argumentar en favor de una interpretación respecto de la posición institucional del juez ordinario – además de sus implicaciones – en el marco del “constitucionalismo de Kelsen”.

3.1. Kelsen y la interpretación y aplicación del Derecho

MICHEL TROPER, en un estudio sobre las relaciones entre la teoría de la interpretación y la estructura del orden jurídico en KELSEN, resume de la siguiente manera los principales ingredientes de la teoría kelseniana de la interpretación¹⁷⁸:

- a) La interpretación consiste en establecer el sentido de la norma aplicable.
- b) La norma aplicable – sea voluntariamente, sea involuntariamente – deja abiertas varias posibilidades interpretativas, sobre todo porque el sentido lingüístico de la norma no es unívoco.

¹⁷⁷ Conviene subrayar que, según KELSEN, los métodos interpretativos “desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto”. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 353.

¹⁷⁸ Traducción libre del original. MICHEL TROPER, “Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique”, en Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l’état*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 86.

- c) Es necesaria la distinción entre interpretación auténtica (realizada por los órganos de aplicación del Derecho) y la interpretación no auténtica (realizada por las personas privadas y, en particular, por la ciencia jurídica).
- d) La interpretación no auténtica pone de relieve los diversos significados posibles de la norma.
- e) La interpretación auténtica consiste en una elección entre los distintos significados posibles revelados por la interpretación científica. La interpretación auténtica es, entonces, creación de derecho, aunque de ella solo resulte la creación de normas individuales.
- f) La interpretación auténtica no es un acto de conocimiento, sino de voluntad.
- g) No hay ningún método de interpretación que permita la determinación de una interpretación “verdadera”.

Creo que TROPER, en general, ha sintetizado de manera correcta la “teoría de la interpretación” de KELSEN. La interpretación es la actividad por medio de la cual uno atribuye significado a un texto¹⁷⁹. La interpretación jurídica es la atribución de sentido a un texto jurídico, a una norma jurídica, que es el producto de un acto de poder, de un acto de voluntad¹⁸⁰. Si el texto que se convierte en objeto de interpretación (por ejemplo: una ley o norma general cualquiera) es producto de un acto de voluntad, de decisión y de poder (como es el caso de un acto del parlamento), lo mismo vale para la norma individual que resulta de la aplicación de ese texto. El juez ordinario, al interpretar y aplicar la norma general, produce una interpretación *auténtica* de esa norma; y esa interpretación es

¹⁷⁹ RICCARDO GUASTINI, en este punto, distingue dos tipos de interpretación: la interpretación dirigida a textos y la interpretación dirigida a hechos. La interpretación dirigida a hechos se conecta con el caso concreto, esto es, involucra el problema de definir si la hipótesis fáctica “x” encaja en el campo de aplicación de la norma “y”. Vid. RICCARDO GUASTINI, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, XI, 2012 (pp. 27-57), p. 28. Vid. RICCARDO GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2011, p. 08.

¹⁸⁰ Soy consciente de que, en el ámbito de la teoría del derecho, se discute (y muchas veces se da por sentada) la distinción entre texto y norma, de manera que el objeto de la interpretación no sería precisamente la *norma jurídica*, sino más bien un texto o disposición normativa. Ese texto solo se convertiría en norma jurídica tras el proceso de interpretación. La norma, por lo tanto, no representaría el objeto de la interpretación, sino su resultado. GUASTINI lo ejemplifica del siguiente modo: “Supongamos que una cierta disposición jurídica D es ambigua en cuanto puede ser interpretada como expresando tanto la norma N1 como la norma N2 (...)”. O sea: De la disposición jurídica D, objeto de interpretación, resultan dos significados posibles y, por consiguiente, dos diferentes normas. Vid. RICCARDO GUASTINI, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 32. Véase, del mismo autor y sobre la distinción entre disposición normativa y norma, RICCARDO GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 63-64.

auténtica porque ha sido realizada por una autoridad competente, cuya decisión es capaz de obligar *jurídicamente*.

La interpretación no auténtica, empero, es la interpretación efectuada por las personas en general, por los miembros de la comunidad política y, en particular, por los científicos del Derecho. Ese tipo de interpretación, al contrario de la auténtica, *no* crea deberes jurídicos, *no* tiene la característica de decisión, *no* vale como norma individual. La actividad del jurista también consiste en la atribución de significados a los textos normativos. Pero de ahí no se sigue ninguna decisión, acto de voluntad o de poder. Se trata, según KELSEN, de una actividad de conocimiento, es decir, se trata de exponer los significados posibles de un determinado texto normativo sin comprometerse con ninguno de ellos¹⁸¹. El científico tiene como oficio la reconstrucción dogmática del sistema jurídico y, en lo que atañe al tema mismo de la interpretación, su actividad debe limitarse a definir los significados de un texto en abstracto (la disposición normativa “x”, que se halla en la ley “z”, tiene los siguientes significados posibles: S₁, S₂, S₃...) ¹⁸². Decidir el sentido que va a valer como significado de la norma es atribución de la autoridad de aplicación, no del científico.

Ahora bien, es cierto que la autoridad de aplicación de las normas jurídicas – como es el caso del juez ordinario – también debe *conocer* los posibles significados de la norma general aplicable a determinado caso concreto. Es decir: el juez ordinario, en aras de definir la interpretación auténtica de una norma N₁, también desarrolla una actividad de

¹⁸¹ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 86. Esa afirmación es una de las marcas de la *Teoría Pura*. No correspondería a la ciencia del derecho la tarea de *dar razones* para que sea preferible uno de los significados posibles de la norma. Si la norma admite los significados S₁, S₂ y S₃, la ciencia del derecho debe terminar ahí su trabajo, no debe, por tanto, *prescribir* cuál de ellos debería aplicarse. Sin embargo, hay registros de que el propio KELSEN no ha llevado a cabo, en la práctica, su propia exigencia teórica. Véase STANLEY L. PAULSON, “Kelsen on legal interpretation”, cit., p. 147. Creo que el elemento definitorio (y a mi juicio más relevante) de esta distinción entre la labor del teórico y la labor de la autoridad es justo la centralidad de la dimensión *autoritativa*. En las palabras del propio KELSEN: “Ningún jurista puede negar la diferencia esencial que se da entre una ley publicada en un diario oficial legislativo y un comentario jurídico científico de esa ley”. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 86.

¹⁸² Por “reconstrucción dogmática del sistema jurídico” me refiero a la labor (de producción/construcción) del jurista cuando opera *descriptivamente*, “reconstruyendo” las piezas del sistema. Según KELSEN, “la ciencia jurídica, como todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, ‘produce’ su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. (...) la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituye el material dado a la ciencia del derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esta ‘producción’ tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de objetos mediante el trabajo humano, o la producción de derecho por la autoridad jurídica.” HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 85. La pregunta sobre el carácter *constitutivo* de la ciencia jurídica, siendo esta una actividad de cognición, es considerada por STANLEY PAULSON como “la cuestión transcendental”. Véase STANLEY L. PAULSON, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 12, N. 3, 1992 (pp. 311-332), p. 323.

conocimiento, tal y como lo hace el jurista *no práctico*. La cuestión en torno a esa actividad descansa sobre el hecho de que no hay un método que le garantice al juez el alcance de una respuesta unívoca, objetivamente correcta, para la solución del caso enjuiciado. Así que lo que se construye en ese proceso de conocimiento no es propiamente la respuesta, sino más bien la definición de un marco de respuestas (significados normativos) posibles. Una vez dibujado el marco y establecidos sus límites, corresponde a la autoridad de aplicación la *elección* del significado que se ajustará al caso enjuiciado y formará parte, en fin, de la construcción de la norma individual. Esa *elección* pone de manifiesto la presencia de la discrecionalidad judicial en la aplicación del Derecho.

Ello es así porque el sentido de la norma aplicable no es unívoco. Es cierto que la indeterminación del lenguaje puede ser intencional, esto es, puede que haya razones políticas o morales para elaborar una norma N_1 que sea evidentemente indeterminada, delegándose al juez aplicador su determinación en cada caso. Pero en realidad la *indeterminación* es una característica ínsita al lenguaje jurídico: a veces las palabras entrañan ambigüedades, a veces la intención de la autoridad productora de la norma puede ser incluso distinta de lo que las palabras expresan. La indeterminación está conectada con lo que COMANDUCCI denomina “factores objetivos” que explican la discrecionalidad judicial: son los factores de tipo semántico, que dependen de la “textura abierta” del lenguaje natural. Esa textura abierta, sostiene COMANDUCCI, “no permite al legislador formular normas tan precisas que puedan ser siempre interpretadas de una única forma”¹⁸³.

Sin embargo, hay asimismo “factores subjetivos”, que, aun siguiendo a COMANDUCCI, “están constituidos por la interacción de ideologías e intereses en la decisión”¹⁸⁴. La interpretación judicial es, por ello, un acto de poder, de voluntad, un acto decisorio que no puede verse disfrazado como si fuera simplemente una actividad de descubrimiento de respuestas pre-constituidas¹⁸⁵. La interpretación jurídica implica siempre un elemento de decisión, un ingrediente volitivo. De ahí la conocida aseveración kelseniana acerca de la interpretación como un *acto de voluntad*¹⁸⁶. En verdad, y aquí

¹⁸³ PAOLO COMANDUCCI, “La interpretación jurídica”, en Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011 (pp. 51-70), p. 63.

¹⁸⁴ PAOLO COMANDUCCI, “La interpretación jurídica”, cit., p. 63.

¹⁸⁵ “La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido ‘correcto’. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica”. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 356.

¹⁸⁶ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 354.

pienso que el ítem “f” del resumen de TROPER merecería algún ajuste¹⁸⁷, KELSEN se refiere a la interpretación no sólo como un acto de voluntad, sino como la conjunción entre un acto de conocimiento y un acto de voluntad¹⁸⁸.

La cognición, en este sentido, se conectaría estrechamente con la definición del marco de posibilidades interpretativas. O sea: diseñar el marco representa un acto de conocimiento. La voluntad, en cambio, guardaría relación con el momento en el que la autoridad decide libremente¹⁸⁹ *dentro del marco*. Por ello, KELSEN señala que la afirmación según la cual “la decisión judicial se basa en la ley” sólo puede significar – en realidad – que la decisión se mantiene dentro del marco, esto es, que la decisión corresponde a una de las normas individuales posibles¹⁹⁰. De ahí se siguen por lo menos dos conclusiones: (1) es posible definir, por medio de un acto de conocimiento, las interpretaciones autorizadas por la norma aplicable; (2) puede que la norma aplicable sólo autorice una interpretación (de ella sólo sea posible extraerse un significado S₁), siendo, por lo tanto, unívoco (y accesible al conocimiento) el sentido de la norma aplicable¹⁹¹.

A mi juicio, el aspecto más interesante de esta conexión entre cognición y volición es el hecho de que nada parece garantizar que la volición será guiada o limitada por la cognición. Una vez sentada la idea de que la interpretación judicial es siempre una actividad volitiva y decisoria, no se puede pasar por alto la posibilidad – perfectamente

¹⁸⁷ En el original, traducido libremente por mí, el ítem ‘f’ así está redactado: “Elle [l’interprétation authentique] n’est donc pas un acte de connaissance, mais de volonté”. MICHEL TROPER, “Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique”, cit., p. 86.

¹⁸⁸ “(...) en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. Con ese acto o bien se produce una norma jurídica de nivel inferior, o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable”. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 354.

¹⁸⁹ “(...) la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto”. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 354.

¹⁹⁰ HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, *Legal Studies*, Vol. 10, N. 02, 1990 (pp. 127-135), pp. 129-130.

¹⁹¹ El propio KELSEN, pese a que reconoce la indeterminación del lenguaje, también reconoce la posibilidad de que, en ciertos casos, no haya más que una interpretación posible de la norma, como si el marco estuviera construido solamente con un significado interpretativo posible. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 130. Aquí, KELSEN señala, una vez más, que no hay método que permita definir la respuesta correcta entre las diferentes lecturas posibles de una norma. Sin embargo, advierte: “assuming, of course, that several readings of the meaning of the norm are possible (...)”. Me parece que no es clara, incluso para KELSEN, la imposibilidad de que la norma general – la ley, por ejemplo – sólo admita una interpretación posible. Pienso, entre tantos ejemplos que podrían ser útiles para discutir esa cuestión, en una norma que determina que el plazo para interponer determinado recurso es de 15 días laborables. Por supuesto que puede haber controversia, en un caso aislado y muy específico, sobre la aplicabilidad, por ejemplo, del término “laborable” a un día determinado. Pero eso no significa que no haya una masa de casos fáciles (y yo diría casi automáticos) en los cuales nadie osaría discutir el significado de la expresión “15 días laborables”.

factible – de que la autoridad de aplicación *Cree* una norma individual *no basada en los significados posibles presentes en el marco*. Esto es: puede que la cognición defina un marco con los elementos S₁, S₂ y S₃ y el juez, al decidir el caso, resuelva en favor de un significado S₄, no regulado o previsto por la norma – *prima facie* – aplicable. Es lo que RICCARDO GUASTINI llama interpretación creativa¹⁹².

Esta posibilidad demuestra de modo indiscutible la importancia de la *decisión* en la teoría de la interpretación de KELSEN. La interpretación es una actividad de cognición y de ineludible volición¹⁹³, pero – en términos fácticos – el juez (o la autoridad de aplicación) siempre tendrá la posibilidad de escaparse de los límites textuales definidos a través de la construcción cognitiva del marco. Pero a pesar de todo, la norma individual, aun alejada de los significados posibles de la norma general que debería fundar y orientar su creación, es válida porque ha sido dictada por la *autoridad* competente¹⁹⁴. La sentencia o norma individual no deja de obligar jurídicamente (y, por consiguiente, de considerarse válida¹⁹⁵) porque se haya llevado a cabo una interpretación implausible (o creativa, si se quiere) del derecho positivo inmediatamente aplicable.

De acuerdo con STANLEY PAULSON, la teoría kelseniana de la interpretación fue evolucionando hasta alcanzar un nivel de “conciencia” respecto de la presencia insoslayable del *poder* en la decisión judicial. KELSEN pasaría a hacer hincapié, sobre todo a partir de los 1960s, en lo que PAULSON denomina “will theory” (teoría de la voluntad)¹⁹⁶, de modo que la “cognición” dejaría de ocupar una posición determinante en

¹⁹² “(...) que consiste en atribuir a un texto un significado ‘nuevo’ no comprendido entre los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva”. RICCARDO GUASTINI, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., pp. 31-32.

¹⁹³ “Cognition and volition as competing elements”. STANLEY L. PAULSON, “Kelsen on legal interpretation”, cit., p. 150.

¹⁹⁴ HANS KELSEN, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* , trad. Ernesto Garzón Valdez, México D.F., Fontamara, 1995, pp. 26-27.

¹⁹⁵ GUASTINI ha criticado esa relación de equivalencia entre validez, existencia y fuerza vinculante de la norma jurídica. Para GUASTINI, el entendimiento de que la validez implica la fuerza vinculante implica, si bien involuntariamente, una suerte de positivismo ideológico, una vez que se establece que al derecho válido se debe obediencia. Vid. RICCARDO GUASTINI, “Questioni aperte nella teoria pura”, *Materiali per una storia della cultura giuridica* , a. XLII, giugno, 2012 (pp. 229-236), p. 230. MICHEL TROPER, por su parte, explica esa vinculación entre fuerza vinculante (u obligatoria) y validez bajo un punto de vista estrictamente funcional. Se trataría, en realidad, de una conexión funcional entre la norma de rango inferior y la norma de rango superior, de tal modo que el sentido de la palabra *vinculante* expresa el hecho de que la norma superior es *obligatoria* con relación a la norma inferior. La crítica de GUASTINI sería impropia porque nada de ello tiene que ver con reglas morales (“al derecho se debe obediencia porque es derecho”). Afirmar que una norma es obligatoria con relación a otra norma sería, según TROPER, solamente una “proposición de derecho”. Vid. MICHEL TROPER, “Une théorie realiste de la validité”, *Analisi e Diritto* , 2014, Madrid, Marcial Pons (pp. 149-164), pp. 153-154. La expresión “conexión funcional específica” es utilizada por KELSEN para hacer referencia al “deber jurídico”. Vid. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho* , cit., p. 119.

¹⁹⁶ STANLEY L. PAULSON, “Kelsen on legal interpretation”, cit., p. 151.

la comprensión kelseniana acerca de la aplicación del Derecho. Ya sabemos que la actividad cognitiva da lugar a cierta incertidumbre, a causa de la indeterminación del lenguaje de los textos sometidos a la interpretación. Con todo, la “conciencia” de que la norma individual puede derivarse de un acto de “puro” poder, de la completa absorción de la interpretación por los “factores subjetivos” (por usar el término de COMANDUCCI), parece resultar en el derrumbe absoluto del ideal de la certeza jurídica y provocar una especie de “giro realista” en el pensamiento de KELSEN¹⁹⁷.

A mi modo de ver, las dos conclusiones serían apresuradas. La primera, respecto de la certeza jurídica, no puede considerarse procedente si se observa la certeza jurídica como un ideal, cuya realización, por definición, es una cuestión de grado. La segunda, que alude al “realismo” de KELSEN, sólo puede aceptarse si se considera “realista” la postura de reconocer a la vez dos problemas: el problema de la indeterminación y el problema del poder político en la decisión judicial. No voy a entrar con profundidad en esta discusión, pero conviene subrayar que, por lo menos según mi lectura, un tal “Kelsen realista” tendría que ver sobre todo con esos dos aspectos.

Sin embargo, y conforme se aclarará a continuación, me parece plausible extraer del pensamiento de KELSEN una dimensión prescriptiva para la interpretación. Aparte del reconocimiento de la posibilidad de conocer los significados posibles¹⁹⁸ del texto normativo, KELSEN pone el acento en el hecho de que la norma general siempre determina, si bien nunca completamente¹⁹⁹, la norma individual. Y esa idea se vincula estrechamente a la estructura jerárquica del Derecho y, por ende, a la posición institucional del juez. Es decir: la construcción del marco no me parece depender en exclusiva de cuestiones lingüísticas, sino también de cuestiones institucionales. Si bien esa no es una discusión sencilla, no estoy seguro si sería ajustado definir a KELSEN como un “realista”.

¹⁹⁷ PIERLUIGI CHIASSONI ha sostenido la tesis según la cual KELSEN sería un “realista radical”. Véase PIERLUIGI CHIASSONI, “Il realismo radicale della teoria pura del diritto”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLII, n. 1, giugno, 2012 (pp. 237-261). Para una crítica a esa concepción, véase JUAN RUIZ MANERO, “Sobre la interpretación genovesa de Kelsen: Kelsen como realista”, *Analisi e Diritto*, 2014 (pp. 115-128). No estoy en posición de evaluar la crítica completa de RUIZ MANERO. Sin embargo, me parece que él tiene razón cuando afirma que el realismo “alude centralmente a la tesis de que esas mismas normas jurídicas generales no acotan en absoluto un ámbito de decisiones admisibles relativas a los casos individuales” (p. 116); y en ello RUIZ MANERO ve una contradicción con la idea kelseniana acerca del marco de significados igualmente “correctos”.

¹⁹⁸ Me refiero a los significados posibles y que forman parte, tras una actividad de conocimiento, del marco. Todos ellos serían significados “igualmente correctos”.

¹⁹⁹ HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 128.

Ahora bien, toda esa discusión relativa al poder político del juez a mí me parece sumamente interesante, en particular por su evidente conexión con el problema central de esta tesis. Y creo, además, que ese poder puede ser mejor entendido si se accede a la noción de jerarquía del Derecho²⁰⁰, que, según el propio KELSEN, “tiene consecuencias significativas para la interpretación”²⁰¹. La estructura del orden jurídico parece representar la clave para comprender la relación entre el juez ordinario y la legislación, desde un punto de vista relativo a la posición institucional del juez, a su función en la estructura del sistema jurídico. STANLEY PAULSON aduce que la teoría de la interpretación de KELSEN posee dos vertientes: una negativa y otra constructiva²⁰². La negativa ya está aquí bastante clara: no hay método para determinar la respuesta “correcta” o “verdadera” entre las que caben en el marco de significados posibles. La constructiva estriba exactamente en las implicaciones derivadas de la jerarquía del orden jurídico²⁰³. Vayamos a ella.

Si volviéramos a la discusión entre SCHMITT y KELSEN sobre quién debe ser el defensor de la Constitución, constataríamos que allí se indica – en el ámbito de la respuesta de KELSEN – que no habría diferencia *cualitativa* entre legislación y sentencia judicial, sino más bien una diferencia exclusivamente de grado. En aquel momento, interesaba a KELSEN poner el acento en el hecho de que hay siempre un elemento político en la actividad judicial y que, por ello, no existiría una tajante separación entre las funciones del legislador y las funciones de la jurisdicción, como pareciera, de conformidad con KELSEN, imaginar SCHMITT.

¿Qué significa, entonces, esa diferencia de grado, esa diferencia *cuantitativa*? En resumen, quiere decir que hay una distribución general del poder político. En realidad, toda la actividad estatal es, de alguna forma y en algún grado, expresión de poder político, manifestación de la voluntad estatal. La estructura jerárquica del orden jurídico implica esquemáticamente lo siguiente: la Constitución *determina* las normas generales (ley o costumbre, por ejemplo) y las normas generales, a su vez, *determinan* las normas individuales (sentencia o acto administrativo). Y la interpretación tiene lugar en todas esas etapas: el legislador *interpreta y concreta* la Constitución; la jurisdicción *interpreta*

²⁰⁰ Vid. STANLEY L. PAULSON, “How Merkl’s *Stufenbaulehre* Informs Kelsen’s Concept of Law”, *Revus*, 21, 2013 (pp. 29-45).

²⁰¹ “The enquiry into the hierarchical structure of the legal system has significant consequences for the problem of *interpretation*”. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 127.

²⁰² STANLEY L. PAULSON, “Kelsen on legal interpretation”, cit., p. 140.

²⁰³ “The key to legal interpretation is the doctrine of the hierarchical structure of the legal system”. STANLEY L. PAULSON, “Kelsen on legal interpretation”, cit., p. 143.

y *concreta* la legislación (suponiendo que el sistema establezca la ley como norma general estándar). La interpretación está, por lo tanto, “gobernada” por la norma de rango superior²⁰⁴. Hay, además, una vinculación *procedimental* y *material* entre los niveles. Así que la norma de rango inferior está regulada, en estos dos aspectos, por la norma de rango superior, que es, precisamente en virtud de ello, su fundamento de validez.

Creo que ya está bastante claro el hecho de que esa determinación nunca es completa. Como ya se ha expuesto, hay siempre un espacio de discrecionalidad para la autoridad que se encuentra en el nivel inferior – ya sea el legislador, el juez, o la autoridad administrativa. Este espacio, con todo, es cada vez más estrecho en la medida que se va bajando de nivel: hay menos creación y más aplicación²⁰⁵. Pero la idea que a mí me gustaría subrayar es la siguiente: las normas generales *continúan el proceso de determinación de la Constitución* y las normas individuales *continúan el proceso de determinación de la legislación*²⁰⁶. El juez ordinario, como autoridad competente para dictar normas individuales, se encuentra, por lo tanto, en una *posición institucional* que le confiere el poder de *concretar* lo que ha definido el legislador en aplicación de la Constitución. Y este poder del juez es, en este sentido, un poder esencialmente político. El juez ordinario forma parte del sistema jurídico – y de su carácter jerárquico – imbuido de la función de dar seguimiento a ese continuo proceso de determinación y concreción de la voluntad estatal²⁰⁷. Y lo hace desde su *posición* en el sistema.

Entiendo, y con todo lo anterior justifico mis consideraciones introductorias a esa sección, que la teoría de la interpretación de KELSEN no es una teoría sobre cómo deben decidir *sustantivamente* los jueces. Me parece que el escepticismo de KELSEN llega al punto de negar la posibilidad de una respuesta a esa pregunta. Sin embargo, no se trata de una teoría que carezca de interés. La mirada kelseniana descansa sobre cuestiones de diseño institucional (se trata siempre de la pregunta por el *mejor régimen*) y de ahí que resulte indispensable tener en mente el horizonte de su filosofía política, de su teoría de

²⁰⁴ “Interpretation is an intellectual activity accompanying the law-creating process as it moves from a higher level of the hierarchical structure to the lower level *governed* by this higher level”. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 127 (la cursiva es mía).

²⁰⁵ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 353.

²⁰⁶ “Thus, the issuance of a general norm always proceeds (in keeping with its essence) on the presupposition that the individual norm issued in implementing the general norm will continue the process of determination (...)”. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 128.

²⁰⁷ Todo ello se relaciona con la equivalencia entre poder estatal y poder jurídico, con el intento kelseniano de reducir los actos de poder estatales a actos esencialmente jurídicos (no existiría acto de poder más allá del sistema jurídico). Véase NORBERTO BOBBIO, “Kelsen and Legal Power”, en Stanley L. Paulson and Bonnie L. Paulson (eds.), *Normativity and Norms: critical perspectives on kelsenian themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998 (pp. 435-450), p. 436.

la democracia. Además de eso, la jerarquía del derecho es la clave para entender la teoría kelseniana de la interpretación porque pone de manifiesto la centralidad de las posiciones institucionales de las autoridades competentes para *concretar* las normas producidas en el nivel superior. Todo ello, a mi juicio, entraña consecuencias aún más interesantes, que pueden arrojar luz sobre el problema de la vinculación del juez a la ley. A esas consecuencias dedico las últimas reflexiones de este capítulo.

3.2. La vinculación del juez a la ley en el constitucionalismo de Kelsen

A lo largo de las últimas décadas (casi del último siglo), sobre todo en el escenario posterior a la Segunda Guerra, el pensamiento de KELSEN ha sufrido, con independencia de otras más, duras acusaciones con respecto a su *formalismo*. A esa circunstancia, creo, se aplica una sencilla y afortunada expresión de FREDERICK SCHAUER: “whatever formalism is, it is not good”²⁰⁸. Esa acusación no se ha restringido al presunto *formalismo* de la *Teoría Pura* en cuanto intento de construcción de una ciencia jurídica “no ideológica”, sino que se ha expandido hacia el tema de la interpretación. Al parecer, se ha dado a entender – y no necesariamente por medio de registro escrito²⁰⁹ – que habría una conexión entre la teoría kelseniana de la interpretación y alguna clase de *formalismo interpretativo*, como si KELSEN defendiera algo así como una aplicación mecánica de las normas jurídicas²¹⁰.

²⁰⁸ FREDERICK SCHAUER, “Formalism”, *The Yale Law Journal*, Vol. 97, n. 4, 1988 (pp. 509-548), p. 510.

²⁰⁹ Con ello quiero decir solamente, sin ninguna pretensión de sostener por medio de ejemplos o datos esta aseveración, que clases y ponencias constituyen una manera a veces efectiva para difundir determinados prejuicios (en este caso, injustificados) sobre un autor.

²¹⁰ Respecto de las críticas a la *Teoría Pura*, incluida entre ellas la acusación de *formalismo*, véase NORBERTO BOBBIO, “La teoría pura del derecho y sus críticos”, en Claudio Oliva (Ed.), *Estudios sobre Kelsen*, Valparaíso, Edeval, 1996 (pp. 377-405). Véase también CHRISTOPH BEZEMEK, “Pure formalism? Kelsenian Interpretative Theory between Textualism and Realism”, 2015, Forthcoming in Telman (ed.), *Kelsen in America*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2607218>. En ese texto, el autor hace frente, en esencia, al siguiente interrogante: ¿el pensamiento de Kelsen implica el “hipertextualismo” o por lo menos un método “textualista” de interpretación? La respuesta de BEZEMEK es negativa. El propio KELSEN ha rechazado esa acusación (y en particular la que se refiere al formalismo interpretativo) de modo enfático. El siguiente pasaje denota no sólo la intensidad de la crítica, sino también el “diagnóstico” que Kelsen ofrece a ese respecto: “And an analysis of the exceedingly frequent use of this word [formalism] in the critical literature would hardly reveal anything even approaching agreement on its meaning. (...) If one can give reasons for a decision considered to be expedient or desirable only by showing that it can be subsumed under the language of a legislative text, without coinciding with the provable intent of the legislator, one will be highly unlikely to reject the decision as ‘formalistic’. But if such a decision conflicts with interests one considers worthy of protection, then and only then will one call it a formalistic interpretation” (la cursiva es mía). HANS KELSEN, “Legal Formalism and the Pure Theory of Law”, cit., p. 81.

El apartado anterior, como se ha visto, pone de relieve la rotunda improcedencia de ese tipo de crítica. KELSEN es consciente de que la aplicación del Derecho es un acto decisorio y que, por consiguiente, entraña una necesaria dimensión volitiva. Pero – y esto es solamente una opinión mía – creo que ese exceso de caricaturización del pensamiento de KELSEN ha llevado a los estudiosos de su obra a poner demasiado acento en todo lo que pudiera alejar a la *Teoría Pura* de este insensato *formalismo interpretativo*. Por ejemplo: KELSEN aduce que la norma superior *determina* la norma inferior y advierte que esa determinación nunca es completa. Sin embargo, el interés de la literatura sobre KELSEN parece concentrarse mucho más en la expresión “esa determinación nunca es completa”, dejándose abierta la pregunta sobre el sentido de la *determinación* misma, que, si bien no es completa, sigue *determinando* algo.

Así que la aplicación del Derecho, en KELSEN, es presentada a través de un conjunto de palabras que de hecho le acercan a algo de *realismo jurídico*: creación, acto de voluntad, norma individual, indeterminación, etc. Hay, en cambio, otro conjunto de palabras que, a mi juicio, no puede despreciarse: aplicación, acto de conocimiento, norma general, determinación, etc. Pienso que esas palabras, si se comprenden en el contexto de la filosofía política de KELSEN y de los presupuestos de su *constitucionalismo*, nos pueden decir algo más sobre la relación entre legislación y jurisdicción ordinaria, sobre la vinculación del juez a la ley. Es decir: no todo en la teoría de la interpretación de KELSEN es *escepticismo ante las normas generales*, es *voluntad* o *creación*. Eso me parece que es lo que un científico inspirado en la “pureza metodológica” puede decir sobre la aplicación del Derecho. Con todo, esa aplicación es la aplicación de algo y quien aplica algo lo hace con una idea de sus competencias y de sus límites: en el caso del juez ordinario, su posición institucional le dice algo sobre cómo *debe* acercarse a su objeto.

Es el propio KELSEN, por supuesto, el que nos suministra algunas pistas para que hagamos este recorrido. Al abordar el tema de las *funciones* en el interior del sistema jurídico, trata de la función del legislador y de la función de la Constitución. En cuanto al legislador, aduce que su función es la de “dictar normas generales que determinan el procedimiento de los órganos de aplicación, en particular los tribunales, y el contenido de las normas individuales dictadas por esos órganos”²¹¹. En lo referente a la función de la

²¹¹ Traducción libre del inglés. HANS KELSEN, “The function of a Constitution”, en Richard Tur & William L. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986 (pp. 109-119), p. 113. En inglés: “The essential function of a legislator is the positing of general norms that determine the procedure of the law-applying organs, in particular the courts, and the content of the individual norms to be posited by these organs”.

Constitución, asevera: “En esa autorización a personas específicas para la creación de normas generales descansa la función esencial de la Constitución”²¹². Se trata, como ya se había señalado antes, de un *continuo* proceso de determinación del contenido del Derecho. Y la función esencial de la Constitución es – nótese bien – gobernar el procedimiento de creación de las normas generales.

Ello guarda relación con lo que ya habíamos estudiado en el apartado acerca de la jurisdicción constitucional de KELSEN. Su comprensión de la Constitución es más bien procedimental, conectada con la definición de las reglas del juego político. El parlamento, a su vez, autorizado por la Constitución y en los límites de esta misma Constitución, produce las normas generales que vinculan a la comunidad política. La justicia constitucional, como ya se ha concluido aquí, está al servicio de la política en la medida en que *protege* la *regularidad* de la producción de esas normas generales por el parlamento. Ahora bien, y esto debe tomarse en cuenta atentamente, el orden jurídico positivo, cuyos componentes principales son las leyes, no constituyen simplemente un “marco generativo”²¹³; o sea, las normas generales *vinculan* la creación de las normas individuales y, en ese sentido, *vinculan* la actividad del juez ordinario.

El hecho de que la determinación por la norma superior nunca sea completa no implica que no haya determinación alguna. Y es precisamente en este punto en el que, a mi juicio, radica una dimensión *normativa* (*prescriptiva*) de la concepción kelseniana sobre la aplicación del Derecho. Una cosa es afirmar que el juez tiene la insoslayable facultad – en términos puramente fácticos – de apartarse de las normas generales y elegir los significados normativos que a él le parezcan más justos, con independencia de lo que *determine* la norma general. Esta es una cuestión de puro poder. Si una norma individual es producida de ese modo, no se puede decir que no se haya creado derecho nuevo y que ese derecho nuevo no sea válido²¹⁴. Pero no es así que las cosas *deben ser*. Cuando KELSEN define la *función* esencial de la Constitución y la *función* esencial del legislador y cuando el mismo KELSEN insiste en la estructura jerárquica del Derecho, es porque las cosas *deben* funcionar de conformidad con la idea clave de reparto del ejercicio del poder

²¹² Traducción libre del inglés: “In this authorizing of specific persons to create general norms lies the essential function of a constitution”. HANS KELSEN, “The function of a Constitution”, cit., p. 113.

²¹³ HANS KELSEN, “The function of a Constitution”, cit., p. 119. La expresión en inglés es “generative framework”.

²¹⁴ Si bien en este trabajo me referí a ese tipo de creación como interpretación creativa (siguiendo a Guastini), al parecer KELSEN entiende que, una vez vulnerada la cognición, una vez vulnerado el marco de significaciones posibles, ya no se estaría en el ámbito de la *interpretación*, sino de la pura creación. Vid. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 134. Señala Kelsen: “For interpretation cannot extract from a norm what the norm does not have”.

político: algunos órganos *deben* tener más poder para definir el contenido de la voluntad estatal; otros órganos *deben* tener menos poder.

En relación al juez ordinario, eso tiene consecuencias bastante importantes. Si el derecho positivo no es un “marco generativo”, eso quiere decir que el juez no *debe* decidir a la luz de cualquier cosa, sino que debe – consciente de su posición institucional – limitarse a aplicar las normas generales que *determinan* su actividad, aunque esa determinación sea siempre parcial. Ello obviamente depende del grado de determinación lingüística de la norma general aplicable, pero también depende (en mi opinión incluso con más importancia) de que el juez *se sienta vinculado*²¹⁵ por las normas generales dictadas por el legislador. No se trata de una vinculación moral, en términos de asentimiento en lo que atañe al *contenido* de dichas normas, sino más bien de una vinculación de fondo institucional, que tiene que ver con las razones por las cuáles él está donde está, ubicado en una parte específica de la estructura del orden jurídico.

Uno no debe olvidarse del rol definitorio que posee el parlamento en la filosofía política de KELSEN. La importancia del parlamento en cuanto espacio apropiado para la resolución de los desacuerdos morales y políticos de la comunidad, en un ambiente normativamente regulado hacia la obtención del compromiso entre mayoría y minoría, no se convierte en mera irrelevancia cuando el objeto de análisis pasa a ser la jurisdicción ordinaria. La posición institucional del juez ordinario está sometida a las determinaciones del parlamento, en tanto productor de las normas generales. Nótese bien: en KELSEN, ni siquiera la jurisdicción constitucional debe usurpar la representación política del parlamento. Y esa es, como sabemos, precisamente la justificación de la “advertencia” que da título a este capítulo. La idea es preservar la arena parlamentaria como ámbito adecuado para la discusión y para la toma de decisiones colectivas. Carecería además de sentido y con arreglo al pensamiento de KELSEN, cualquier *prescripción* que confiriera al juez un poder político desmesurado. Y por desmesurado quiero decir solamente una cosa: que vaya más allá de la *determinación* del contenido de las normas generales.

²¹⁵ “(...) para KELSEN el Derecho no puede en la práctica funcionar sin una fe o unas determinadas convicciones o creencias ideológicas de sus operadores, referidas a su modo de autoconcebirse como no libres, sino vinculados, pues de lo contrario, si en la praxis asumieran la libertad de que verdaderamente gozan a tenor de los caracteres estructurales del ordenamiento jurídico, peligraría el funcionamiento práctico del sistema todo”. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, *Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 158.

En un texto – *On the Theory of Interpretation*²¹⁶ – que a mi juicio condensa algunas de sus tesis fundamentales sobre la interpretación y su relación con la estructura escalonada del Derecho, KELSEN, al hacer referencia a los riesgos a que está sometido el legislador, expone la idea anterior de manera bastante interesante. “Riesgo” no es una palabra independiente de valoraciones. “Riesgo” es un término que precisamente implica un juicio de valor. Con ello quiero solamente poner de relieve que las consideraciones de KELSEN sobre la interpretación no siempre (y a mi juicio afortunadamente) obedecen al postulado de la *cientificidad* de la *Teoría Pura*. Hay aquí un juicio de valor. Pero se trata de un juicio de valor perfectamente conectado con su constitucionalismo y con su filosofía política. El riesgo del legislador radica en la posibilidad de que la creación completa de la norma se traslade hacia el nivel de la jurisdicción ordinaria²¹⁷.

Si el juez ordinario se da cuenta de su inmenso poder fáctico y toma consciencia de que la volición no necesita ser guiada por la cognición de la norma general, si el juez ordinario pasa, entonces, a concebir la legislación como un *marco de todas las posibilidades*, el legislador se encuentra ante una fuerte amenaza al principio de legalidad²¹⁸. A juicio de KELSEN, este es un riesgo inevitable, ya que el juez es un “legislador delegado”²¹⁹ y puede (aunque *no deba*) decidir los casos individuales a la luz de criterios ajenos a las pretensiones del legislador. Según KELSEN, una manera de minimizar este riesgo es formular la norma general de modo que la autoridad de aplicación no adquiera consciencia del “poder extraordinario que de hecho se delega en ella”²²⁰. El juez *debe creer* que él no está autorizado a abstenerse de aplicar la ley, con la salvedad de los casos en los que sea imposible aplicarla²²¹.

²¹⁶ HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit. pp. 134-135. Conviene subrayar que la parte concerniente a las “lagunas” que, a juicio, de KELSEN, poseen una función meramente ideológica y son, por ende, una ficción, puede verse también en un pasaje relevante de la *Teoría Pura*. Vid. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., pp. 254-258.

²¹⁷ “The full import of law creation threatens to shift from the general to the individual level, that is, from the legislator to the official applying the statute”. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 135.

²¹⁸ HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 135.

²¹⁹ “The legislator has no alternative but to leave this decision to the official applying the statute and take the unavoidable risk that the ‘delegated legislator’ will also decide cases where the legislator would have his statute applied”. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 135.

²²⁰ “To minimise this risk as much as possible, the empowerment to circumvent the statute is formulated in such a way that the official applying the statute is not aware of the extraordinary power that is in fact delegated to him”. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 135.

²²¹ “He is to believe that he may forbear from applying the statute only in those cases where it cannot be applied because it is in and of itself impossible to apply”. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 135.

KELSEN es perfectamente consciente del poder que tiene el juez para *no aplicar* la ley. Y se refiere a ese poder como una especie de libertad concedida al juez, que, por su parte, debe hacer solamente un uso *moderado* de tal libertad. En palabras de KELSEN: el juez debe “creer que es libre sólo en los supuestos donde él mismo debe funcionar como legislador, pero no debe creerse libre con respecto a *cuando* debe reemplazar al legislador”²²². Con el fin de alentar esa creencia suele acudir a la idea de “laguna”²²³. A decir verdad, según KELSEN, esa libertad el juez la tiene siempre. Sin embargo, en términos prescriptivos, todo ello quiere decir que el juez *debe* ejercer esa libertad en el momento en que la norma general no le imponga límites (por ejemplo: al implementarse uno de los significados que caben dentro del marco); y, por otra parte, *no debe* ejercerla cuando la legislación, a la luz del caso enjuiciado, sea clara en cuanto a su campo de aplicación. Más aún: el juez *no debe* ejercer esa libertad para elegir un significado que no se encuentre dentro del marco.

A mi modo de ver, todo ello demuestra que KELSEN ha desarrollado una teoría de la aplicación del Derecho coherente en relación con sus postulados en el ámbito de la filosofía política. Las limitaciones que se le imponen al juez son de naturaleza institucional y tienen que ver, por lo tanto, con la *ideología* de la actividad judicial. De no ser así, todo lo que podríamos extraer del pensamiento de KELSEN en el campo de la decisión judicial sería una modesta contribución sobre qué es interpretar y sobre la inexistencia de respuestas correctas, unívocas y pre-constituidas. Ello, en cambio, además de poseer una capacidad orientadora muy limitada (ya que *orientar* no es la función de esa descripción de la actividad interpretativa), es escasamente interesante dentro de un contexto de aseveraciones y teorizaciones jurídico-políticas mucho más amplio. Vistas así las cosas, podríamos aducir que interpretar es de hecho una actividad siempre decisoria y volitiva. Y exactamente en razón de ello entraña un componente ideológico que uno no debe pasar por alto.

Así que lo que estoy intentando poner de relieve aquí – al finalizar este capítulo – es que todo lo que se ha estudiado en las páginas anteriores arroja luz sobre la vinculación del juez a la ley, precisamente porque se desvela este componente ideológico que informa

²²² Traducción libre del inglés: “He is to believe that he is free only where he himself is to function as legislator, but not free with respect to when he is to stand in for the legislator”. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 135.

²²³ HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 135. Acorde con KELSEN, la idea de “laguna” oculta del juez que él, en realidad, es libre incluso para determinar *cuando* debe reemplazar al legislador.

y *debe* orientar la actividad del juez²²⁴. No se trata – nótese bien – de un componente ideológico en un sentido de preferencias políticas, sino más bien, como ya he repetido de modo incluso exhaustivo, en un sentido institucional. “Cualquier órgano del estado que toma una decisión bajo una autorización legal debe trabajar según una concepción de los límites de su propia actividad”²²⁵, subraya LARS VINX. Es más o menos eso lo que entiendo aquí por “ideología de la actividad”. En la misma línea de pensamiento, GARCÍA AMADO señala que “Kelsen ve claro que una práctica jurídica carente de ese componente ideológico y que hiciera abundante uso de esa libertad decisoria sería disolvente del propio Derecho, de su función de orden y de garantía de una mínima libertad y seguridad”²²⁶.

Por lo tanto, resulta claro que este componente ideológico debe servir a determinados fines²²⁷, entre ellos, el mantenimiento del orden, el respeto al principio de legalidad, la garantía de la libertad y de la autonomía individual, la seguridad jurídica (concebida siempre como un ideal); y, además de todo eso, la preservación de la arena parlamentaria como espacio adecuado para la definición – en procesos democráticos – de los derechos y deberes de los miembros de la comunidad. Este abanico de fines parece justificar, en lo que corresponde a la actividad del juez ordinario, la *prescripción* de que él debe conservar una actitud de *deferencia* al legislador²²⁸, teniendo clara la noción de

²²⁴ “¿cómo se garantiza que los jueces no recurran continuamente a inventarse una laguna como expediente que les permita decidir cualquier caso según su sentir sobre la justicia? La respuesta es: porque participan de la convicción ideológica de que no pueden hacerlo así por estar atados a la ley, de modo que la mayoría de las veces ni siquiera serán conscientes de que lo que llaman laguna en realidad no existe como tal y es algo que ellos mismos crean para sustraerse a una decisión que parece gravemente inconveniente”. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, *Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 159. KELSEN entiende que la noción de laguna cumple exactamente ese tipo de función *ideológica* y que, en realidad, no existen lagunas. Se trata de una ficción. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 135.

²²⁵ Traducción libre del original: “Any organ of state taking a decision under legal authorization has to work with a conception of the limits of its own authority before it can go on to decide on the basis of its political judgement within the frame set by the authorizing law or set of laws”. LARS VINX, *Hans Kelsen’s pure theory of law*, cit., p. 153.

²²⁶ Y prosigue: “Así se comprueba cuando afirma que un judicialismo ilimitado atentaría contra el fin del Derecho”. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, *Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 237

²²⁷ En la lectura de GARCÍA AMADO, los ingredientes del pensamiento de KELSEN están guiados por un designio práctico, “por mucho que éste no se explicita casi nunca”. A su modo de ver: “Su teoría general del Derecho sería la teoría de un Derecho operativamente viable y al servicio de un modelo de sociedad en el que la autonomía de lo jurídico es garantía de que el poder operante en sociedad se aleje en la mayor medida posible del puro ejercicio <natural> de la fuerza como elemento de orden”. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, *Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 224. Además de ello, GARCÍA AMADO comprende que “el pensamiento kelseniano puede ser interpretado bajo un esquema de medios y fines (...). El más general de los fines que KELSEN valora como deseables y que pone en la base de su pensamiento sobre el Derecho es el de la existencia de la sociedad”. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, *Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 208.

²²⁸ LARS VINX, *Hans Kelsen’s pure theory of law*, cit., p. 156. Vinx, al aducir que los órganos judiciales (y en particular los que ejercen la actividad de la *judicial review*) deben conservarse *deferentes*, señala: “A decision that fully complies with the conditions of authorization is to be regarded as valid, even if the judge

que su posición institucional le confiere un poder sustancialmente relevante: desarrollar el proceso de *determinación* del contenido normativo de la voluntad estatal, cuyos límites son establecidos, en su caso, por las normas generales inmediatamente vinculantes.

Ante todo ello, y ante la influencia decisiva de la filosofía política de KELSEN en algunos conceptos plasmados en la *Teoría Pura*, LARS VINX interpreta el pensamiento de KELSEN como parte de lo que VINX denomina “utopia of legality”²²⁹. La *Teoría Pura* sería, en esencia, una construcción adecuada al ideal del Estado de Derecho (*rule of law*), que incluiría los procesos democráticos de creación de la legislación y el compromiso, a través de la protección constitucional, con la defensa de los derechos que permiten el equilibrio parlamentario entre mayoría y minoría. Se trataría, además, de una concepción centrada en la sujeción de los órganos estatales, hasta donde sea posible, a los límites y restricciones legales; en contra, por lo tanto, de cualquier ejercicio arbitrario del poder²³⁰. JOSÉ JUAN MORESO, a su vez, por medio de un razonamiento semejante, manifiesta su tendencia a clasificar a KELSEN en el seno del llamado “positivismo ético”²³¹. Ambas aproximaciones ponen en tela de juicio la presunta “neutralidad ideológica” de la teoría pura, subrayándose que hay razones para pensarla como una teoría que cuenta con una filosofía política de trasfondo y, por consiguiente, con objetivos *prescriptivo-valorativos*.

No voy a profundizar esa observación en este momento, aunque ella me parece bastante plausible y en armonía con las consideraciones desarrolladas en este apartado. Deseo, en cambio, hacer hincapié en el hecho de que la aplicación del Derecho – en KELSEN – implica una perspectiva *normativa*: se prescribe a la jurisdicción ordinaria (si bien casi nunca directamente) una actitud de *deferencia* al legislador. Y los presupuestos para esa *deferencia* se hallan articulados en la filosofía política kelseniana y en sus consideraciones sobre la jurisdicción constitucional. La Constitución no representa un ámbito sustancial o material por medio del cual se derivan las decisiones normativas

happens not to think of it is the best decision that could have been taken on the basis of the law” (la cursiva es mía). Creo que hay razones para concluir que esto se aplica también, e incluso con mayor razón, a la jurisdicción ordinaria. Aunque el juez esté convencido de que el legislador pudiera haber llegado a una solución mejor, él no está autorizado a, bajo esa justificación, negar aplicación a la ley, sustituyéndola por la solución que él pueda considerar más ajustada.

²²⁹ LARS VINX, *Hans Kelsen's pure theory of law*, cit., p. 25.

²³⁰ Así explica Vinx la idea: “The pure theory, then, is adequate to the ideal of the rule of law, understood broadly so as to include democratic procedures of legislation and a commitment to constitutional protections against the tyranny of a majority, insofar as it develops a conception of legal normativity that aligns with the normative aim to subject organs of state as fully as possible to legal constraints against arbitrary exercise of power”. LARS VINX, *Hans Kelsen's pure theory of law*, cit., p. 17.

²³¹ Vid. JOSÉ JUAN MORESO, “Kelsen: certeza del derecho y prudencia epistémica”, en J.J. Moreso y José L. Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*. Madrid, Marcial Pons, 2012 (pp. 199-201), p. 201.

generales e individuales. La Constitución, aunque pueda contener (y suele contener) preceptos abstractos y derechos fundamentales formulados de modo impreciso, tiene como función primordial la determinación de los procedimientos para la creación de las leyes, de las normas generales. En resumen: la jurisdicción constitucional está al servicio de la política porque la propia Constitución está al servicio de la política.

De ahí que “la advertencia de Kelsen” vaya más allá de la justicia constitucional y, con mayor razón, también se aplique a la actividad del juez ordinario. Los límites institucionales definidos por su posición en la estructura del sistema jurídico no le permiten acceder directamente a los contenidos imprecisos e principialistas de la Constitución (*justicia, equidad, moralidad, etc.*) para utilizarlos como parámetros en la creación de las normas individuales. Tal práctica sólo sería admisible, dentro del pensamiento de KELSEN, cuando haya efectivamente una situación *autorizada de libre discrecionalidad*, en la cual sea inevitable el recurso a la concreción de principios de justicia. De no ser así, los jueces ordinarios no se verían limitados o vinculados por norma general alguna y estarían siempre autorizados a decidir sus casos de manera completamente discrecional. Siguiendo a KELSEN, eso ya no tendría nada que ver con su forma de concebir el Estado, sino más bien con la forma del Estado ideal de Platón²³².

4. CONCLUSIÓN: ¿CÓMO TOMAR EN SERIO “LA ADVERTENCIA”?

No hace falta salir de la *Teoría Pura* para encontrar la referencia a la aplicación del Derecho en el “estado platónico”. En efecto, KELSEN la pone de relieve algunas veces, señalando que se trata de un modelo en el que impera la “libre creación del Derecho”²³³. Y añade algo que podría leerse plausiblemente como una crítica: “como consecuencia de la descentralización radical de la producción del derecho que acarrea, este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda la seguridad jurídica”²³⁴. ¿Sería esto realmente un juicio de valor o meramente una descripción? Me parece que, con arreglo a los postulados metodológicos de la *Teoría Pura*, también resultaría plausible concluir que se trata de una descripción. Lo que nos explica KELSEN es que en modo

²³² HANS KELSEN, “The function of a constitution”, cit., p. 119. KELSEN lo deja muy claro en *Foundations of democracy*: “In Plato’s ideal state, which is the archetype of an autocracy, there are no general rules at all. The ‘royal judges’ have an unlimited power of discretion in deciding concrete cases”. HANS KELSEN, “Foundations of democracy”, cit., p. 29.

²³³ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 245 y pp. 260-261.

²³⁴ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 260.

alguno un sistema radicalmente particularista, en el que los jueces deben decidir siempre según la *justicia*, deja de albergar la producción de normas generales. Sucede que, a diferencia de lo que se nota en un sistema jerarquizado y que concentra la producción de las normas generales en manos del legislador, en el modelo de la “libre creación” es el propio juez el que formula esa norma. En consecuencia, mientras que en un sistema jerarquizado la norma general contiene el criterio de justicia del legislador, en el “estado platónico” dicho criterio corresponde simplemente al ideal de justicia del órgano llamado a crear Derecho²³⁵.

Todo esto parece confirmar que atribuir a la *Teoría Pura* un fundamento normativo o una dimensión prescriptiva es algo controvertible y que demandaría, en mi opinión, un análisis detenido de las premisas metodológicas de KELSEN, algo que en definitiva se distancia de los propósitos de esta tesis. Soy consciente de que a menudo se extrae de un texto precisamente lo que se haya deseado encontrar. Entonces, puede que donde uno encuentra una prescripción o un juicio de valor no haya más que una descripción de como las cosas en realidad funcionan. Ahora bien, me parece que esta prudencia puede matizarse si nos distanciamos de una teoría que reclama su “pureza” y nos concentramos en una teoría que, por definición, no puede dejar de ser prescriptiva.

En el marco del constitucionalismo de KELSEN, que es en realidad el *locus* de “la advertencia”, se prescribe una determinada forma de diseño institucional y se justifica esa prescripción sobre la base de razones normativas, de fundamentos esencialmente políticos. De ahí que la conjunción entre su constitucionalismo y su filosofía política resulte mucho más evidente. Aquí, la estructura de la *Teoría Pura* se encaja en una determinada forma de gobierno y de organización del poder político. En la querrela con SCHMITT, KELSEN pone en tela de juicio la tajante distinción entre política y jurisdicción y, con el fin de rechazar la acusación de que el Tribunal Constitucional podría convertirse en una “aristocracia de la toga”, señala que el juez ordinario también se ve ante la necesidad de concretar términos más o menos abstractos y que su espacio de discrecionalidad es dependiente de la manera en la que se elabora la legislación. La sentencia, así pues, es la *continuidad* del proceso de producción del Derecho.

En la *Teoría Pura* esa afirmación puede ser entendida como una descripción. Sin embargo, en el seno de una discusión sobre la mejor manera de organizar la estructura del Estado, esa frase simplemente no sería inteligible si se tratara de concebirla como algo

²³⁵ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 261.

destituido de un valor. Desde el punto de vista del KELSEN *constitucionalista*, el análisis del modelo de la “libre creación” del Derecho adquiere un sentido político y, por ende, da lugar a una apreciación irremediabilmente crítica. Y ello es así porque la “norma general” ya no sería un concepto descriptivo y universal. La norma general sería la *ley*. Y la ley, según se ha visto en este capítulo, resulta del producto de la actividad política, del funcionamiento de la democracia parlamentaria, del compromiso entre una pluralidad de concepciones sobre lo justo. Si esto es así, al juez ordinario *no le debe* corresponder la tarea de decidir según la *justicia*, porque esto implicaría no sólo un desplazamiento “insoportable” de poder, sino también la disolución de la estructura jerárquica del Derecho. La norma general dejaría de ser la ley y pasaría a derivar del criterio de justicia del juez.

Lo anterior permite esclarecer que el terreno de nuestra discusión es el constitucionalismo. Lo anterior asimismo indica – como ya se ha concluido aquí – que en el constitucionalismo de KELSEN la ley ocupa un lugar central y que, de este modo, se toma en serio la deferencia del juez al legislador. Tanto es así que la “advertencia de Kelsen” se erige sobre la base de una recomendación y también de un sentido: (1) recomienda la no incorporación de principios a las constituciones; (2) y lo hace con el fin de preservar la centralidad de la legislación como el espacio adecuado para la decisión sobre lo justo, lo hace para que no se transfiera a los jueces el poder político ínsito a la definición del contenido de los principios de carácter moral.

“La advertencia de Kelsen” constituye el hilo conductor de esta tesis. Y tomarla en serio es importante para que sea posible tomar en serio la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional. Pero tomarla en serio no implica necesariamente aceptar su recomendación, sino más bien recuperar – esencialmente – su sentido. En el capítulo siguiente trataré de mostrar que se ha consolidado una concepción del constitucionalismo que, más allá de ignorar la recomendación, ignora enteramente su sentido.

II.

EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

KELSEN no tuvo éxito en su “advertencia”. Casi noventa años después de enunciarla, el escenario mundial pone de manifiesto un hecho indisputable: la conjunción entre Constitución y derechos fundamentales (a menudo formulados en lenguaje muy abstracto) constituye un rasgo cardinal en la estructura normativa de parte significativa de los Estados nacionales, por no mencionar la manera en la que están formuladas las cartas de derechos de los órdenes supraestatales. Como es sabido, KELSEN pensaba que si los jueces constitucionales tuvieran que fallar sobre la base de *principios* cualquier clase de decisión estaría justificada; y eso implicaría un desplazamiento “insostenible” de poder político hacia la jurisdicción. Así que recomendaba dos cosas a la vez: (1) la adopción del control judicial de la ley, en particular en su forma concentrada; (2) la ausencia (o por lo menos la mínima presencia) de principios o cláusulas indeterminadas en las constituciones.

Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que solamente la primera recomendación ha sido observada; la segunda, en cambio, rotundamente ignorada. Un estudio empírico llevado a cabo por DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG demuestra que la popularidad de la *judicial review* ha crecido de manera acentuada: en 1946, solamente un 35% de los países practicaba alguna forma de control judicial de la ley; en 2006, ese porcentaje alcanza la marca de un 87%²³⁶. En lo referente a la incorporación de derechos por las constituciones, la gráfica también es creciente: en 1946, la “constitución media” contemplaba apenas 19 derechos, mientras que, en 2006, la “constitución media” ya contenía 33 derechos²³⁷. Si en 1946 sólo un 35% de las constituciones protegía los derechos de las mujeres, en 2006 ese porcentaje llegaba a un 91%. Si en 1946 ningún país preveía el derecho a un medio ambiente sano, en 2006 un 63% de los países pasaría a preverlo. Se constata el mismo

²³⁶ DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, *California Law Review*, Vol. 99, Issue 5, 2011 (pp. 1163-1258), pp. 1198-1199. Con respecto al crecimiento del control judicial de la ley, los autores toman en consideración tanto la *de iure judicial review* como la *de facto judicial review* (cuyo ejemplo paradigmático correspondería a los Estados Unidos de América).

²³⁷ DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, cit., pp. 1194-1195. “*Rights creep*” es el término utilizado por los autores para referirse al fenómeno de la proliferación de derechos fundamentales. Los autores señalan que esa proliferación a nivel doméstico acompaña, en términos temporales, el incremento del número de derechos a nivel internacional.

proceso con respecto a los derechos de las minorías, a las acciones afirmativas, a la prohibición de la tortura y a algunos derechos sociales²³⁸.

Entre los pocos derechos fundamentales que perdieron espacio en las cartas constitucionales están el derecho a portar armas y la prohibición del aborto (o alguna forma de protección al feto)²³⁹. Por lo general, los datos confirman lo que ya había constatado NORBERTO BOBBIO en su momento: dado que ha aumentado la cantidad de bienes y sujetos tutelados y dado que se dejó de ver al hombre como ente genérico, sino en su especificidad (como anciano, niño, enfermo, consumidor, etc.), la consecuencia natural sería la multiplicación y la expansión de los derechos²⁴⁰. La escala global de los derechos, empero, no radica sólo en el hecho de su diversificación y proliferación. En el año 2006, un 97% de los países compartía un núcleo básico – y genérico – de derechos, incluyéndose los derechos a la libertad religiosa, a la libertad de expresión, a la privacidad y a la propiedad privada²⁴¹.

Esa circunstancia da lugar a que se empiece a hablar de cosas tales como “constitucionalismo global”, entendido sobre todo en cuanto difusión y “trasplante” de esa conjunción entre Constitución, derechos y alguna modalidad de *judicial review*²⁴². Nótese, por ejemplo, la plasmación de este modelo en los países latino-americanos, que suelen contar con catálogos constitucionales de derechos fundamentales y con una instancia judicial destinada a garantizarlos²⁴³. Este tipo de *constitucionalismo* también se ha extendido a los países de la antigua Unión Soviética y a los países de la Europa post-

²³⁸ DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, cit., pp. 1200-1201. Los datos demuestran que hay más o menos 60 derechos fundamentales que aparecen de manera más frecuente en las constituciones.

²³⁹ DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, cit., p. 1200.

²⁴⁰ NORBERTO BOBBIO, “Derechos del hombre y sociedad”, en Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 115.

²⁴¹ DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, cit., p. 1200.

²⁴² En las palabras de LORRAINE E. WEINRIB: “The postwar constitutional state’s primary aspiration is to create stable institutions that work co-operatively to advance the widest application of the various constitutional principles”. Lorraine E. Weinrib, “Postwar paradigm and american exceptionalism”, en Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, New York, Cambridge University Press, 2006 (pp. 84-111), p. 98.

²⁴³ Vid. ALEXANDRA HUNNEUS, JAVIER COUSO y RACHEL SIEDER, “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America”, en Alexandra Hunneus, Javier Couso y Rachel Sieder (eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*, New York, Cambridge University Press, 2010 (pp. 03-21). Los autores, en un texto introductorio al libro, dan por sentado el hecho de que los derechos fundamentales (individuales, sociales o culturales) han crecido de modo sustancial en América Latina, lo que ha contribuido al aumento de poder político de las cortes constitucionales y, por consiguiente, al creciente proceso de judicialización de la política.

comunista²⁴⁴. Y aún más sorprendente es la recepción de ese ideal en determinados estados de fuerte tradición teocrática, como algunos de los países de religión islámica, que pasaron a convivir con una dualidad entre los valores seculares – *globales* – y la autoridad *local* de la religión²⁴⁵.

RAN HIRSCHL, desde un punto de vista empírico, presenta cinco escenarios que posiblemente explican esta “revolución constitucional”: (1) la constitucionalización como resultado de un proceso de reconstrucción tras una crisis política “existencial” (las constituciones de la post-guerra, como en Japón, 1946, en Italia, 1948, en Alemania, 1949, y en Francia, 1958); (2) la constitucionalización como proceso de descolonización (India, entre 1948 y 1950); (3) o en cuanto proceso de transición del autoritarismo hacia la democracia (como en España y Portugal en los años 1970, además de los países latinoamericanos en los años 1980 y comienzo de los 1990); (4) la constitucionalización en tanto resultado de la democratización y, a la vez, de la apertura económica (post-comunismo); (5) la constitucionalización en cuanto incorporación de normas supranacionales al orden jurídico doméstico (cuyo ejemplo paradigmático es la *Human Rights Act* de 1998 en Reino Unido)²⁴⁶.

Vistas así las cosas, me parece apropiado afirmar que está en pleno y avanzado desarrollo una especie de “mundo de los derechos”, en el cual los Estados – democráticos, en transición o incluso autocráticos²⁴⁷ – se proyectan como miembros de la comunidad

²⁴⁴ Vid. WOJCIECH SADURSKI, *Rights Before Courts: a study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, 2 ed. Dordrecht, Springer, 2014. Bajo el régimen comunista, cualquier forma de *constitutional review* sería vista como una afrenta al control total ejercido por el *Partido*. En el grupo de los países comunistas de Europa de la Guerra Fría, solamente Yugoslavia (1963), cuyo control no tenía como objetivo la protección de derechos fundamentales, y Polonia (1982), cuyo Tribunal Constitucional tardaría algunos años hasta tornarse operativo, establecieron alguna forma de control de constitucionalidad *antes* del derrocamiento del comunismo (pp. 05-06). Después del año 1989, el modelo *standard* adoptado en las antiguas repúblicas comunistas correspondería al control concentrado – y abstracto – de constitucionalidad (p. 13). Además de eso, la justificación de la existencia de las cortes constitucionales en los países post-comunistas radica en la protección de los derechos fundamentales, normalmente formulados en lenguaje muy abstracto (p. 145 y p. 250).

²⁴⁵ Véase RAN HIRSCHL, *Constitutional Theocracy*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2010. Hirschl cita los ejemplos de las recientes constituciones de Afganistán (2004) y de Iraq (2005), que consagran esta interesante dualidad: al mismo tiempo que definen la ley islámica (*Sharia*) como fuente de la legislación, declaran el compromiso con los derechos humanos, con principios de derecho constitucional y con la soberanía popular (p. 04).

²⁴⁶ RAN HIRSCHL, “On the blurred methodology matrix”, en Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, New York, Cambridge University Press, 2006 (pp. 39-66), p. 61

²⁴⁷ Véase David S. Law y Mila Versteeg, “Sham Constitutions”, *California Law Review*, Vol. 101, Issue 04, 2013 (pp. 863-952). Uno de los argumentos centrales de los autores es el siguiente: los países que más consagran derechos fundamentales en sus constituciones son también los países que más vulneran (o no realizan en grado mínimamente satisfactorio) esos derechos. Un ejemplo claro son los países autocráticos que asimismo incorporan derechos fundamentales en sus cartas constitucionales. Todo lleva a creer que los gobiernos de esos países no tienen intención alguna de realizar esos derechos y que preverlos en la

internacional *a través* del lenguaje de los derechos. Es verdad que hay una diferencia, a mi juicio nada despreciable, entre la plasmación constitucional de un conjunto de derechos fundamentales y, de otra parte, la creación de mecanismos institucionales diseñados para realizar – de modo eficaz – esos derechos. Pero lo que a mí me interesa subrayar, por lo menos en este momento, es el hecho – que, creo, podemos *describir* con relativa tranquilidad – de que el constitucionalismo *centrado* en los derechos es ya, a nivel global, un modelo bastante asentado.

Uno de los rasgos de este constitucionalismo, que aquí voy a llamar “constitucionalismo de los derechos”, etiqueta que tomo en préstamo del título de un reciente libro de LUÍS PRIETO SANCHÍS²⁴⁸, es la presencia insoslayable del elemento *jurisdiccional*. Es decir: esos derechos no constituyen meras declaraciones de intención, no son postulados de alcance exclusivamente político o, por así decirlo, consejos al legislador. Esos derechos – estén o no formulados en lenguaje abstracto, sean o no referencias a principios morales – son ya auténticas *normas jurídicas*. Y eso es así esencialmente porque, al añadirse a la conjunción *Constitución y derechos* el elemento *jurisdicción* (o sea, la *garantía jurisdiccional*), se ha dotado a la Constitución y, por consiguiente, a los derechos fundamentales en ella recogidos, de eficacia normativa²⁴⁹. Así pues, no es una casualidad que la proliferación de derechos sea un proceso paralelo a la difusión de alguna forma de control judicial de la ley.

Sin embargo, la afirmación con la que se ha iniciado este capítulo (“KELSEN no tuvo éxito en su ‘advertencia’”) no se justifica a la luz de la consolidación de la tríada *Constitución, derechos y jurisdicción*, sino más bien en virtud de la “textura de principio” que las normas de derechos fundamentales suelen conservar. O sea, el problema que “la

Constitución no pasa de ser un ejercicio de cinismo y de propaganda (engañosa) destinada a la comunidad internacional.

²⁴⁸ El libro es de 2013. Vid. LUÍS PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, cit. FRANCISCO RUBIO LLORENTE sigue un camino semejante al afirmar, refiriéndose a una concepción constitucional al servicio de los derechos, lo que sigue: “El rasgo definitorio de esta nueva concepción es el de la primacía de los derechos, de manera que, como se ha dicho, mejor que de Estado de Derecho habría que hablar de Estado de los Derechos”. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, cit., p. 1116.

²⁴⁹ Esa es la concepción *standard*, ampliamente asimilada y difundida, de la relación entre derechos, jurisdicción y Constitución. Obsérvense, por ejemplo, las palabras de PÉREZ ROYO: “Aquí es donde está la gran diferencia entre la Constitución liberal y la Constitución democrática. La Constitución es norma jurídica y no simple documento político. El mundo del derecho empieza en la Constitución y no en la ley. Por eso, lo que caracteriza la Constitución del siglo XX frente a la Constitución del siglo XIX son las garantías constitucionales, es decir, las garantías de la soberanía popular frente a la soberanía parlamentaria, las garantías de la Constitución frente a la Ley. (...) A través de estas garantías constitucionales la Constitución ha ido penetrando en el ordenamiento como la norma de cabecera del mismo, en relación con la cual tienen que ser interpretadas todas las demás”. JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*. 14ed., revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 81.

advertencia” plantea reside en la manera en la que se formulan las normas de derechos fundamentales, no en su existencia o previsión constitucional. Y claro: si esas normas dan lugar a un razonamiento en buena medida moral, KELSEN pasa a tener problemas también con el tercer elemento de la tríada, esto es, con la *jurisdicción*.

Ahora bien, es probable que haya buenas razones (y yo creo que las hay) para matizar la “advertencia de Kelsen” e incorporar a una Constitución un conjunto de derechos fundamentales formulados en un lenguaje abstracto²⁵⁰. Piénsese en la *libertad*, en la *igualdad*, en el *proceso justo*, en la *tutela judicial efectiva* y en tantos otros derechos que constituyen, con independencia de su normatividad, la esencia y el fundamento de la comunidad política. Un escéptico del carácter normativo de los derechos fundamentales podría incluso admitir que, *cuando menos*, esos derechos limitan el espacio del discurso político; es decir, la comunidad estará siempre discutiendo no sólo con respecto a qué queda dentro de las fronteras del *derecho a la igualdad*, sino también sobre cuál es la propia frontera²⁵¹. Por ello – al menos por ello – tal vez haya sido una buena idea la constitucionalización de *principios* de naturaleza y contenido moral.

Sucede que, si bien KELSEN pudiera no tener razón en lo que atañe a la presencia de principios en la Constitución, tal circunstancia no elimina el problema de la *aplicación* de esos principios por un órgano judicial. ¿Qué lecturas cabe hacer del derecho a la *libertad de expresión*? ¿Cuántas concepciones caen bajo el derecho a la *dignidad*? ¿No es evidente el desacuerdo político en torno al *derecho a la igualdad*? Si la concreción del contenido y alcance de esos derechos depende, de modo quizás inescapable, de un razonamiento moral y político, parece haber de hecho – como temió KELSEN – una transferencia de “poder político” hacia la *jurisdicción constitucional*; y esa era, no se puede olvidar, esencialmente su preocupación. Su recelo descansaba, como se ha visto en el primer capítulo, más *directamente* en torno al rol y al poder de la corte constitucional.

²⁵⁰ Véase a ese respecto VÍCTOR FERRERES, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000 (pp. 29-47), pp. 33-36. Aquí, el autor articula un interesante argumento a fin de demostrar la importancia de la abstracción de los términos constitucionales para el mantenimiento de la legitimación de la rigidez de la Constitución. Con el uso de conceptos abstractos – intergeneracionales – se matizaría el problema de si sería o no legítimo que las generaciones pasadas gobernaran las decisiones de las generaciones siguientes. Véase también BRUNO CELANO, “¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?” (trad. A. Greppi), en B. CELANO, *Derecho, Justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (pp. 195-234).

²⁵¹ Así argumenta WALDRON al pensar sobre la importancia de las cláusulas y conceptos indeterminados, como es el caso de las “penas crueles”. Vid. JEREMY WALDRON, “Vagueness in Law and Language: some philosophical issues”, *California Law Review*, Vol. 82, n. 3, Symposium: Void for Vagueness, 1994, pp. 509-540, p. 539.

Aunque se trate claramente de un recelo justificado (hay razones para tomarlo en serio y, con ello, discutir la legitimidad de la jurisdicción constitucional), el “constitucionalismo de los derechos” parece ir más allá, es decir, parece sobrepasar los límites de la relación entre *derechos* y *jurisdicción constitucional* para proponer una vinculación entre *derechos* y *jurisdicción en general*. Los derechos fundamentales, bajo esta concepción, no son entendidos como normas constitucionales que requieren su aplicación y protección *exclusivamente* por un cuerpo especializado de jueces o, en los supuestos donde no haya esa especialización, por un conjunto difuso de jueces. En palabras sencillas: los derechos fundamentales en cuanto normas constitucionales no reclaman aplicación sólo en el ámbito del *control de constitucionalidad*, sino que tienen un efecto *irradiador*, “impregnando” el sistema jurídico, sirviendo de elemento normativo autónomo y eficaz para la actividad de *cualquier* juez, en *cualquier* nivel de jurisdicción²⁵².

Este efecto irradiador, así entendido, radica en la noción de *aplicación directa* de los derechos fundamentales, una especie de *pilar*, si se puede decirlo así, del “constitucionalismo de los derechos”. RICCARDO GUASTINI incluye la aplicación directa de los derechos fundamentales entre las principales características de la constitucionalización del ordenamiento jurídico²⁵³. Según GUASTINI, una de sus consecuencias – justamente aquella que aquí voy a analizar con detenimiento – es la comprensión de que el juez ordinario debe aplicar la Constitución (y sus derechos) “siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra una laguna, o porque la ley sí ofrece una solución,

²⁵² Sobre el efecto de “irradiación” de los derechos fundamentales, que penetra asimismo en la esfera del derecho privado, de la relación entre particulares, véase MATTIAS KUMM, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, *German Law Journal*, Vol. 07, n. 04, 2006 (pp. 341-370). Tras esgrimir argumentos en defensa de la constitucionalización del derecho privado, KUMM aduce: “civil litigation could always be conceived as litigation about competing constitutional rights” (p. 359). También respecto a la irradiación, véanse las palabras de JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: “El fuerte contenido <principal> de sus disposiciones facilita la <constitucionalización> de todas las ramas del Derecho (tanto del público como del privado) mediante la recepción de reglas y principios dotados de una especial capacidad de irradiación”, JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 258. Para un breve pero concienzudo estudio sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), véase PEDRO CRUZ VILLALÓN, “Derechos fundamentales y derecho privado”, en Pedro Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 227-242. Creo que lo más importante es destacar, en el contexto de este efecto expansivo e irradiador de la Constitución, que culmina, entre otras cosas, en la tesis de la “eficacia horizontal”, la dependencia en relación con una concepción constitucional – y del propio Derecho – centrada en “los derechos”.

²⁵³ RICCARDO GUASTINI, “La <constitucionalización> del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003 (pp. 49-73), pp. 55.

pero tal solución parece injusta”²⁵⁴. De ahí que la cuestión de la relación entre *Constitución* y *jurisdicción* haya desbordado sin lugar a dudas los límites de la jurisdicción constitucional para ingresar en el terreno de la jurisdicción ordinaria. Y, en consecuencia, también ingresan en la jurisdicción ordinaria los *principios*, su *lenguaje abstracto*, su *contenido moral* y, en fin, su ínsito *desacuerdo*.

Si esto es así, el “constitucionalismo de los derechos” debe hacer frente a un peliagudo desafío: ¿cómo articular una teoría del derecho capaz de *dar cuenta* de esa “realidad”²⁵⁵? Con esta pregunta en verdad se relacionan algunas otras. ¿Qué rol debe tener el juez ordinario? ¿Qué significa razonar sobre la base de derechos? Y si esos derechos, como suele suceder, se formulan de modo abstracto, ¿cómo actuar para concretarlos? Más aún: ¿de qué modo toda esa actividad de concreción de derechos y de razonamiento por principios encuentra justificación, dado que ahora ya no hablamos con exclusividad de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, sino también de la jurisdicción ordinaria? Y la jerarquía del sistema jurídico, ¿se mantiene? Tales interrogantes no han quedado sin respuesta por parte de los teóricos. Yo diría que los *entusiastas* del “constitucionalismo de los derechos” se han detenido agudamente en la tarea de contestarlos. Se ha tomado en serio aquello en lo que, en más de una ocasión, ha hecho hincapié MANUEL ATIENZA: sería indispensable construir una teoría del derecho capaz de *dar cuenta* de la realidad del Estado Constitucional²⁵⁶.

Dentro del *género* “constitucionalismo de los derechos” – que, a grandes rasgos, alude a la centralidad de los derechos para el razonamiento judicial – creo que podrían identificarse dos *especies* representativas de ese ideal: el “constitucionalismo

²⁵⁴ RICCARDO GUASTINI, “La <constitucionalización> del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, cit., pp. 55-56.

²⁵⁵ Las comillas en la palabra *realidad* se justifican porque esta centralidad *de los derechos* para la aplicación *del Derecho* no tiene por qué derivar – no de modo necesario – del acentuado proceso de constitucionalización. La “realidad” de la irradiación, de la aplicación directa e incluso del carácter normativo de los derechos es antes bien una construcción teórica, una *concepción* sobre las relaciones entre *Constitución*, *derechos* y *jurisdicción*. Se puede describir tranquilamente el hecho de que en un sistema jurídico se dan esos tres elementos sin tener que suscribir (o derivar de ellos) ningún modo particular de articularlos. Yo creo que el modo de articularlos es justamente lo que está en disputa en el plano teórico, quizás con consecuencias prácticas no despreciables. Una discusión que se acerca un poco a esa observación puede verse en MANUEL ATIENZA, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía*, n. 31 (octubre, 2009), pp. 205-223.

²⁵⁶ ATIENZA señala, de modo resumido, lo que para él sería la *forma* de interpretación más adecuada para el Estado Constitucional: “la que mejor permita dar cuenta de nuestras Constituciones (o de cada una de ellas)”. MANUEL ATIENZA, *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos, 2013, p. 93. ATIENZA viene a decir lo mismo, acudiendo a DWORKIN, también cuando contesta las críticas de FERRAJOLI a su “constitucionalismo principialista”. Vid. MANUEL ATIENZA, “Dos versiones del constitucionalismo”, *Doxa*, 34 (2011), pp. 73-88, p. 82. Véase, además, MANUEL ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, n. 27 (Octubre, 2007), pp. 07-28.

principialista” y el “constitucionalismo garantista”. Si bien puede haber discrepancias en torno a esas nomenclaturas, lo que aconsejaría siempre algún tipo de matización, pienso que esas etiquetas se ajustan a sus fundamentos subyacentes, al menos en lo referente a las propiedades esenciales. Además de ello, podría añadirse la importancia de dar continuidad a un debate, de ubicarse en el ámbito de una discusión ya en curso²⁵⁷. Así que en este capítulo voy a ocuparme de las principales reflexiones desarrolladas en el seno de esas dos *especies* de “constitucionalismo de los derechos”. Mi objetivo, tal y como he intentado hacer en el capítulo antecedente, consiste en preguntarme por la *posición* del juez ordinario, por su relación con los derechos y, en particular, por su vinculación a la legislación.

Los *principialistas* y los *garantistas* suministran respuestas aparentemente distintas a esa cuestión, ya que sus proyectos teóricos tienen raíces en presupuestos jusfilosóficos en cierto modo antagónicos. ROBERT ALEXY y RONALD DWORKIN – los *líderes*, por así decirlo, de una forma *principialista* de pensar el Derecho – formulan sus tesis desde una perspectiva *no (o anti) positivista*. LUIGI FERRAJOLI, por su parte, desarrolla su *garantismo constitucional* desde una posición quizás de resistencia: decididamente positivista. A mi juicio, sin embargo, en lo que atañe a la capacidad orientadora de esas concepciones y, por consiguiente, a la actividad del juez ordinario, una y otra no difieren de modo sustancial; es decir, las consecuencias respecto de la relación entre *ley, juez y derechos* no se distancian tanto, sino que, pese a los innegables desacuerdos teóricos, terminan por acercarse. Al fin y al cabo – y voy a tratar de demostrarlo – la centralidad de los derechos para la actividad judicial constituye un elemento común entre *principialistas* y *garantistas* y, según creo, es exactamente esa centralidad la que genera las consecuencias más decisivas para la aplicación del Derecho; todo ello con cierta independencia de posiciones teóricas positivistas o anti-positivistas.

Voy a dividir este capítulo en tres partes conscientemente no proporcionales. La primera – y más extensa – trata de presentar el “constitucionalismo principialista”, sobre todo a partir de las contribuciones de DWORKIN y ALEXY. Aquí, mi idea es poner el acento ante todo en la concepción que tanto DWORKIN como ALEXY tendrían del constitucionalismo. La forma de ver la Constitución – y *sus derechos* – conlleva

²⁵⁷ Me refiero, en particular, al volumen n. 34 (de 2011) de la Revista *Doxa*, que empieza con el siguiente texto: LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34, (2011), pp. 15-54. Todo el volumen está destinado a discutirlo. Véase también JUAN RUIZ MANERO y LUIGI FERRAJOLI, *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

implicaciones muy importantes para la manera en la que un juez ordinario *principialista* pasa a comprender su actividad decisoria.

La parte subsiguiente – menos extensa – intenta presentar la segunda *especie* de “constitucionalismo de los derechos”: el *garantista*, de LUIGI FERRAJOLI. Su menor extensión se justifica en particular por una razón: el “constitucionalismo principialista” representa hoy en día la concepción predominante. No cabe duda acerca de su expansión en este nuestro “mundo de los derechos”, al que aquí estoy haciendo referencia. El “constitucionalismo principialista”, con su énfasis en la dimensión justificatoria del Derecho, y la exportación de sus principales herramientas (como es el caso del principio de proporcionalidad de ALEXY), ha alcanzado sin duda una considerable difusión²⁵⁸. Pero el “constitucionalismo garantista”, que uno podría denominar “el constitucionalismo *de FERRAJOLI*”, ha logrado difundir una concepción *fuerte* de los derechos fundamentales, fomentando, desde una filosofía política de trasfondo, una cultura de compromiso con la protección y realización de los derechos. Si el juez ordinario comprende su función en el seno de una visión garantista del constitucionalismo, ello también tendrá consecuencias relevantes para la actividad judicial.

La puesta en relación de esas dos *especies* de “constitucionalismo de los derechos”, con el fin de poner en tela de juicio su capacidad de suministrar – en el seno del Estado Constitucional – una ideal y deseable orientación a la jurisdicción ordinaria, constituye la tarea que intentaré llevar a cabo, a modo de conclusión, en la tercera parte de este capítulo. En definitiva, lo que trataré de mostrar es que el “constitucionalismo de los derechos” *no es*, en ninguna de sus vertientes teóricas, una propuesta atractiva para orientar la actividad de los jueces ordinarios en un contexto de vinculación a la *ley* y a los *derechos*. Y ello por lo menos en razón de dos circunstancias: por un lado, porque incrementa – ahora sí, de manera “insoportable” – el problema de la “advertencia de Kelsen”, ya que la transferencia de poder político que lleva a cabo se dirige ahora hacia

²⁵⁸ Véase ALEC STONE y JUD MATHEWS, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008 (pp. 73-165). En este trabajo, los autores conectan el constitucionalismo global con el principio de proporcionalidad, concluyéndose que la proporcionalidad constituye una herramienta para la expansión del poder de los jueces, como fenómeno global. Para una propuesta de plasmación del *constitucionalismo principialista* en el ámbito del derecho internacional, con énfasis en el principio de proporcionalidad, véase MATTIAS KUMM, “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State”, en Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 (pp. 258-324). Ese texto pone de manifiesto no solo la expansión a nivel global del principio de proporcionalidad, sino la expansión de una suerte de cultura “constitucional” consistente en la imposición de exámenes de justificación para cualquier decisión política, de cualquier rango.

la jurisdicción en general; por otro, porque esa transferencia de poder político tiene lugar de manera *fluida*, diluyéndose en una cultura argumentativa que no logra *dar cuenta* de los límites institucionales de la actividad judicial.

1. EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA

El “constitucionalismo principialista” – al menos en un sentido embrionario – resulta de una suerte de toma de conciencia por parte de los teóricos de la presencia de principios en el razonamiento jurídico. El Derecho no sería simplemente un modelo de reglas, sino más bien un modelo de reglas y de principios. En términos muy generales, esa fue la *primera* (y quizás la más influyente y discutida) objeción²⁵⁹ de DWORKIN al positivismo jurídico de HART; o, por lo menos, la objeción de DWORKIN a *su modo* de entender el positivismo de HART. Según ese planteamiento, el positivismo no podría seguir manteniendo sus tesis principales (la tesis de las fuentes sociales, la tesis de la ausencia de conexión conceptual entre Derecho y Moral y la tesis de la discrecionalidad) y admitir, a la vez, que el Derecho también está formado por determinadas normas – los principios²⁶⁰ – cuya validez en el sistema no derivaría (por lo menos no necesariamente)

²⁵⁹ La segunda objeción al positivismo – y a mi modo de ver la objeción más interesante – tiene raíces en la idea de *desacuerdo teórico* y puede verse en RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge-Massachusetts, London-England, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, pp. 04-06. A grandes rasgos, DWORKIN subraya que el Derecho es una práctica interpretativa y que los que participan en la práctica suelen discrepar en torno a los “*grounds of law*”. A esa clase de desacuerdos en torno a los fundamentos del Derecho (*grounds of law*) los denomina DWORKIN “desacuerdos teóricos”. Se trata del desacuerdo acerca de los criterios para definir si una proposición jurídica es o no verdadera y que, según DWORKIN, desafía la naturaleza convencional del Derecho (o “*the Plain-Fact view*”). DWORKIN vuelve a afirmar eso en *Justice for Hedgehogs*: “There is no agreement among lawyers and judges in complex and mature political communities about how to decide which propositions of law are true”. RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge-Massachusetts, London-England, The Belknap Press of Harvard University Press, p. 404. Dworkin sienta esa premisa para señalar, seguidamente, que el Derecho, en cuanto concepto interpretativo, es un concepto construido con el fin de encontrar la mejor justificación de la práctica (algo que ya estaba claro en *Law's Empire*); y que el Derecho es, en consecuencia, parte de la moralidad política, algo que él, en su última gran obra, pasaría a denominar “*one-system picture*” (RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 405-407). Para una crítica *positivista* a la visión del Derecho como una rama de la moral, véase LAWRENCE G. SAGER, “Putting Law in its Place”, en Will Waluchow y Stefan Sciaraffa (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, N. York, Oxford University Press, 2016 (pp. 117-129), p. 118. Para una crítica *positivista* a la tesis de los desacuerdos teóricos, véase BRIAN LEITER, “Explaining Theoretical Disagreement”, *University of Chicago Law Review*, v. 76, 2009 (pp. 1215-1250).

²⁶⁰ Hart, en su *post scriptum* a *The Concept of Law*, pone de manifiesto que los principios jurídicos (si bien Hart no los concibe como *estructuralmente* distintos de las reglas) pueden ser reconducidos sin dificultad a su concepto de Derecho. No habría nada en la “*naturaleza*” de los principios que impidiera su identificación en razón de su *pedigree* y no de su *contenido*, asimismo no habría inconveniente alguno en admitir que la regla de reconocimiento pudiera aludir a principios. Es decir: no habría ninguna incompatibilidad entre la noción de principio y la noción de regla de reconocimiento. Vid. H. L. A. HART, “Postscript” (Penelope A. Bulloch, Joseph Raz – Eds.), en H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 263-268.

de la decisión de una autoridad – de un simple hecho – sino de su propio contenido, es decir, de su *moralidad*²⁶¹.

Si bien el tema de los principios constituía uno de los puntos centrales de DWORKIN en *Taking Rights Seriously*, el término “principios” (teniendo en cuenta la propia cultura jurídica anglosajona) no hacía referencia necesaria a principios constitucionales, tal y como han sido presentados en la introducción a este capítulo. Quiero decir: DWORKIN no está hablando desde una perspectiva de “constitucionalización de derechos”, no está acusando a los positivistas de no poseer herramientas para *dar cuenta* de un “Estado Constitucional de Derechos”. Si uno piensa en *Riggs v. Palmer*, uno de los casos citados por DWORKIN, constatará que no hay allí una discusión en torno a principios constitucionales o a derechos fundamentales. El principio en juego es más o menos este: “nadie puede aprovecharse de su conducta ilícita”²⁶². Y la discusión en torno a él estriba en el hecho de que su validez no descansaría en su origen o *pedigree*, y por tanto tampoco en su inclusión en un *Bill of Rights*. Se trataría más bien de un principio subyacente al derecho positivo, que suministraría sentido moral a la práctica y que, en consecuencia, constituiría una norma jurídica perfectamente aplicable por un juez.

La propia noción de “derechos” en *Taking Rights Seriously* no está conectada (de nuevo: no de modo necesario) con su previsión en una Constitución con fuerza normativa y garantía jurisdiccional. En *Riggs v Palmer*, por ejemplo, *tomar los derechos en serio* alude al rechazo de la discrecionalidad judicial, implica asumir que, ya antes del enjuiciamiento del caso y, por lo tanto, con antelación al fallo, había una norma jurídica que prohibía que uno pudiera aprovecharse de su propia ilicitud. Esa norma, según DWORKIN, no ha sido inventada, no ha sido producida *legislativamente* por un conjunto de jueces, sino que, si bien no estaba explicitada, ya existía. Una de las partes *tenía un derecho* cuando se interpuso la demanda. Ese derecho, en consecuencia, no habría sido creado *ad hoc* para resolver el caso²⁶³. En ello, dentro de un contexto de negociación de la

²⁶¹ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977/1988. En el texto “*The Model of Rules I*”, que aparece en este libro como segundo capítulo, DWORKIN promueve su conocido “general attack on positivism” (p. 22).

²⁶² Como sabemos, *Riggs v Palmer* involucraba la siguiente cuestión: ¿Debería Elmer Palmer, tras haber asesinado a su abuelo para que no hubiera cambios en la distribución de la herencia (de la cual Elmer sería beneficiario por testamento), tener reconocido su derecho de heredero? La decisión del tribunal de Nueva York fue la de no permitir la concesión de la herencia a Elmer Palmer. Véase RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 23.

²⁶³ “The positivists’ doctrine of discretion (in the strong sense) required this view of legal obligation, because if a judge has discretion there can be no legal right or obligation – no entitlement – that must enforce. Once we abandon that doctrine, however, and treat principles as law, we raise the possibility that a legal obligation might be imposed by a constellation of principles as well as by an established rule. We

discrecionalidad judicial que caracteriza sobre todo a este primer DWORKIN, consistiría *tomar los derechos en serio*.

Lo cierto es que, tras este trabajo de DWORKIN, la noción de *principio* como norma ha alcanzado una dimensión destacada en la teoría jurídica. Él mismo ha ofrecido su definición de principio, que, en realidad, depende de la muy controvertida tensión en relación con la definición de regla. *Principles*, según DWORKIN, son normas que poseen una dimensión de peso y, además, constituyen un argumento para justificar y preferir determinada decisión. *Rules*, a su vez, son normas aplicables al modo *all or nothing*, es decir, al modo “todo o nada”; no representan argumentos para las decisiones, no suministran pesos o son objeto de pesaje, sino que conservan una pretensión de dirimir la controversia. DWORKIN aún ofrece una distinción más, que es la idea de *policy*: una norma que determina un estado de cosas a ser alcanzado, alguna suerte de objetivo político, económico o social que, por razones de igualdad o de justicia, debe ser perseguido por la comunidad²⁶⁴.

DWORKIN no volvería a acudir – en sus trabajos posteriores – a estos conceptos, por lo menos no en un sentido *fuerte*, en el sentido de que existiera una diferencia de tipo estructural entre ellos. Sin embargo, la distinción entre reglas y principios ha sido trasladada a nuestro “mundo de los derechos”, a este mundo constitucionalizado y que cuenta, a nivel global, con un incremento sustancial en el número de *derechos* formulados *como* principios, es decir, formulados en lenguaje abstracto y con tenor claramente moral. Aunque DWORKIN pudiera no estar pensando en ese fenómeno cuando escribió *Taking Rights Seriously* (o por lo menos el artículo “The Model of Rules”, en 1967²⁶⁵) – y de hecho nada indica que lo estuviera –, ello no significa que su construcción teórica no pudiera servir de instrumento para que los teóricos del Estado Constitucional pretendieron *dar cuenta* de sus constituciones llenas de principios, cláusulas abstractas, derechos fundamentales y, cuando menos en su parte orgánica, llenas también de reglas.

might want to say that a legal obligation exists whenever the case supporting such an obligation, in terms of binding legal principles of different sorts, is stronger than the case against it”. RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 44. En otro pasaje, de igual importancia para comprender su crítica a la discrecionalidad positivista, DWORKIN aduce: “I shall argue that even when no settled rule disposes the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judge’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively” (p. 81).

²⁶⁴ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 22-28.

²⁶⁵ “The Model of Rules” siempre se citará aquí como el capítulo II (“The Model of Rules I”) de *Taking Rights Seriously*. Pero es conveniente hacer constar que este escrito es un artículo originalmente publicado en 1967: RONALD DWORKIN, “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, v. 35, 1967 (pp. 14-46).

Así que la distinción entre reglas y principios se ha convertido en uno de los elementos más característicos del “constitucionalismo de los derechos”. Y la inspiración en DWORKIN me parece evidente, ya que – siguiendo a LUÍS PRIETO SANCHÍS – este tipo de constitucionalismo pone el acento, entre otros aspectos, más en los principios que en las reglas, más en la argumentación que en la discrecionalidad²⁶⁶. La idea de principio y la crítica a (o negación de) la discrecionalidad son ejes del DWORKIN *de la distinción entre reglas y principios*. No es por casualidad que haya intentos de articular propuestas más refinadas en el ámbito de esta distinción. ATIENZA y RUIZ MANERO, por ejemplo, separan los principios en *principios en sentido estricto y directrices* (o normas programáticas)²⁶⁷. HUMBERTO ÁVILA, por su parte, parece negar que haya una diferencia estructural entre reglas y principios (cuyo concepto se referiría más bien a un estado de cosas a alcanzar), sino más bien una diferencia apenas en términos de grado, además de proponer la inclusión de los “postulados” como un elemento más en el escenario de las distinciones²⁶⁸.

Pero no me interesa discutir aquí – no como aspecto central – la corrección de la distinción entre principios y reglas. Mi intención es hacer hincapié en el hecho de que esa distinción ha puesto a DWORKIN (y sus principios) en el núcleo del “constitucionalismo de los derechos”. Y, para que DWORKIN sea de hecho un interlocutor importante en el seno de esa *tradición* (si es que se puede ya decirlo así), la tensión entre principios y reglas no parece ser tan fundamental – por lo menos no en *su* pensamiento. Lo que sí se revela como fundamental, sobre todo si tenemos en cuenta que lo que perseguimos aquí es una respuesta al problema de la relación entre *juez, ley y derechos*, es (1) su concepción del constitucionalismo y (2) su modelo de interpretación y aplicación del Derecho. Ese modelo, por supuesto, habrá de manejar las reglas y los principios, pero no es la distinción misma la que define o estructura la teoría de la adjudicación de DWORKIN. El juez ordinario, involucrado en un sistema de reglas y de principios y sometido a los derechos y a la Constitución (o sea: el juez del Estado Constitucional), se mueve bajo una

²⁶⁶ LUÍS PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, cit., pp. 37-38.

²⁶⁷ MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, 4 ed., Barcelona, Ariel, 2007, pp. 26-27.

²⁶⁸ HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10ed., São Paulo, Malheiros, 2009. La idea de “postulado” tiene que ver, a grandes rasgos y de modo muy resumido, con ciertas *máximas* utilizadas en Derecho que no son ni reglas ni tampoco principios. Sería el caso de la *proporcionalidad*, de la *igualdad*, de la *razonabilidad*.

concepción de su actividad a la que DWORKIN denomina *Law as Integrity*, de la que me ocuparé en su momento.

El *principialismo* de DWORKIN constituye, en ese sentido, un proyecto en cierto modo distinto del *principialismo* de ROBERT ALEXY. De hecho, la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de ALEXY es una teoría que sienta sus bases sobre la distinción entre principios y reglas. Podría decirse incluso que sin esa distinción la *Teoría de los Derechos Fundamentales* carecería de sentido. Es que los propios derechos fundamentales son concebidos como principios y la estructura normativa de la “norma-principio” es la que define su modo de aplicación. Volveré sobre ello en breve, pero, en resumen, si el juez se halla ante una regla, la técnica de aplicación es la subsunción; si, por el contrario, se encuentra ante un principio, la técnica de aplicación es la ponderación. Estamos hablando de conceptos ya muy conocidos y debatidos con exhaustividad en la teoría jurídica contemporánea, pero su centralidad para “el constitucionalismo de los derechos” es tal que simplemente estaría fuera de lugar ignorarlos.

Además de ello, la conexión del proyecto de ALEXY con el “constitucionalismo de los derechos” es, al menos en comparación con el de DWORKIN, aún más evidente, ya que la teoría de los principios alexyana ha sido construida precisamente para *dar cuenta* de una realidad de “constitucionalización de derechos”. Alguna vez se ha dicho que la *Teoría de los Derechos Fundamentales* sería una teoría de alcance *local*, una especie de dogmática parcial de los derechos positivados en la Constitución alemana²⁶⁹. Esa visión, empero, no me parece acertada. Puede que el origen de la teoría corresponda más bien a un intento de reconstrucción de la racionalidad de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán en torno a los derechos fundamentales y sus colisiones. Puede que la inspiración haya sido, en su momento, local. Pero no creo que el factor *genético* de una teoría sea después de todo tan importante. Si ALEXY ha construido una forma de pensar la relación entre derechos fundamentales formulados como principios, si ALEXY ha diseñado un modelo destinado a explicar qué sucede cuando un juez se halla ante una colisión entre derechos y a orientar cómo resolverla, no puede afirmarse que dicha teoría

²⁶⁹ Véase, por ejemplo, GREGORIO ROBLES MORCHÓN, “El concepto no-positivista de los derechos fundamentales. Teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, en María Elósegui Itxaso (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Zaragoza, Fund. Manuel Giménez Abad/Marcial Pons, 2016 (pp. 47-70). GREGORIO ROBLES sostiene, a modo de conclusión, lo siguiente: “Las concepciones de ROBERT ALEXY constituyen, a mi juicio, una teorización y justificación de las doctrinas jurisprudenciales acuñadas por el Tribunal Constitucional Alemán al interpretar y aplicar la *Grundgesetz*. No pueden, por consiguiente, ser consideradas como una ‘teoría del derecho’, sino como una dogmática (parcial) del derecho constitucional germano de la posguerra”.

– que posee además un carácter estructural – esté restringida a la actividad de la jurisdicción constitucional alemana.

Eso es así no sólo porque la realidad se impone y hace evidente el éxito de la *globalización* de la *Teoría de los Derechos Fundamentales*²⁷⁰. Es así porque también es un hecho que el “mundo de los derechos” es un mundo, por lo general, de constitucionalización de principios. Y si es verdad que los jueces deben saber argumentar, interpretar y decidir sobre la base de principios, también es verdad que la *Teoría de los Derechos Fundamentales* representa un intento genuino de suministrarles alguna orientación. Si el *principialismo* de ROBERT ALEXY constituye la mejor manera de entender el rol de los principios y de orientar la actividad judicial en tal contexto es algo discutible (y que aquí de hecho será discutido). Pero es innegable la estrecha relación entre su teoría y el “constitucionalismo de los derechos”, entendido, sin lugar a dudas, como un fenómeno que va más allá de las fronteras del Tribunal Constitucional alemán.

Me parece importante insistir, aun a riesgo de repetirme, en que mi interés *inmediato* en DWORKIN y ALEXY radica en sus contribuciones para la comprensión del rol del juez ordinario, en particular cuando este juez ordinario está vinculado a la ley y a *los derechos*. ¿En qué sentido cabría hablar de vinculación del juez a la ley en el “constitucionalismo principialista”? ¿Hay lugar en él para la idea de *deferencia al legislador*? Dado que ninguno de ellos responde directamente a esta cuestión específica, mi interés *mediato* consiste en investigar sus concepciones en torno a la Constitución, los derechos, la jurisdicción e incluso los fundamentos (las razones justificatorias de fondo) de la actividad judicial. Ese recorrido – pienso – nos permitirá entender cuál es el sentido y cuáles son las implicaciones de la consolidación de un “modelo” de juez *principialista*. Una vez sentadas todas estas premisas, voy a ocuparme en primer lugar de DWORKIN, quizás el *principialista* que más haya insistido en algo así como un modelo de juez.

²⁷⁰ Vid. ALEC STONE y JUD MATHEWS, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, cit. Vid. MOSHE COHEN-ELIYA y IDDO PORAT, “Proportionality and the Culture of Justification”, *The American Journal of Comparative Law*, v. 59, 2011 (pp. 463-490). Vid. AHARON BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Trad. Doron Kalir, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. El proceso de globalización de la noción de proporcionalidad es estudiado con detenimiento por Barak. El autor no trata sólo de la expansión de la proporcionalidad dentro de Europa (incluso en la esfera comunitaria), sino que analiza el uso de tal instrumento en los países del *Commonwealth*, en América Latina, en Asia, entre otros (pp. 181-201).

1.1. Ronald Dworkin: el constitucionalismo y la *actitud* filosófica del juez

En el último párrafo de *Law's Empire*, tal vez la obra más representativa de su pensamiento, DWORKIN afirma lo siguiente: “*Law's empire is defined by attitude, not territory or power or process*”²⁷¹. Esa actitud, que, al menos en lo que corresponde a la esfera del Derecho, debemos esperar sobre todo de los jueces²⁷², es una actitud *constructiva, fraternal, interpretativa, protestante, de auto-reflexión*. Se trata de una actitud dirigida hacia el futuro, destinada a mostrarnos la mejor ruta posible – el mejor camino – en dirección a ese futuro. Es una actitud que descansa sobre principios, que ya no son aquellos “principios” que se contraponen a las “reglas”, sino principios de carácter filosófico-político que construyen la *unidad* de la comunidad y que, en consecuencia, suministran un *sentido* a esa comunidad²⁷³.

No se trata, como es perceptible, de una actitud modesta. Y no parece serlo para un ciudadano, para un político y tampoco para un juez. Si el Derecho de una determinada comunidad es definido por una *actitud filosófica* de esta complejidad – cuyos componentes, aunque puedan ser aclarados (e intentaré hacerlo), exhiben un alto grado de incertidumbre y abstracción – la actividad judicial reposará sobre esa actitud y dependerá, para su éxito, de una buena comprensión de todo lo que la integra. DWORKIN es consciente de la inmodesta tarea que prescribe a los jueces. Y por ello crea un modelo de juez – la conocida figura del juez Hércules²⁷⁴ – que tendría la capacidad y la actitud

²⁷¹ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 413.

²⁷² DWORKIN, no obstante, deja claro que no se trata de una actitud exclusiva de los jueces, sino de una actitud que todos los miembros de la comunidad deberíamos mantener en nuestras vidas ordinarias. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 413.

²⁷³ Me refiero aquí a la noción de “comunidad de principio”, desarrollada por DWORKIN. Una comunidad de principio, entre otras cosas, entraña una idea distinta de obligación política, estrechamente vinculada a la fidelidad a un “esquema de principio” (*scheme of principle*) que cada ciudadano tiene la responsabilidad política de identificar. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 190. En consecuencia, la comunidad puede reclamar legitimidad moral, en el sentido de que las decisiones tomadas *en nombre de la comunidad* sean de hecho obligatorias, y no meramente producto del ejercicio de poder. Este tipo de comunidad, además, es vista por DWORKIN como si fuera un agente moral individual, que tiene sus propios principios, que pueden o no ser respetados; una comunidad que puede o no actuar de buena fe, con integridad o de manera hipócrita, tal y como pueden hacerlo las propias personas que forman parte de dicha comunidad (cit., p. 168).

²⁷⁴ Hércules aparece por primera vez en el texto “*Hard Cases*”, que se encuentra en el capítulo cuarto de *Taking Rights Seriously*. DWORKIN señala que Hércules es un jurista con habilidades sobrehumanas, ubicado en alguna jurisdicción de Estados Unidos. Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 105. La figura del juez Hércules también aparece – en innumerables ocasiones – en *Law's Empire*. Véase, por ejemplo, este pasaje: “I must try to exhibit that complex structure of legal interpretation, and I shall use for that purpose an imaginary judge of superhuman intellectual power and patience who accepts law as integrity. Call him Hercules”. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 239. DWORKIN reconoce que Hércules es un juez con tiempo ilimitado y con un talento especial para articular una interpretación tan

necesarias para desarrollar con éxito esa actividad. Hércules, es cierto, corresponde a un ideal: llevará a cabo una interpretación del Derecho que, a la luz de un razonamiento por *principios*, permitirá poner de manifiesto su mejor sentido; y construirá, por ende, un mejor camino hacia el futuro.

Ahora bien, si DWORKIN entiende que Hércules es un juez-ideal, es porque entiende que todos los jueces *deberían perseguir* ese ideal de juez²⁷⁵. Hércules es, a fin de cuentas, una prescripción. Y si uno se encuentra ante una prescripción, siempre surgirá la inexorable pregunta de si se debe aceptarla. A decir verdad, y teniendo en cuenta que no todos somos jueces en nuestras comunidades, la pregunta sería más bien esta: ¿deberíamos desear que todos nuestros jueces *creyeran* que *deberían* ser como Hércules? Y, si por añadidura consideráramos que estamos utilizando el instrumental *dworkiniano* en el interior del “constitucionalismo de los derechos”, podríamos refinar todavía un poco más la pregunta: ante un escenario compuesto por derechos y principios constitucionales, ante el contexto del Estado Constitucional, ¿*deberíamos* orientar a los jueces a que actuaran bajo la concepción propuesta por DWORKIN y llevada a cabo por su juez Hércules?

Con el fin de dar respuesta a ese interrogante, voy a examinar una parte importante, pero específica del pensamiento de DWORKIN²⁷⁶. En un primer momento, trataré de mostrar los ingredientes más relevantes de su “concepción constitucional de la democracia”, en la que, en resumen, defiende el papel de los tribunales en la protección de los derechos y, así, en la concreción de principios. Siguiendo a DWORKIN, los tribunales terminan haciendo (y deben hacer) una *lectura moral de la Constitución*. En un segundo momento, trataré de analizar de qué manera se desarrollaría el razonamiento por principios llevado a cabo por los jueces. Es en la conjunción entre esos dos elementos

completa del Derecho de su comunidad. Pero advierte que un juez real puede “imitar” a Hércules por lo menos en un sentido limitado (cit., p. 245).

²⁷⁵ Vid. NEIL MCCORMICK, “Dworkin as pre-benthamite”, *The Philosophical Review*, v. 87, n. 04, 1978 (pp. 585-607), p. 593.

²⁷⁶ La “concepción constitucional de la democracia” y la “lectura moral de la Constitución” representan una parte de hecho bastante específica del pensamiento de DWORKIN, cuya amplitud acoge intereses múltiples y no siempre conectados. En cambio, su concepción del Derecho (y de la aplicación del Derecho), que involucra la idea de *Law as integrity*, puede considerarse un aporte todavía más amplio, dada su conexión con la propia justificación de la existencia del Estado y, en particular, de la existencia del poder de coacción llevado a cabo por el Estado. Véase RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., 98. Según DWORKIN, una concepción del Derecho consiste en una interpretación general y abstracta de la práctica, que sea capaz de presentar esa práctica en su mejor sentido, en un sentido que sea asimismo capaz de suministrar una justificación adecuada a la coerción estatal (p. 139). En este sentido específico, DWORKIN aduce que el *convencionalismo* no sería una concepción apropiada. La mejor concepción del Derecho correspondería a la idea de *Law as integrity*.

donde se sitúa el juez Hércules y, por consiguiente, donde habría de situarse también *cualquier juez* involucrado en la actividad de dar contenido concreto a una Constitución de principios.

1.1.1. La concepción constitucional de la democracia y la lectura moral de la Constitución.

En *Freedom's Law*²⁷⁷, DWORKIN se propone al análisis de algunos de los problemas constitucionales más controvertidos de la historia americana reciente. Por ejemplo: en el texto *Roe in Danger*, DWORKIN se detiene en las circunstancias del conocido caso *Roe v. Wade* (1973), evaluando los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema, que, por primera vez, reconocía el derecho al aborto²⁷⁸. Además de la controversia en torno al aborto, el libro acude a otros temas de elevada carga moral y que, por ello, suelen producir una gran divergencia de opinión en la comunidad política: piénsese en la eutanasia, en las acciones afirmativas, en los derechos de las parejas homosexuales, en la pornografía. DWORKIN está esencialmente interesado en cómo comprender *constitucionalmente* esos casos y, por supuesto, también en la mejor manera de resolverlos.

Pero la peculiaridad de esos casos – y sobre todo ahí reside su carácter controvertido – es que la Constitución no suele ofrecer una solución *clara* para ellos; esto es, la Constitución *no pretende* resolverlos de modo concluyente; no contiene, por ejemplo, una regla que expresamente prohíba o permita el aborto. Una decisión acerca de la eutanasia o con respecto al derecho de las parejas homosexuales se toma sobre la base de normas más abstractas, como la cláusula de “*equal protection*” de la Constitución americana; o sea, se toma sobre la base de *principios*. No obstante eso, DWORKIN hace

²⁷⁷ RONALD DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, N. York, Oxford University Press, 1996. El libro reúne un conjunto de artículos – publicados, por tanto, con anterioridad – acerca de debates sobre temas constitucionales controvertidos, algunos de ellos sustanciados ante la Corte Suprema.

²⁷⁸ Según DWORKIN, el punto más importante de la discusión a nivel constitucional es definir si el feto constituye una “persona constitucional” y, por consiguiente, resolver si la Constitución americana protege o no el feto: “Courts cannot avoid deciding the legal question whether a fetus is a constitutional person because it makes no sense to consider what constitutional rights some people do or do not have, in any area of constitutional law, without first deciding who else has rights a state must or may also recognize”. Ronald DWORKIN, “Roe in Danger”, en RONALD DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, N. York, Oxford University Press, 1996 (pp. 44-59), p. 46. En este caso, la Corte Suprema ha decidido que el feto *no* era una “persona constitucional” y, así, ha reconocido el derecho al aborto en los primeros meses del embarazo. DWORKIN manifiesta su acuerdo con la decisión.

hincapié en el hecho de que el aborto es una “cuestión jurídica sobre la correcta interpretación de la Constitución”²⁷⁹. Y refuerza que, si bien se trata de un problema político y moral, se trata asimismo de “una cuestión de interpretación jurídica”²⁸⁰.

Según DWORKIN, la ausencia de una norma constitucional que regule directamente el tema del aborto, representa, para algunos, el *silencio* constitucional²⁸¹. La objeción sería entonces esta: ¿cómo afirmar que la Constitución americana reconoce el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo si esta misma Constitución no dedica ni una palabra a hablar del tema? Eso sería tanto como decir que la Corte Suprema estaría autorizada a declarar la existencia de *derechos constitucionales* pese a que esos derechos nunca hubieran sido previstos. DWORKIN, sin embargo, no ve fuerza en esa objeción. Si todo ello fuera así – nos dice – el derecho al matrimonio, el derecho al voto y el derecho a frecuentar una escuela *no* segregada racialmente²⁸² – que tampoco han sido mencionados en la Constitución americana – deberían ser rechazados como genuinos derechos. Por lo tanto, el problema no estriba en el silencio de la Constitución. Lo que sí es importante – según DWORKIN – es construir una teoría sobre cómo deben interpretarse las cláusulas abstractas de la Constitución, sobre cómo debe decidirse a la luz de *principios*²⁸³.

Y ello es así porque la Constitución americana no consiste en una “colección particular de acuerdos políticos”, sino más bien en una *Charter of principle*²⁸⁴, de tal modo que la interpretación sobre la base de preceptos abstractos, abiertos a una amplia argumentación moral y al desacuerdo, es algo inevitable. Así que, ante esa realidad insoslayable, DWORKIN pone de relieve su propuesta respecto a cómo debería interpretarse la Constitución. No toda la Constitución, matiza DWORKIN. Hay normas en la Constitución americana a las que esto no sería aplicable, como es el caso de la regla que exige que el presidente tenga por lo menos 35 años de edad²⁸⁵. Pero las otras, las que

²⁷⁹ “(...) a legal question about the correct interpretation of the Constitution”, RONALD DWORKIN, “Roe in Danger”, cit., p. 46.

²⁸⁰ “The question is one of legal interpretation”. RONALD DWORKIN, “Roe in Danger”, cit., p. 49.

²⁸¹ RONALD DWORKIN, “Roe in Danger”, cit., p. 52. En *Law’s Empire*, DWORKIN denomina ese modo de ver las cosas (la Constitución no otorgaría ningún derecho a través de sus cláusulas abstractas) “*passivism*”. RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 371.

²⁸² DWORKIN incluye además el derecho al uso de contraceptivos, el derecho a viajar entre diferentes Estados, etc. Ronald Dworkin, “Roe in Danger”, cit., p. 53.

²⁸³ “But we cannot decide whether these complaints are justified without some theory of how judges should interpret the abstract provisions of the Constitution, such as the provision that requires due process of law”. RONALD DWORKIN, “Roe in Danger”, cit., p. 52.

²⁸⁴ “...which conceives of its Constitution as a charter of principle rather than a particular collection of political settlements”. RONALD DWORKIN, “Roe in Danger”, cit., p. 54.

²⁸⁵ RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, N. York, Oxford University Press, 1996 (pp. 01-38), p. 8.

entrañan un lenguaje moral, deben interpretarse por medio de un proceso que DWORKIN denomina “*the moral reading*” – la lectura moral de la Constitución.

No se trata de algo novedoso, subraya DWORKIN²⁸⁶. Jueces y abogados, en su labor diaria, saben, si bien no siempre lo hacen explícito, que las cláusulas constitucionales de contenido moral, recogidas en un *Bill of Rights*, sólo pueden concretarse si se lleva a cabo un razonamiento moral. Con ello, por supuesto, el derecho constitucional se convierte en un tema de moralidad política²⁸⁷, ya que será siempre necesario desarrollar una *concepción* de la moralidad política para hacer operativo el *Bill of Rights* de la Constitución. Además de eso, la *lectura moral* no acepta la idea de que esos principios deberían ser entendidos acudiendo a la intención de los “*framers*”²⁸⁸, como si lo que importara fuera la concepción original de la libertad de expresión o del debido proceso. La intención es importante, pero en otro sentido. Un principio debe ser entendido simplemente en tanto principio, es decir, en tanto norma que se refiere a la moralidad y que la incorpora para limitar el poder político²⁸⁹.

La *lectura moral* de DWORKIN reposa sobre una comprensión político-filosófica acerca del conjunto de principios establecidos en el *Bill of Rights* americano. Esos principios entrañan el compromiso del Estado con el siguiente ideal: el gobierno debe tratar a los miembros de la comunidad con igual consideración (“*equal concern*”), atribuyéndoles el mismo *status* político y moral²⁹⁰. Esa idea puede verse en *Justice for Hedgehogs* como requisito de legitimidad de la acción estatal. Un gobierno legítimo es un gobierno que consigue tratar a cada ciudadano con igual consideración y respeto, al reconocer la capacidad de cada uno para influir en la vida política y para ser el responsable del rumbo de su propia vida²⁹¹. La legitimidad incluso se relaciona con el deber moral de obediencia al Derecho: un Estado legítimo contiene una estructura constitucional, así como una práctica asentada sobre esa estructura, que produce una “obligación general de

²⁸⁶ RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., p. 3.

²⁸⁷ “The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law”. RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit. p. 2.

²⁸⁸ RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., p. 8.

²⁸⁹ RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., p. 7. Los “*framers*”, de conformidad con esa lectura, tuvieron la *intención* de dictar una norma abstracta, un principio – no una *concepción* sobre dicho principio. En las palabras de DWORKIN: “We are governed by what our lawmakers said – by the principles they laid down – not by any information we might have about how they themselves would have interpreted those principles or applied them in concrete cases” (p. 10). Véase CONNIE S. ROSATI, “The Moral Reading of Constitutions”, en Will Waluchow y Stefan Sciaraffa (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, Nueva York, Oxford University Press, 2016 (pp. 323-351), p. 327.

²⁹⁰“(…) to treat them all with equal concern”. Ronald Dworkin, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., p. 8.

²⁹¹ RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 321-323.

obediencia a las decisiones políticas”²⁹². La legitimidad es, por fin, una cuestión de grado, y está en relación inversamente proporcional a la justificación moral de la desobediencia civil²⁹³.

DWORKIN insiste en que esa forma de *leer* la Constitución es una tarea que corresponde a todos: “la lectura *moral* propone que todos – jueces, abogados, ciudadanos – participen en el proceso de interpretación y aplicación de esas cláusulas abstractas bajo la comprensión de que ellas invocan principios morales sobre decencia y justicia”²⁹⁴. Pero al mismo tiempo es perfectamente consciente de que *alguna* interpretación debe ser autoritativa y final, de que, si bien todos pueden desarrollar distintas lecturas morales, una de ellas debe prevalecer como la que vincula a la comunidad. En el sistema americano, señala DWORKIN, la que prevalece es la *lectura moral* llevada a cabo por los jueces y, en última instancia, por la Corte Suprema. Y ello no significa que los jueces deban tratar sus concepciones morales particulares como si fueran exigencias constitucionales. Los jueces *deben* preguntarse por la *mejor* concepción de los principios constitucionales, *deben* extraer de ellos su mejor sentido²⁹⁵, teniendo en cuenta el ya referido compromiso del *Bill of Rights* con la igual consideración y respeto hacia los ciudadanos.

Como puede advertirse, se confiere a los jueces la atribución de concretar normas que aluden a principios de moralidad política, lo que significa, a fin de cuentas, que los jueces terminan por establecer qué es lo que requiere esa moralidad política. De ahí que uno podría – justificadamente – preguntarse si eso es algo compatible con la *democracia*, con la idea del gobierno *por* el pueblo. DWORKIN se enfrenta a esa clase de objeción esgrimiendo básicamente dos argumentos. El primero sostiene que el razonamiento moral de los jueces está, bajo la idea de la *lectura moral*, acotado por las exigencias de la integridad y de la historia institucional. Aquí, “*Law as integrity*” orienta y *restringe* la

²⁹² RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 191: “A state is legitimate if its constitutional structure and practices are such that its citizens have a general obligation to obey political decisions that purport to impose duties on them”.

²⁹³ RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 323. Véase, sobre ese punto específico, CANDICE DELMAS, “Political Resistance for Hedgehogs”, en Will Waluchow y Stefan Sciaraffa (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, Nueva York, Oxford University Press, 2016 (pp. 25-48), p. 27.

²⁹⁴ “The moral reading proposes that we all – judges, lawyers, citizens – interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about decency and justice”. RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., p. 2.

²⁹⁵ “Judges may not read their own convictions into the Constitution. (...) The moral reading asks them to find the best conception of constitutional moral principles – the best understanding of what equal moral status for men and women really requires (...)”. RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., pp. 10-11.

actividad judicial. Pero sobre ello volveré en el apartado siguiente. El segundo argumento, a su vez, trata de mostrar que la “objeción democrática” solo tiene sentido si se mantiene una concepción insuficiente de la democracia – la concepción mayoritaria – que debe, por lo tanto, reemplazarse por la “concepción constitucional de la democracia”²⁹⁶.

Esa concepción, suscrita por DWORKIN, rechaza la idea de que las decisiones colectivamente vinculantes deban dictarse siempre en consideración al criterio mayoritario; y formula por consiguiente un reproche a la comprensión de que el aspecto definitorio de la democracia es más bien el valor intrínseco del procedimiento (mayoritario) de toma de decisiones. El objetivo esencial de la democracia consistiría – y aquí se percibe la constante presencia del mandato de “*equal concern*” – en la toma de decisiones colectivas a través de instituciones políticas que contribuyeran, teniendo en cuenta su estructura y sus prácticas, a tratar a los miembros de la comunidad con igual consideración y respeto²⁹⁷. Así que, ante la posibilidad de un procedimiento no mayoritario que ofreciera mejores *resultados*, que lograra alcanzar, con ello, el objetivo principal de la democracia, DWORKIN no ve ningún inconveniente en preterir el modelo mayoritario.

El argumento de que el abandono del criterio mayoritario implicaría una pérdida en términos de libertad y autonomía de los ciudadanos es rechazado por DWORKIN. Y lo rechaza porque, a su juicio, no habría una relación tan estrecha como a veces se pretende entre la voluntad de la mayoría y la promoción del valor de autogobierno del individuo. La “concepción constitucional de la democracia” lleva la pertenencia a la comunidad política a un nivel distinto, en el cual el individuo es considerado un miembro *moral* de la comunidad²⁹⁸. Aquí, el ciudadano debe conservar una expectativa real de marcar alguna diferencia, de ejercer, por tanto, influencia en las decisiones colectivas. Y ello presupone la existencia de *reciprocidad* – cada miembro debe ser tratado *como miembro* por los demás –, de tal modo que todos los ciudadanos sean comprendidos en cuanto agentes morales independientes²⁹⁹.

Una vez sentada esa premisa, ahora sí entraría en juego la disputa sobre cuál sería la mejor institución para llevar a cabo la tarea de *leer moralmente* la Constitución y para

²⁹⁶ RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., p. 15.

²⁹⁷ RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., p. 17: “It takes the defining aim of democracy to be a different one: that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect”.

²⁹⁸ RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., pp. 24-25.

²⁹⁹ RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., p. 26.

otorgarle un sentido que corresponda al ideal de *igual consideración y respeto*. DWORKIN entiende que la presencia de la *judicial review* puede representar un elemento institucional importante para ese fin (y en Estados Unidos él parece estar bastante seguro de que sí lo representa³⁰⁰). Si los jueces entienden que lo que *deben* hacer – de hecho – es desarrollar una *lectura moral* de los principios constitucionales, entonces la jurisdicción puede contribuir, entre otras cosas, al incremento de la calidad de la deliberación pública³⁰¹. Aunque los legisladores también sean “defensores de los principios”³⁰², la jurisdicción estaría en mejor posición³⁰³ para poner de manifiesto los argumentos morales relevantes y para tomarlos en consideración al resolver una controversia; la jurisdicción tomaría en serio, en este sentido específico, el derecho de *influencia* de los ciudadanos.

De ese modo, los tribunales representarían “*the forum of principle*”³⁰⁴, el *locus* adecuado para la discusión en torno a los principios constitucionales. Más aún: la “concepción constitucional de la democracia”, en su exigencia de “*equal concern*”, conlleva una preocupación especial por la protección de los derechos de las minorías. Los legisladores, a juicio de DWORKIN, pueden descuidar esos derechos con más facilidad, dado que su posición institucional es mucho más vulnerable a la fuerza de la mayoría. Y si la mayoría, por cualquier circunstancia, estuviera en contra de determinado derecho de la minoría (aquí entendida no tanto en un sentido de minoría parlamentaria, sino más bien como objeto de discriminación), ese derecho se vería en gran medida amenazado si su protección dependiera exclusivamente de una acción parlamentaria³⁰⁵. Por ello, “*the forum of principle*” es asimismo un espacio de protección de derechos³⁰⁶, cuya

³⁰⁰ “The United States is a more just society than it would have been had its constitutional rights been left to the conscience of majoritarian institutions”. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 356.

³⁰¹ RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., pp. 30-31. La defensa de la *lectura moral* implica el *rechazo* de posturas presuntamente “técnicas”, por así decirlo, en el trato de los problemas constitucionales. Los jueces deberían entender su función, al acudir a los principios constitucionales, exactamente en términos de un razonamiento moral genuino. Dworkin llega a “reprender” lo que él llama “unhelpful metaphors about balance and structure” (p. 14) con el fin de sostener su concepción de *interpretación constitucional*.

³⁰² “I do not mean, of course, that only judges should discuss matters of high political principle. Legislatures are guardians of principle too, and that includes constitutional principle”. RONALD DWORKIN, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, cit., p. 31.

³⁰³ “I am now arguing only that legislators are not institutionally better placed to decide questions about rights than judges are”. RONALD DWORKIN, “Political judges and the rule of law”, en Ronald Dworkin, *A matter of principle*, Cambridge-Massachusetts, London-England, Harvard University Press, 1985 (pp. 09-32), p. 25.

³⁰⁴ Véase RONALD DWORKIN, “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, v. 56, 1981 (pp. 469-518).

³⁰⁵ RONALD DWORKIN, “Political judges and the rule of law”, cit., pp. 27-28.

³⁰⁶ DWORKIN aduce que si los jueces entienden la protección de los derechos como su responsabilidad, entonces las minorías podrán ganar en términos de poder político. RONALD DWORKIN, “Political judges and the rule of law”, cit., p. 28.

consecuencia es cuando menos un equilibrio de poder político entre los miembros de la comunidad.

Quiero poner el acento, al finalizar este apartado, en algo importante subrayado por DWORKIN: “*arguments of principle are right-based*”³⁰⁷. Es decir: la aplicación de principios constitucionales consiste, al fin y al cabo, en la definición y aplicación de derechos. Si esto es así, la “concepción constitucional de la democracia” pone el *principialismo* de DWORKIN – en definitiva – en el núcleo del “constitucionalismo de los derechos”. Los tribunales, si están orientados al manejo de principios constitucionales, deben entender su actividad en términos de protección de derechos y, además de eso, deben llevarla a cabo acudiendo a la *lectura moral* de la Constitución. La *lectura moral*, es cierto, entraña una insoslayable transferencia de poder político hacia la jurisdicción. Pero DWORKIN no sólo es perfectamente consciente de ello, sino que cree en la legitimidad de esa transferencia de poder. “*The forum of principle*”, a su juicio, da lugar a la resolución de los más fundamentales conflictos sociales ya no en términos de puro poder, sino en términos de *justicia*³⁰⁸.

1.1.2. ¿Cómo razonar por principios? *Law as Integrity*

Como se ha visto, DWORKIN pone de relieve la inevitable condición del juez vinculado a una Constitución *de principios*: la necesidad del razonamiento moral. Una concepción distinta de la democracia – la “concepción constitucional” – justificaría el rol de los jueces en este escenario. Pero DWORKIN es consciente de que eso no puede ser todo. Habría que aportar algo más que la sencilla idea de *lectura moral*. Habría, pues, que orientar los jueces a *cómo razonar por principios*, a *cómo entender su actividad* y, por fin, habría que decir asimismo algo sobre los límites de la decisión judicial. La *lectura moral*, en cuanto método de interpretación constitucional, no puede, por lo tanto, aislarse de la concepción general de DWORKIN sobre la decisión judicial, no puede aislarse de la idea del “Derecho como integridad”.

³⁰⁷ RONALD DWORKIN, “Introduction”, en Ronald Dworkin, *A matter of principle*, Cambridge-Massachusetts, London-England, Harvard University Press, 1985 (pp. 01-06), p. 03.

³⁰⁸ “We have an institution that calls some issues from the battleground of power politics to the forum of principles. It holds out the promise that the deepest, most fundamental conflicts between individual and society will once, someplace, finally become questions of justice”. RONALD DWORKIN, “The Forum of Principle”, cit., p. 518.

Si bien lo que interesa aquí es la orientación a los jueces, “*Law as Integrity*” no es sólo una teoría de la adjudicación. En realidad, “*Law as integrity*” consiste en una teoría general del derecho, en un proyecto de *jurisprudence*, de ciencia jurídica³⁰⁹. Para DWORKIN, el *concepto* de Derecho – que es esencialmente interpretativo – tiene que ver con la relación justificatoria entre las decisiones del pasado (en resumen: el derecho positivo) y la coerción estatal³¹⁰. El teórico del derecho debería buscar una *concepción* del Derecho que suministrara, por lo tanto, la mejor justificación para el uso de la fuerza. Con esa finalidad, DWORKIN pone en tela de juicio dos concepciones más usuales del Derecho – el convencionalismo y el pragmatismo³¹¹ – rechazándolas por insuficientes. La concepción del Derecho más interesante, y que ofrecería la mejor justificación moral para el ejercicio del poder político y para el uso de la coerción, sería más bien “*Law as integrity*”, una concepción construida por DWORKIN. “*Law as integrity*” sería capaz de presentar la práctica (el Derecho es una práctica social) en su mejor sentido³¹².

La “integridad” es un principio de moralidad política que consiste básicamente en lo siguiente: aunque haya profundos desacuerdos morales, los ciudadanos tienen derecho a que las decisiones políticas sean dictadas de modo coherente, como extensiones de la mejor lectura moral de las decisiones del pasado³¹³. Eso supone la existencia de una “comunidad de principio”, que comparte un conjunto de principios morales (de nuevo: aunque haya desacuerdo sobre la forma de entenderlos)³¹⁴. El Estado, que en realidad *habla* en nombre de esa comunidad, debe *hablar con una sola voz*³¹⁵. Las deliberaciones

³⁰⁹ “So no firm line divides jurisprudence from adjudication or any other aspect of legal practice”. RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 90

³¹⁰ RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., pp. 97-98. Según Dworkin: “Law is a matter of which supposed rights supply a justification for using or withholding the collective force of the state because they are included in or implied by actual political decisions of the past” (p. 97). En las palabras de JEREMY WALDRON: “The conception of law defended in *Law’s Empire* is a particular account of the connection between the way we justify present exercises of power and the relation between past decisions that have been made in the community”. JEREMY WALDRON, “The Rule of Law as a Theater of Debate”, en Justine Burley (ed.), *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2004 (pp. 319-336), p. 328

³¹¹ RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 94.

³¹² Una concepción del Derecho, siguiendo a DWORKIN, resulta de una interpretación abstracta y general de la práctica y tiene como función presentar esa práctica “*in its best light*”. RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 139.

³¹³ “Law as integrity supposes that people are entitled to a coherent and principled extension of past political decisions even when judges profoundly disagree about what this means”. RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 134.

³¹⁴ RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 211.

³¹⁵ RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 165. ALBERT CALSAMIGLIA señala que la virtud de la integridad exige “que las leyes no sean fruto de un compromise entre concepciones de justicia subjetivas y contradictorias sino que respondan a una concepción coherente de la justicia pública”. ALBERT CALSAMIGLIA, “Dworkin y el enfoque de la integridad”, en Agustín Squella (dir.), *Ronald Dworkin:*

deben tener como resultado decisiones que puedan leerse a la luz del conjunto de principios compartidos por la comunidad. Hay por lo menos dos dimensiones del principio político de “integridad”: la justicia y la equidad (“*fairness*”). La dimensión de justicia tiene que ver con el resultado de las decisiones políticas (¿cuál es la decisión correcta?). La dimensión de “*fairness*”, por su parte, se conecta con la cuestión del procedimiento (¿cuál es la estructura procedimental correcta?)³¹⁶. Una decisión, si respeta la integridad, debe ofrecer siempre los mismos *standards* de justicia y de equidad.

“*Law as integrity*” representa algo así como el traslado del principio político de integridad hacia el Derecho. “*Law as integrity*” es una concepción del Derecho producida a través de un ejercicio de interpretación constructiva y que presenta, como ya se ha señalado aquí, la mejor justificación de la práctica³¹⁷. Diferentes concepciones del Derecho suministran criterios distintos para la identificación del propio Derecho. Es decir: un juez convencionalista identifica el Derecho de una manera; un juez pragmatista, de otra manera; y, finalmente, un juez vinculado a “*Law as integrity*” tendrá criterios distintos para describir qué cuenta como Derecho en la comunidad de la cual *participa*³¹⁸. La pregunta respecto a qué cuenta como “Derecho” depende de la *concepción* de Derecho que el participante haga suya.

DWORKIN llama a eso “desacuerdo teórico” e incluso con base en ello formula una objeción al positivismo jurídico³¹⁹. Pero eso no es relevante aquí. Lo que sí cabe subrayar es el criterio que los participantes que *aceptan* “*Law as integrity*” utilizan para identificar el Derecho. DWORKIN lo tiene muy claro: “las proposiciones jurídicas son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad”³²⁰. La verdad de la proposición jurídica “en la comunidad política `Y´, está prohibido el matrimonio entre personas del mismo sexo”³²¹ depende, si se acepta “*Law*

estudios en su homenaje, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993 (pp. 45-68), p. 60.

³¹⁶ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 164 e p. 404.

³¹⁷ “...constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong”. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 52.

³¹⁸ Nótese que Dworkin pone el acento en la perspectiva *del participante*, dado que la práctica jurídica es una práctica esencialmente argumentativa. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 13.

³¹⁹ Véase la nota a pie de página n. 259, que trata de la “segunda” objeción al positivismo jurídico.

³²⁰ En el original: “propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice”, RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 225.

³²¹ Recojo ese ejemplo del siguiente pasaje de JOSÉ JUAN MORESO: “De hecho, el desacuerdo en la cultura jurídica española acerca del valor de verdad de la proposición jurídica que determina si la Constitución

as integrity”, de ese criterio descrito por DWORKIN, depende de la mejor interpretación constructiva de la práctica, que debe tomar en serio las dimensiones del principio político de integridad. Si esto es así, *describir* el Derecho es una actividad interpretativa y, de la misma manera, *decidir* también lo es.

Pero no se trata de una actividad interpretativa en el sentido usual de interpretar palabras. “*Law as integrity*” pone el razonamiento moral en el núcleo del razonamiento jurídico. Si un juez, para identificar el Derecho, necesita razonar en términos de justicia, equidad y debido proceso, ese juez debe construir una *interpretación moral* de la práctica, una interpretación que presente la práctica en su mejor sentido. Por ello, a juicio de DWORKIN, los juristas son siempre filósofos y cada decisión judicial constituye “*a piece of legal philosophy*”³²². “*Law as integrity*” es asimismo un “principio de adjudicación”³²³, un método de decisión judicial. Si el Estado debe hablar *con una sola voz*, “*Law as integrity*” instruye a los jueces a hablar también *con una sola voz*. El juez debe reconocer los derechos de las partes como si esos derechos hubieran sido atribuidos por un único autor (la comunidad), un autor que mantiene – como ya se ha repetido aquí – un conjunto coherente de principios.

El juez que acepta “*Law as integrity*” debe, entonces, acceder a esos principios de moralidad política. Eso es algo inherente a su actividad; es algo implicado en la actividad judicial incluso cuando en la decisión no se hace mención de principio alguno. Esto es: la moralidad política se encuentra en la decisión judicial incluso en los casos fáciles, ya que los casos fáciles son, conforme a DWORKIN, apenas un caso especial de los *hard cases*³²⁴. Los principios de moralidad política constituyen, en verdad, la dimensión justificatoria de las normas explícitas (*rules*)³²⁵. El hecho de que a menudo la aplicación de reglas jurídicas se lleve a cabo sin acudir explícitamente a principios no significa que ellos no sean importantes, sino que, en realidad, se asume la justificación moral de la regla

autoriza o excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo era un desacuerdo amplio y persistente. ¿Cuál es la naturaleza de tal desacuerdo? No es un desacuerdo empírico, no hay ninguna duda de que la mayoría requerida del Parlamento votó a favor de la ley. (...) Pero esta tesis, la tesis de los desacuerdos teóricos, pone en cuestión la naturaleza convencional del Derecho”. JOSÉ JUAN MORESO, “Los intocables del Derecho”, en José M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho: tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (pp. 91-104), p. 94.

³²² Ronald Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 90. A mi juicio, DWORKIN suscribiría dos formas de entender esa frase: tanto la idea de que el juez debe presentar la práctica en su mejor sentido (el “juez filósofo”) como la idea, más débil y a mi modo de ver más atractiva, de que cada decisión judicial refleja, aunque silenciosamente, una determinada concepción del Derecho. Por ello, según el propio DWORKIN, “*jurisprudence (...) is the silent prologue to any decision at law*” (cit., p. 90).

³²³ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 225.

³²⁴ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 266.

³²⁵ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 96.

aplicable. La moral se encuentra, así pues, en cada fallo judicial, desde el caso más sencillo al caso más complejo.

“*Law as integrity*” entraña aún dos dimensiones muy importantes de la interpretación jurídica: la dimensión de ajuste (“*fit*”) y la dimensión de justificación (“*justify*”)³²⁶. El juez no accede *directamente* a la moralidad política, como si no importaran las decisiones del pasado o la historia institucional de la comunidad³²⁷. El juez de “*Law as integrity*” se compromete a valorar los materiales jurídicos disponibles (las leyes, los precedentes, etc.). En ello consiste la dimensión de “*fit*”. Una decisión judicial fundada en una interpretación que no se ajusta a ninguna de las lecturas posibles del derecho positivo existente es una decisión que, *prima facie*, no respeta la “integridad”. De ahí que la dimensión de “*fit*”, siguiendo a DWORKIN, corresponda a las interpretaciones posibles (“*elegible readings*”), ajustables a la práctica en curso. Esas interpretaciones luego deben someterse a la dimensión de “*justify*”, de manera que prevalezca la que presenta la práctica en su mejor sentido (“*in its best light*”), la que contribuya a la mejora de la práctica en consideración a su conjunto de principios³²⁸.

Esa relación entre “*fit*” y “*justify*”, en cambio, da lugar a alguna incertidumbre. Y ello porque la dimensión de “*fit*” parece presentarse como una especie de “marco”, como si representara una definición preliminar de fronteras, dentro de las cuales la dimensión de “*justify*” estaría autorizada a actuar. La justificación sólo tendría lugar, por lo tanto, en el momento de examinar las “*elegible readings*”. Pero el propio DWORKIN trata de matizar esa conclusión, aduciendo que la distinción entre “*fit*” y “*justify*” no es tan crucial y ni siquiera tan profunda³²⁹. DWORKIN parece sugerir que, por lo menos en determinados casos, habría que hacer un balance entre ambas dimensiones. Y eso lo dice claramente al referirse al posible conflicto entre consideraciones de “*fairness*” y consideraciones de *justicia*, que debe resolverse por medio de un compromiso entre esos valores³³⁰. Así que la dimensión de “*fit*” no constituye en realidad marco alguno para el momento de la

³²⁶ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., pp. 230-231.

³²⁷ “(...) history matters”, RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 227.

³²⁸ “The justification need not fit every aspect or feature of the standing practice, but it must fit enough for the interpreter to be able to see himself as interpreting that practice, not inventing a new one”. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 66.

³²⁹ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 231.

³³⁰ “But the political judgement he must make is itself complex and will sometimes set one department of his political morality against another: his decision will reflect not only his opinions about justice and fairness but his high-order convictions about how these ideals should be compromised when they compete”. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 256.

justificación. Las consideraciones de “*fit*”, por lo tanto, también se sujetan al “*general balance of political virtues*”³³¹.

El juez que actúa bajo “*Law as integrity*” debe formularse siempre una pregunta fundamental: ¿podría esta interpretación formar parte de una teoría coherente y que justifica la práctica en su conjunto?³³² Es precisamente al contestar a esa pregunta cuando el juez puede verse ante un conflicto entre las dimensiones de “*fit*” y “*justify*”. Claro está que una interpretación posible – que se *ajusta* a los materiales normativos – puede no justificarse, de tal modo que sea eliminada en el test de justificación. Pero también puede suceder que una solución que *no* se ajusta en absoluto a las leyes y, en su caso, a los precedentes, sea la solución *requerida* por “*Law as integrity*”, precisamente en razón de su peso moral, de su capacidad de ajustarse ya no a las leyes o a los precedentes, sino más bien al conjunto coherente de principios de moralidad política que está en el trasfondo y que, al fin y al cabo, da sentido a la práctica.

La conocida metáfora de la “novela en cadena” quizás sirva para demostrar la fidelidad del juez a la práctica en curso, la fidelidad del juez con relación a las decisiones del pasado³³³. Sin embargo, también sirve al propósito de poner de manifiesto el deber que tiene el juez de justificar moralmente cada decisión suya, habida cuenta de que cada decisión desarrolla un poco más la historia de la comunidad. La función de Hércules – el juez-ideal de DWORKIN – es construir una historia que presente la comunidad, “*all things considered*”, en su mejor sentido moral³³⁴. Pero, tal y como pone de relieve el propio DWORKIN, los jueces no son solamente autores de la novela, sino también críticos de la propia historia que ayudan a escribir³³⁵. Es por esa razón que el Derecho, gobernado por la concepción de la integridad, es – como ya se ha dicho – una cuestión ante todo de *actitud*, de compromiso por la plasmación, caso a caso, de la mejor lectura moral del esquema de principios que funda una “comunidad de principio”.

Solamente en ese sentido y dentro de ese contexto cabe hablar de la conocida tesis de la “única respuesta correcta” (“*one right answer*”)³³⁶. Un juez que haya aceptado y

³³¹ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 256.

³³² RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 245: “Law as integrity, then, requires a judge to test his interpretation of any part of the great network of political structures and decisions of his community by asking whether it could form part of a coherent theory justifying the network as a whole”.

³³³ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 228.

³³⁴ “Which story shows the community in a better light, all things considered, from the standpoint of political morality?”, RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 249.

³³⁵ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 228.

³³⁶ Véase RONALD DWORKIN, “No Right Answer?”, *New York University Law Review*, v. 53, 1978 (pp. 01-32). Este artículo aparecería más tarde bajo el título “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, en RONALD DWORKIN, *A matter of principle*, Cambridge-Massachusetts, London-England, Harvard

comprendido bien la noción de integridad y que, en consecuencia, desarrolle un concienzudo razonamiento en términos de “*fit*”, “*justify*”, “*fairness*”, “*justice*”, “*due process*”, en orden a establecer una decisión que presente la comunidad “*in its best light*”, ¿alcanzará siempre una respuesta demostrablemente – e indudablemente – correcta? La respuesta de DWORKIN es negativa³³⁷. No es en absoluto necesario entender la tesis de la respuesta correcta de esta manera. Dicha tesis representa más bien una especie de ideal regulativo³³⁸, en el sentido de que si un juez logra realizar una interpretación constructiva *teniendo en cuenta* los elementos de moralidad política que componen “*Law as integrity*” podrá, en consecuencia, ofrecer una respuesta correcta para el caso enjuiciado.

Es como si el juez tuviera, por así decirlo, un deber de alcanzar la respuesta correcta, que es asimismo la respuesta *moralmente* correcta, por el hecho de que resulta de la *correcta* lectura de los principios morales que justifican la práctica. El juez de “*Law*

University Press, 1985 (pp. 119-145). En síntesis, DWORKIN sostiene que hay una sola respuesta correcta incluso en los *hard cases*. Si una teoría basada en derechos gobierna la decisión judicial, tiene lugar, por consiguiente, un razonamiento por principios. Aunque haya concepciones distintas acerca de la mejor manera de dar contenido al principio, es decir, aunque haya desacuerdo sobre cómo entender el principio, DWORKIN parece sostener que una concepción será necesariamente mejor que otra, en el sentido de que representaría una lectura moral más adecuada del principio. Esa concepción sería, por lo tanto, la respuesta correcta.

³³⁷ DWORKIN, ya en el prefacio a *Law's Empire*, aclara que es un error entender la tesis de la única respuesta correcta como si la existencia de esa respuesta implicara que ella fuera necesariamente demostrable. Dworkin aduce que hay una diferencia entre la cuestión de si hay razones para pensar en una respuesta correcta, para asumir su existencia, y la cuestión relativa a la posibilidad de demostrar, de probar esa corrección. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. ix.

³³⁸ ALFONSO RUIZ MIGUEL señala cuatro características fundamentales de la tesis de la respuesta correcta, que entiende que corresponden a la idea de *pretensión de corrección*: “a) la noción de respuesta correcta es una hipótesis heurística o metodológica que no necesita ser defendida como tesis ontológica; b) el carácter moral del razonamiento jurídico no compromete a confundir el derecho con la moral crítica propia del intérprete sino solo con la mejor respuesta dadas las constricciones jurídicas; c) tales constricciones pueden ser distintas no solo según el distinto sistema jurídico, sino también, dentro del mismo sistema, para el intérprete teórico (que no puede descuidar la coherencia del conjunto), para el juez (que debe atender especialmente a los precedentes y a la certeza jurídica), o para el abogado (que ha de mirar ante todo por los intereses de su cliente); y d) la respuesta correcta no siempre puede ser unívoca, pues en ocasiones puede haber decisiones con soluciones graduables e incluso con varias opciones distintas todas ellas razonables. ALFONSO RUIZ MIGUEL, “Por qué no es realista ser realista jurídico (genovés): algunos problemas del punto de vista externo”, *Analisi e Diritto*, 2014 (pp. 129-148), pp. 139-140. El rasgo “b” parece situar la tesis de la respuesta correcta tras la definición de las “constricciones jurídicas”; es decir, una vez establecidas tales constricciones, el juez buscaría la mejor respuesta *en el interior* de las “elegible readings”. Si así fuera, la tesis me parecería más atractiva. A mi juicio, empero, en realidad esas constricciones jurídicas, que corresponden a la dimensión de “*fit*”, terminan por someterse al “*general balance of political virtues*”, de manera que, al parecer, la tesis de la respuesta correcta, aunque tome en cuenta las constricciones jurídicas, no está limitada por ellas; la tesis de la respuesta correcta puede, incluso, exigir una decisión que vaya más allá de esas constricciones. En relación con la idea de que esa tesis no necesita ser entendida desde el punto de vista ontológico, creo que la observación es acertada. Para una visión distinta, que termina por conectar las tesis de Dworkin a una controvertida ontología, véase ALEXANDER PECZENICK, “Taking Laws Seriously”, *Cornell Law Review*, v. 68, 1983 (pp. 660-684), pp. 675-676.

as integrity” no posee discrecionalidad en sentido fuerte³³⁹ porque está orientado por un ideal regulativo que le instruye a buscar la única y correcta respuesta. Uno podría plantear la sencilla objeción de que no siempre las normas jurídicas son claras y que hay espacios para la incertidumbre en razón de la “textura abierta” del Derecho. Eso es cierto. Pero no se puede olvidar que el hecho de que las normas explícitas no suministren un resultado claro no significa, para DWORKIN, que no haya resultado correcto. Más aún: aunque las normas explícitas (*rules*) sí suministren un resultado claro, este puede no ser el resultado correcto y, por lo tanto, exigido por “*Law as integrity*”. La corrección de la respuesta no depende, a la postre, de la “textura” de las normas. La corrección de la respuesta depende de un razonamiento moral más amplio, en el cual el texto sí *pesa algo*, pero el juez de “*Law as integrity*” no está, en última instancia, para establecer el significado del texto, sino para determinar qué es lo que requieren los principios de moralidad política³⁴⁰.

1.1.3. La vinculación del juez a la ley en el *principialismo* de Dworkin

Si volviéramos la mirada otra vez hacia la idea de *lectura moral* de la Constitución y nos preguntáramos cómo un juez que aplica un catálogo de derechos debe razonar por principios, creo que la respuesta, siguiendo a DWORKIN, está definida por su concepción del Derecho como integridad. Si un juez está autorizado a aplicar principios constitucionales, el razonamiento moral es, como se ha visto, inexorable. Pero la verdad es que si este juez acepta “*Law as integrity*” como concepción del Derecho, el razonamiento moral es parte de su actividad en cualquier hipótesis, se esté ante un problema como el aborto o incluso ante un sencillo caso de límite de velocidad. La moralidad política, es cierto, ingresa en el razonamiento judicial de modo acentuado y peculiar cuando se trata de establecer un razonamiento a base de principios constitucionales. Pero “*Law as integrity*” pone de manifiesto que la moralidad política está en el trasfondo de cualquier decisión, en cualquier instancia o nivel de jurisdicción.

Y es exactamente por ello que, a mi juicio, “*Law as integrity*” representa una concepción del Derecho perfectamente compatible con la realidad del Estado

³³⁹ La discrecionalidad en sentido fuerte es, según Dworkin, una característica de la concepción convencionalista del Derecho. Se trataría de una idea según la cual los jueces, en los *hard cases*, no se hallarían limitados por ninguna exigencia de consistencia con las decisiones del pasado; decidirían, pues, bajo criterios extrajurídicos. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 115.

³⁴⁰ Esa conclusión puede verse también en T.R.S. ALLAN, “Justice, Integrity and the Common Law”, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper n. 44/2014 (pp. 01-19). Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2482428>.

Constitucional y, en especial, con la idea de “constitucionalismo de los derechos”³⁴¹. El juez del “constitucionalismo de los derechos” – sea juez constitucional, sea juez ordinario – debe manejar, aplicar y tornar efectivos los derechos recogidos en las constituciones; y si esos derechos son entendidos como principios o si, al menos, entrañan argumentos *de principio*, entonces “*Law as integrity*” puede entenderse en cuanto forma de comprender y orientar la actividad judicial en el Estado Constitucional. Los derechos fundamentales no solo podrían aplicarse a través de la *lectura moral* de la Constitución por aquellos jueces que – dependiendo del diseño institucional – tuvieran conferido ese poder, sino que, por encima de todo, suministrarían argumentos de principio que, por medio de “*Law as integrity*”, podrían aplicarse por cualquier juez.

Si el juez del Estado Constitucional debe inspirarse en el *principialismo* de DWORKIN, pasará a comprender su actividad bajo una específica concepción de la democracia y bajo una específica concepción del Derecho y de la decisión judicial. Ese juez debe, por lo tanto, *aceptar* la “concepción constitucional de la democracia” y *aceptar*, a la vez, “*Law as integrity*”. Ya no comprenderá la democracia en términos de procedimiento y tampoco la pensará a partir de la regla de la mayoría. La democracia – para él – será más bien un tema relacionado con la realización del mandato de “*equal concern*”, con la idea de que todos los ciudadanos deben ser tratados con igual consideración y respeto. Y eso, por supuesto, conlleva algunas matizaciones en lo que atañe a las decisiones dictadas en el seno del parlamento: su carácter (e incluso su justificación) ya *no* depende del respeto al objetivo que persigue la mayoría circunstancial, sino del respeto al objetivo *sustancial* de la democracia, que es el mandato de “*equal concern*”. Si no se observa ese mandato, se diluye la justificación para que se mantenga la decisión mayoritaria.

Más que aceptar la “concepción constitucional de la democracia”³⁴², que es, al fin y al cabo, una forma de justificar el rol de la jurisdicción en la toma de decisiones

³⁴¹ Nótese que DWORKIN también ha defendido una concepción singular de *rule of law*, que él denomina “*rights*” *conception of the rule of law* y que se contrapone a la *rule-book conception of the rule of law*. Por lo tanto, la propia noción “Estado de Derecho” se encuentra vinculada a *los derechos*. RONALD DWORKIN, “Political judges and the rule of law”, cit., p. 11.

³⁴² Creo que es importante subrayar, siguiendo a JAMES FLEMING, que la *lectura moral*, en el seno de la concepción constitucional de la democracia, es una forma de inspirar a los jueces a argumentar en torno a los principios más profundos de la comunidad política; no se trata de un mandato de obediencia a las decisiones del pasado o a la historia institucional. La “fidelidad constitucional” significa, aquí, fidelidad en el ámbito de los principios, no en el ámbito de decisiones concretas, políticas y circunstanciales, que hayan concretado esos principios. Véase JAMES E. FLEMING, “The Place of History and Philosophy in the Moral Reading of the American Constitution”, en Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law’s Empire: the Jurisprudence of Ronald Dworkin*, N. York, Oxford University Press, 2006 (pp. 23-39), p. 38.

políticas, el juez del *principlismo* de DWORKIN debe orientarse por “*Law as integrity*”. Y eso, creo, incrementa la complejidad de su función. Esa complejidad empieza ya en el criterio que el juez hace suyo con el fin de identificar el Derecho, con el fin de afirmar – en el lenguaje de DWORKIN – la verdad de una proposición jurídica. Me permito repetirlo aquí: “las proposiciones jurídicas son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad”³⁴³. Ante la pregunta relativa a la pertenencia de una norma al ordenamiento jurídico al que está vinculado, el juez debe preguntarse si esa norma es conforme a la *mejor interpretación constructiva de la práctica*³⁴⁴. Pienso que eso ilustra la *actitud filosófica* que DWORKIN prescribe a los jueces³⁴⁵.

La formulación de ese criterio de identificación revela todo su sentido cuando uno entiende qué son los “*grounds of law*” para DWORKIN y, por consiguiente, qué es “*Law as integrity*”. El juez que trata de seguir a Hércules debe tener en cuenta que la finalidad principal de la actividad de Hércules es poner de manifiesto cuál es la mejor manera de construir *aquel trozo* de historia institucional que se halla ante sus manos en un momento determinado. Hércules no está particularmente interesado en elucidar el sentido de la norma “N” para la circunstancia “C”; su tarea consiste, antes bien, en dar una respuesta a la controversia que tiene lugar en “C” en términos de coherencia con respecto a una teoría

³⁴³ RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 225.

³⁴⁴ Tal vez la palabra “pertenencia” no sea del todo adecuada para ilustrar el problema. Pero tampoco hay en DWORKIN una distinción tajante entre, por ejemplo, “validez” y “vigencia” de una norma. De ahí que lo que parece importar, a la postre, es la idea de que una proposición jurídica es una declaración acerca del contenido del Derecho. Y ese tipo de declaración, por supuesto, es objeto de un examen de verdad o falsedad. Véase SCOTT J. SHAPIRO, “The Hart-Dworkin Debate: a Short Guide for the Perplexed”, en Arthur Ripstein (ed), *Ronald Dworkin*, N. York, Cambridge University Press, 2007 (pp. 22-55), p. 36. Véase también T.R.S. ALLAN, “Law, Justice and Integrity: The Paradox of Wicked Laws”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 04, 2009 (pp. 705-728), p. 710. T.R.S. ALLAN subraya que la verdad de una proposición jurídica es, en el seno del convencionalismo, un asunto relativo a convenciones; en “*Law as integrity*”, en cambio, la verdad de una proposición jurídica constituye un tema de juicio moral. Todo ello pone de relieve la actitud filosófica que DWORKIN espera de los jueces que *acepten* su concepción del Derecho.

³⁴⁵ Vid. RONALD DWORKIN, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, trad. Leonardo García Jaramillo, *Isonomía*, n. 32, 2010 (pp. 07-29). En este texto, DWORKIN pone de relieve el rol de los (complejos) conceptos filosóficos que forman parte del trabajo del juez. Al final, recomienda que los jueces sean sinceros respecto de la presencia de esos conceptos en su labor y parece abogar por la inclusión de la filosofía moral y de la filosofía política en la educación jurídica. Véase también CHRISTOPHER L. EISGRUBER, “Should Constitutional Judges be Philosophers?”, en Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law's Empire: the Jurisprudence of Ronald Dworkin*, N. York, Oxford University Press, 2006 (pp. 05-22). El carácter esencialmente filosófico de la actividad judicial lleva, entre otros factores, ROBERTO J. VERNENGO a clasificar la teoría de DWORKIN como “metafísica del Derecho”. Vid. ROBERTO J. VERNENGO, “El Derecho como interpretación e integridad”, en Agustín Squella (dir.), *Ronald Dworkin: estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993 (pp. 17-44), pp. 21-22.

moral que justifique toda la práctica. La norma “N” (y sus posibles interpretaciones) constituye un ingrediente más en el razonamiento de Hércules. Pero la norma “N” no acota su ámbito de actuación. Tenerla en cuenta es importante, pero lo que de hecho es definitorio para la resolución de la controversia es el encaje de la respuesta judicial en un esquema coherente de principios que dan sentido a la práctica. Si Hércules es un ideal que merece la pena alcanzar – o al que merece la pena acercarse –, eso significa que el juez que lo intenta buscará, en cada caso, suministrar una respuesta que, “*all things considered*”, presente la práctica en su mejor imagen³⁴⁶.

El juez del Estado Constitucional que tenga a Hércules como ejemplo también rechazará la idea de que su actividad pueda llegar a ser discrecional. Si las normas explícitas (*rules*) no suministran una respuesta clara para el caso, el juez debe acudir a la dimensión de los principios y, por medio de un razonamiento moral, construir la respuesta correcta para el caso, la que presente la comunidad “*in its best light*”³⁴⁷. Nótese bien: con ello, la respuesta correcta y, en consecuencia, la exigida por el Derecho, nunca se halla en la dimensión de las reglas, sino en la dimensión de los principios, aunque existan intersecciones entre las reglas y la mejor lectura de esos principios. Pero la respuesta correcta siempre se deriva de los principios de moralidad política. Y DWORKIN niega que ese tipo de razonamiento implique discrecionalidad, por lo menos en el sentido de que el juez actuara como si fuera un legislador. Hay una respuesta correcta para cada caso enjuiciado. Las partes conservan el derecho a ser tratadas con igual consideración y respeto aún en los *hard cases*. Y Hércules, y los jueces seculares que intenten imitarlo, deben ejercer su jurisdicción bajo ese ideal regulativo.

Si las cosas son así, si de hecho los jueces del Estado Constitucional deben tratar de emular el talento y la aptitud filosófica de Hércules, ¿cabría hablar de límites a la actividad judicial? En caso afirmativo, ¿cuáles serían esos límites? ¿Tiene sentido, en el contexto del pensamiento de DWORKIN, seguir hablando de cosas tales como *deferencia al legislador* y vinculación del juez a la ley? Creo que la respuesta es negativa. Y, teniendo en cuenta precisamente ese punto de vista – el punto de vista de la vinculación a la ley – debería ser asimismo negativa la respuesta a la pregunta planteada en el comienzo de esta sección sobre DWORKIN: si deberían los jueces del Estado Constitucional manejar las

³⁴⁶ Según T.R.S. ALLAN, “*Law as integrity*” entraña una visión en la que el Derecho representa solo un “*framework*” para la argumentación en torno a las exigencias de la justicia, de la equidad y de la integridad. Vid. T.R.S ALLAN, “*Law, Justice and Integrity: The Paradox of Wicked Laws*”, cit., p. 724.

³⁴⁷ Véase BRIAN LEITER, “*Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*”, *The American Journal of Jurisprudence*, v. 48, 2003 (pp. 17-51), p. 23.

reglas y los principios, las leyes y los derechos, tomando la imagen de Hércules como ejemplo. Esto es: si deberían nuestros jueces ejercer su actividad tomando como ideas reguladoras las de la respuesta correcta, la ausencia de discrecionalidad y la mejor respuesta moral.

Tal vez cabría dar una respuesta diferente a esos interrogantes. Tal vez “*Law as integrity*” pudiera ser una concepción atractiva del Derecho. Pero sucede que, para que las cosas fueran así, la perspectiva del que se enfrenta a esas cuestiones no puede basarse en la vinculación del juez a la ley o en la *deferencia al legislador*. FREDERICK SCHAUER tiene razón cuando aduce que la dimensión institucional del Derecho carece de interés para DWORKIN, que su manera de concebir el Derecho tendría que ver, ante todo, con la cuestión del mejor juicio moral, con la corrección de un razonamiento sobre la base de principios de moralidad política³⁴⁸. La posición institucional del juez, la autoridad del legislador o la propia jerarquía del Derecho no constituyen en realidad temas relevantes en el contexto del pensamiento de DWORKIN. Su teoría, por tanto, no está construida para dar cuenta de ese tipo de problema, de tal manera que, en lo que atañe al rol del juez, el ideal regulativo de la *deferencia al legislador* no parece tener cabida en “*Law as integrity*”.

Si el juez del Estado Constitucional acepta “*Law as integrity*”, la consecuencia es que se socava, en particular, la noción de límites institucionales, la comprensión de que hay un conjunto de instituciones que juegan un papel fundamental en la creación del contenido del Derecho; se menoscaba, por lo tanto, el entendimiento de que esos límites institucionales – incluyendo la autoridad del legislador – acotan la esfera de actuación del juez. Como se ha visto aquí, las dimensiones de “*fit*” y “*justify*” componen la teoría de la interpretación que el juez debe tener en cuenta. Pero la dimensión de “*fit*”, en la cual se tomaría en serio la legislación y, en general, la autoridad de los materiales normativos que vinculan al juez, en último término no restringe el razonamiento judicial³⁴⁹. Las reglas

³⁴⁸ FREDERICK SCHAUER, “Institutions and the Concept of Law: a Reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick”, en Maksymilian Del Mar y Zenon Bankowski (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Farnham, UK, Ashgate, 2009 (pp.35-44), p. 40. SCHAUER defiende que la concepción de DWORKIN depende de una visión basada en la irrelevancia “*of law-identifying institutions*” (p. 36).

³⁴⁹ “There must be an appropriate balance between fit and justification, one which enables at least the majority of existing judgements and statutory provisions to be interpreted as a coherent and morally appealing system of legal principle”. T.R.S ALLAN, “Law, Justice and Integrity: The Paradox of Wicked Laws”, cit., p. 715.

jurídicas tienen una autoridad tentativa, una autoridad *prima facie*, que siempre está sujeta a las exigencias de la dimensión de justificación moral³⁵⁰.

Además de eso, si la función judicial consiste más bien en acceder a la moralidad política con el propósito de construir una respuesta que presente la práctica en su mejor sentido, ¿qué importancia tiene la dimensión de “*fit*”? Y en la hipótesis de que el juez haya alcanzado la respuesta correcta y, por consiguiente, ya posea la lectura que presente la práctica en “*its best light*”, ¿qué puede importar lo que dice la legislación?³⁵¹ De hecho, no es posible hablar de vinculación del juez a la ley. El vínculo del juez que acepta “*Law as integrity*” se establece, antes bien y sobre todo, con el conjunto de principios morales que le permiten alcanzar una decisión correcta. Es un vínculo, creo que podría decirlo así, *originario*, en el sentido de que no está mediado verdaderamente por cualquier otra decisión política del pasado.

Aunque la lectura moral de ese conjunto de principios entrañe insoslayables desacuerdos, y aunque la tarea del legislador sea, casi siempre, zanjar esos desacuerdos al dictar una ley, el juez de “*Law as integrity*” siempre debe regresar al nivel del desacuerdo; debe, por ende, promover la reapertura del desacuerdo moral que el legislador había resuelto³⁵². El juez sólo está vinculado a la ley – y la ley sólo se identifica como “Derecho” en la perspectiva del juez – cuando su contenido se derive de la *mejor interpretación constructiva de la práctica*, a la vista de un balance entre los principios de equidad, justicia y debido proceso. Y la verdad es que, si así son las cosas, lo que vincula el juez, en última instancia, no es en absoluto la ley, sino la *mejor interpretación constructiva de la práctica*, con relativa independencia del procedimiento, de la institucionalidad, de la jerarquía e incluso del propio desacuerdo en la concreción de los principios morales. Un juez que, “*all things considered*”, haya encontrado la mejor respuesta moral, está obligado a aplicarla. A ella, por lo tanto, se dirige su *deferencia*.

³⁵⁰ T.R.S. ALLAN afirma, a mi juicio con toda la razón, lo que sigue: “Statutes and precedents provide a crucial focus for such debate; but the rules they are taken to establish have only tentative and temporary authority subject always to reappraisal in the light of continuing reflection and dialogue”. T.R.S ALLAN, “Law, Justice and Integrity: The Paradox of Wicked Laws”, cit., p. 724.

³⁵¹ Es la pregunta que se plantea DENNIS PATTERSON. Si la obligación del juez consiste en encontrar el “verdadero significado” de los principios y conceptos de la moralidad política, por qué debería importar si ese “verdadero significado” es consistente con las decisiones pasadas. DENNIS M. PATTERSON, “Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts”, *Oxford, Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 03, 2006 (pp. 545-557), p. 556.

³⁵² SCOTT SHAPIRO utiliza una metáfora para ilustrar lo que sucede cuando se concibe la decisión judicial como una continua discusión en torno a aquello que, cuando sea objeto de desacuerdo, haya sido estabilizado por el legislador – sería algo como reactivar la infección después de sanada la enfermedad. SCOTT J. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 310.

1.2. Robert Alexy: el constitucionalismo discursivo y la institucionalización judicial de la razón

Otro modelo *principialista* de constitucionalismo es el construido – con gran y asentado éxito – por ROBERT ALEXY. Aquí, y al igual que en DWORKIN, los principios juegan también un papel fundamental; un papel que tiene lugar tanto al responder a la pregunta “¿qué es el Derecho?” como en el momento de hacer frente al problema de la decisión judicial. La *teoría de los principios* es el elemento-clave para entender la filosofía del derecho de ROBERT ALEXY. Y es básicamente en ese sentido en el que puede afirmarse que su constitucionalismo es asimismo *principialista*. Pero su *principialismo* difiere en varios aspectos – a veces sustanciales, a veces de acento – del modelo que DWORKIN ha desarrollado sobre todo en *Law's Empire*. En ambos casos, la argumentación tiene un lugar fundamental. Para DWORKIN, el propio concepto de Derecho es argumentativo, así como el proceso de identificación de las normas jurídicas. Ya en ALEXY, el rol de la argumentación parece ser aún más evidente.

El constitucionalismo *principialista* de ALEXY es el “constitucionalismo discursivo”. Y él lo define de la siguiente manera: “el constitucionalismo discursivo, como un todo, es una empresa para institucionalizar la razón y la corrección”³⁵³. No se trata, como es obvio, de una empresa modesta. Y precisamente por ello la pregunta sobre la forma a través de la cual la razón y la corrección se institucionalizan se vuelve muy importante. Ese proceso de institucionalización de la razón y de *lo correcto* se da en el seno del constitucionalismo discursivo, que el propio ALEXY también denomina “democrático”, y conjuga esencialmente cinco elementos: (1) los derechos fundamentales; (2) la ponderación; (3) el control de constitucionalidad; (4) el discurso y (5) la representación³⁵⁴.

Esos cinco elementos se interconectan de manera a veces indistinguible en la filosofía del derecho de ALEXY. Vayamos brevemente al tercer elemento, al control de constitucionalidad. Según ALEXY, ese ingrediente es fundamental para que el “constitucionalismo democrático” pueda lograr su objetivo más importante, que es la

³⁵³ ROBERT ALEXY, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006 (pp. 01-18), pp. 17-18.

³⁵⁴ ROBERT ALEXY, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., p. 01.

institucionalización de la razón³⁵⁵. Como se ha visto en el primer capítulo, KELSEN también sostenía – incluso de manera bastante firme en determinado momento histórico – la indispensabilidad del control de constitucionalidad. Es decir: ambos – tanto KELSEN como ALEXY – son entusiastas de la *judicial review* y, en particular, de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, el proyecto constitucionalista de ALEXY cuenta por lo menos con cuatro elementos más (discurso, derechos fundamentales, ponderación y representación). Puede afirmarse que ninguno de ellos está presente, tal y como los entiende ALEXY, en el proyecto constitucionalista de KELSEN.

Tal vez uno cabría pensar que los derechos fundamentales y la representación sí que formaban parte del constitucionalismo de KELSEN. Pero ese sería un pensamiento acertado sólo si no nos fijásemos en el sentido que cobra cada uno. Si en KELSEN los “derechos fundamentales” equivalieran a principios, su “advertencia” – que es una advertencia en contra de los principios – no tendría ningún sentido. En ALEXY, en cambio, los derechos fundamentales son principios³⁵⁶. Si en KELSEN “representación” significara “representación argumentativa” y si fuese la jurisdicción constitucional la que desempeñase dicha representación, su “advertencia” de nuevo no tendría sentido alguno, ya que es una advertencia para conservar la representatividad y legitimidad democrática del parlamento. En ALEXY, por otra parte, la palabra “representación” alude a la “representación argumentativa”, ejercida, así pues, por la justicia constitucional³⁵⁷. Todo ello se explica, entre otras cosas, por el hecho de que el objetivo del “constitucionalismo discursivo” es la institucionalización de la razón y de la corrección, algo absolutamente ajeno al pensamiento de KELSEN.

Esta muy resumida comparación entre el modelo constitucionalista de KELSEN y el modelo constitucionalista de ALEXY sirve para poner de manifiesto algo que ya se había señalado en el primer capítulo. Aunque dos autores puedan coincidir en lo que atañe a la

³⁵⁵ El “constitucionalismo democrático” es la forma política en la cual la institucionalización de la razón es posible. ROBERT ALEXY, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa*, 32, 2009 (pp. 67-84), p. 78.

³⁵⁶ ROBERT ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, n. 66, 2012 (pp. 13-64), p. 13.

³⁵⁷ ROBERT ALEXY, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, cit., pp. 13-15. La representación, según ALEXY, no puede ser meramente *decisionista*. La argumentación juega un papel importante en el concepto de representación. Y si al concepto de democracia se añade la noción de argumentación, la democracia se convierte en democracia *deliberativa*. La jurisdicción constitucional, a su vez, es la institución que lleva a cabo la representación puramente argumentativa de los ciudadanos. De ahí se explica asimismo la importancia del control de constitucionalidad para el “constitucionalismo discursivo”: “si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control” (p. 18).

importancia del control de constitucionalidad (o de la jurisdicción constitucional), el modo en el que se desarrolla la actividad judicial no depende exactamente de la *presencia* del mecanismo, sino más bien de la manera en la que se comprende todo aquello que da sentido y justifica la actividad judicial en sistemas en los que está presente este mecanismo. En ese modo de comprensión reside toda la diferencia entre los modelos de ALEXY y de Kelsen, si bien ambos están de acuerdo con la *presencia* del mecanismo de control judicial de la ley.

Si eso es así, la pregunta acerca de la vinculación del juez a la ley en el constitucionalismo *principialista* de ALEXY – que constituye la pregunta fundamental de esta sección – solo puede responderse adecuadamente si se acude a los principales elementos de su filosofía del derecho; si se hace frente a su concepción sobre el Derecho y a su concepción sobre *los derechos*; si se analiza – con detenimiento – el rol del discurso, de la argumentación, de los derechos fundamentales y de la ponderación; en fin, si se observa con atención el proceso que permite llevar a cabo la *institucionalización de la razón*. El constitucionalismo de ALEXY está diseñado para *dar cuenta* de la realidad de un Estado Constitucional *de Derechos*, para *dar cuenta*, en suma, del ideal del “constitucionalismo de los derechos”. Mi objetivo no es simplemente indagar si, de manera general, su *principialismo* es atractivo. Mi objetivo es enfrentarme a la cuestión de si tiene todavía sentido – dentro de esa perspectiva teórica – hablar de *deferencia al legislador*, hablar de vinculación del juez a la ley.

Con el fin de afrontar esa cuestión, voy a intentar acercarme descriptivamente al pensamiento de ALEXY. En un primer momento, trataré de presentar su concepto de Derecho, en el cual están involucradas – esencialmente – la idea de *corrección* y la tesis de la doble naturaleza del Derecho. En un segundo momento, trataré de pasar al proceso específico de institucionalización de la razón, a la cuestión de cómo, en concreto, la razón (y la corrección) son institucionalizadas. Aquí, cobra un lugar destacado la *teoría de los principios*, en la cual se hallan, entre otras cosas, la distinción entre reglas y principios, la proporcionalidad y la ponderación. En un tercer momento, intentaré acceder a un tipo específico de *principio* – los principios formales – preguntándome por su rol en el proceso de aplicación judicial del Derecho. La conjunción de esos tres momentos metodológicos abre el camino para que, en un apartado final, se ponga de manifiesto el problema de la vinculación del juez a la ley en el constitucionalismo de ROBERT ALEXY.

1.2.1. La pretensión de corrección y la doble naturaleza del Derecho

En *El Concepto y la Validez del Derecho*³⁵⁸, ROBERT ALEXY desarrolla su concepto de Derecho. Empieza aduciendo que todo el problema en torno a la definición del concepto de Derecho radica en la polémica relación entre el Derecho y la Moral³⁵⁹. Esa discusión, según ALEXY, no carece de importancia práctica. Al contrario, todo jurista, al operar en el contexto de un sistema jurídico determinado, tiene más o menos clara su idea respecto del concepto de Derecho y esa idea, por consiguiente, “se expresa en su praxis”³⁶⁰. La consecuencia de ese presupuesto es que un jurista que acepta la vinculación entre el Derecho y la Moral actuará de manera distinta a la del jurista que no acepta esa vinculación. El problema es que, según ALEXY, hay 64 tesis posibles³⁶¹ respecto de las combinaciones entre el Derecho y la Moral, de modo que la tarea de distinguir las y examinarlas puede generar un producto incomprensible o de escasa utilidad.

Hay, en cambio, tres elementos principales para que pueda definirse el concepto de Derecho en el seno de su relación con la Moral: (1) la legalidad conforme al ordenamiento; (2) la eficacia social; (3) la corrección material³⁶². Las tesis que – si bien plurales – se restrinjan a los dos primeros elementos pueden considerarse positivistas. Por otra parte, las tesis que, más allá de los dos primeros, agreguen el tercer elemento – la corrección material – pueden clasificarse en el ámbito del no-positivismo. El concepto de ALEXY es, por ello, un concepto no-positivista³⁶³. Se trata de un concepto que *acepta* la vinculación entre el Derecho y la Moral en el sentido específico de que “todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección”³⁶⁴, esto es, debe pretenderse moralmente

³⁵⁸ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, en Robert Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994 (pp. 11-130).

³⁵⁹ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 14. Véase también ROBERT ALEXY, “On Necessary Relations between Law and Morality”, *Ratio Juris*, v. 02, n. 02, julio de 1989 (pp. 167-183). En ese texto puede encontrarse básicamente un resumen de las tesis desarrolladas en *El Concepto y la Validez del Derecho*.

³⁶⁰ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 14.

³⁶¹ ALEXY presenta cuatro distinciones relevantes para la discusión acerca de la relación entre Derecho y Moral: “la distinción entre un concepto libre de validez y uno no libre, entre norma y procedimiento, entre observador y participante y entre contextos clasificantes y cualificantes”. ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 32. Además, se añade a todos ellos una distinción más – entre un contexto conceptualmente necesario y uno normativamente necesario –, que permite llegar al número de 64 tesis posibles (p. 33).

³⁶² ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 21.

³⁶³ Para una crítica a los elementos del concepto no-positivista de ALEXY, véase JOSEPH RAZ, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007 (pp. 17-36).

³⁶⁴ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 40. La pretensión de corrección es, bajo esa visión, un elemento necesario del concepto de Derecho.

correcto. De ahí el ejemplo de ALEXY: si hubiera una cláusula constitucional que estableciera “X es una república, soberana, federal e injusta”, esa cláusula representaría una falla conceptual³⁶⁵.

La hipótesis de que determinada Constitución formulara expresamente la pretensión de crear un orden injusto es sumamente improbable. Pero esa sería, para ALEXY, la única posibilidad de tornar incorrecta la tesis de la separación *desde la perspectiva del observador*. Bajo esa perspectiva, y excluida dicha hipótesis, la tesis de la *separación* entre Derecho y Moral es correcta³⁶⁶. Pero el concepto de Derecho de ALEXY – así como el de DWORKIN – involucra una perspectiva más, que es la *perspectiva del participante*, de tal modo que, bajo esa perspectiva, la correcta es la tesis de la *vinculación*. ALEXY define la perspectiva del participante de la siguiente manera: “adopta la perspectiva del participante quien en un sistema jurídico determinado participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado”³⁶⁷.

La pregunta fundamental en esa perspectiva tiene que ver con la corrección de la decisión: ¿cuál es la decisión correcta? Por ello, en el centro de la perspectiva del participante está el juez, que, al dictar una sentencia judicial, “formula siempre la pretensión de que el derecho es aplicado correctamente”³⁶⁸. La pregunta por la decisión correcta puede ser trivial si se asume sin más que hay distintos criterios de corrección. Por ejemplo: en Kelsen, una decisión es correcta cuando deriva de las posibilidades de significado establecidas en el marco normativo. En ALEXY, empero, corrección es *corrección moral*. Un juez pretende siempre que su decisión es, por lo tanto, *moralmente correcta*.

Además del argumento de la corrección, que constituye la base para los demás, hay que considerar asimismo, y con el fin de fundamentar la tesis de la *vinculación* entre Derecho y Moral, el *argumento de la injusticia* y el *argumento de los principios*. El argumento de la injusticia se conecta con la pretensión de corrección por medio de la conocida “fórmula de Radbruch”³⁶⁹, que podría resumirse así: *la extrema injusticia no es*

³⁶⁵ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 42. La “pretensión de justicia” es conceptualmente necesaria para que un sistema pueda ser calificado como “sistema jurídico”, aunque esa pretensión no siempre sea satisfecha.

³⁶⁶ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., pp. 40-41.

³⁶⁷ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 31.

³⁶⁸ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 44.

³⁶⁹ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 34.

*Derecho*³⁷⁰. La fórmula se aplica tanto a sistemas jurídicos extremadamente injustos como a normas jurídicas aisladas que adquieran una medida también insoportable de injusticia³⁷¹; y resulta de una ponderación que, a juicio de ALEXY, es no solo inevitable sino deseable. La seguridad jurídica no siempre debe prevalecer. Su valor debe ser sopesado con el valor de la justicia material³⁷² y, si se alcanza un umbral muy acentuado de injusticia, la norma (o el sistema) pierde, en consecuencia, su calidad jurídica.

ALEXY es consciente de que esa gradación de la injusticia tiene algo de controvertido. ¿Qué criterios se deberían utilizar para constatar que se ha llegado a ese insoportable umbral de injusticia? La respuesta alexyana reposa en el “núcleo de los derechos humanos elementales”³⁷³. Por ejemplo: la ausencia de respeto al derecho a la vida y a la integridad, dos de las más mínimas exigencias morales, implica la negación de carácter jurídico a la norma que esté en contradicción con el núcleo de esos derechos³⁷⁴. La medida de la injusticia, por ende, corresponde al grado de vulneración de los derechos humanos. Hay un momento en el cual la vulneración es insoportable y, con ello, también lo es la injusticia. Además de eso, los derechos humanos representan, en la concepción de ALEXY, la *dimensión ideal* del Derecho; una dimensión que se institucionaliza – se convierte en dimensión real³⁷⁵ – en la medida en que los derechos humanos son constitucionalizados con la estructura de *principios*, estableciéndose, así, una conexión entre la dimensión ideal y la dimensión real (positiva) del Derecho³⁷⁶.

El argumento de los principios es el tercer elemento, aparte de la corrección y de la injusticia, en la fundamentación de la vinculación del Derecho a la Moral. Como es sabido (y lo veremos con más detalle a continuación), ALEXY distingue dos especies de normas, las reglas y los principios. Los principios son una especie de normas que se conectan con la moral de los derechos humanos, es decir, con la dimensión ideal del

³⁷⁰ Véase ROBERT ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña*, trad. José A. Seoane, n. 5, 2001 (pp. 75-95).

³⁷¹ Sobre la aplicación de la fórmula a las normas aisladas, véase ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 45.

³⁷² “El valor de la seguridad jurídica tiene que ser sopesado con el de la justicia material”. ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 58.

³⁷³ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 67.

³⁷⁴ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 54.

³⁷⁵ Sobre la doble naturaleza del Derecho, véase ROBERT ALEXY, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, v. 21, n. 03, septiembre de 2008 (pp. 281-299), pp. 292-296. Alexy entiende que el Derecho contiene necesariamente dos dimensiones, una factual, en la que puede encontrarse, por ejemplo, el elemento de la coerción; y una ideal o crítica, cuyo principal elemento es la pretensión de corrección, que es, al fin y al cabo, una pretensión de justificación.

³⁷⁶ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 126.

Derecho. Esa conexión, sin embargo, depende de la conjunción de tres tesis más³⁷⁷: (1) la tesis de la incorporación, que formula que todos los sistemas jurídicos mínimamente desarrollados *incorporan* principios; (2) la tesis moral, que asevera que los principios aluden siempre a *alguna* moral; y (3) la tesis de la corrección. Las tres tesis explican, según ALEXY, la conexión entre el Derecho y la Moral a partir del argumento de los principios y, conviene subrayar, desde la perspectiva *del participante* y, en particular, *del juez*.

La última tesis – la tesis de la corrección – es la más importante, dado que trata de situar el argumento de la corrección *dentro* del argumento de los principios³⁷⁸. Y ello implica un complemento necesario a la segunda tesis, a la tesis moral: los principios no sólo aluden siempre a alguna moral, sino que aluden a una moral *correcta*. Si esto es así, el argumento de los principios permite la conexión entre el Derecho y la Moral *correcta*, que corresponde a una moral *fundamentable*, esto es, a la moral universal de los derechos humanos. Vistas así las cosas, puede afirmarse entonces que “la pretensión de corrección implica una pretensión de fundamentabilidad”³⁷⁹; implica, en realidad, una pretensión de fundamentabilidad a la luz de principios. Y se podría también decir algo más sobre la corrección de una decisión judicial que toma en cuenta la dimensión de los principios: un “fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por lo tanto, de una moral correcta”³⁸⁰.

Ahora bien, tal y como se ha visto en lo que atañe a la “respuesta correcta” de DWORKIN, la idea de una “moral correcta” constituye simplemente un *ideal regulativo*³⁸¹. Sería equivocado afirmar que toda decisión fundada en principios (o, mejor dicho, que tome en consideración una fundamentación sobre la base de principios) es moralmente correcta. Y ello es así porque la pretensión de corrección, en cuanto ideal regulativo, no siempre resulta satisfecha. La correspondencia del fallo con la moral correcta significa una manera de aproximar, tanto como sea posible, el derecho positivo (dimensión real) a

³⁷⁷ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 75. Un aspecto interesante es la modificación de la norma fundamental (en el sentido de Kelsen) con la introducción del argumento de los principios y del argumento de la injusticia. La norma fundamental ya no se dirige únicamente a hechos, sino que se refiere a una moral justificada. Eso implica el rechazo, desde la perspectiva de Alexy, de la aseveración kelseniana de que “cualquier contenido puede ser Derecho”. Véase ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., pp. 103-105 y p. 115.

³⁷⁸ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 81.

³⁷⁹ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 82.

³⁸⁰ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 82.

³⁸¹ “Más allá de ello, la idea de una moral correcta tiene el carácter de una idea regulativa en el sentido de un objetivo al que hay que aspirar. En esta medida, la pretensión de corrección conduce a una dimensión ideal necesariamente vinculada con el derecho”. ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., pp. 84-85.

los derechos humanos (dimensión ideal). Ese proceso de aproximación entre las dos dimensiones (doble naturaleza) del Derecho implica, por medio de los elementos que forman parte del concepto de Derecho de ALEXY, la institucionalización de la razón. Así que, por fin, es conveniente traer a colación la forma resumida de su concepto de Derecho:

“El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”.³⁸²

1.2.2. ¿Cómo razonar por principios? Reglas, principios y ponderación

De conformidad con lo ya referido aquí, el “constitucionalismo discursivo” es una empresa dirigida hacia la institucionalización de la razón. La razón, a su vez, reposa en la dimensión ideal del Derecho – en la esfera universal, crítica y *justificada* de los derechos humanos – y se institucionaliza, ante todo, mediante un proceso de constitucionalización, cuyo producto son derechos fundamentales con estructura de principio³⁸³. En el *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, ALEXY pone de manifiesto, de modo concluyente, que “los derechos fundamentales tienen el carácter de principios (...)”³⁸⁴, señalando que esa es una de sus tesis centrales.

Si los derechos fundamentales son principios y si el “constitucionalismo discursivo” depende de ellos para lograr la institucionalización de la razón, entonces debe plantearse a continuación la pregunta acerca de cómo se debe razonar por principios, o, dicho de otro modo, acerca de cómo deben aplicarse los derechos fundamentales. Ese es básicamente el objeto de la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de ROBERT ALEXY. Se trata más bien, es cierto, de una teoría estructural, en el sentido de que no pretende primariamente ofrecer *prescripciones*, sino dibujar una estructura dogmática y conceptual

³⁸² ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 123.

³⁸³ “Human rights are institutionalized by means of their transformation into positive law. If this takes place at a level in the hierarchy of the legal system that can be called ‘constitutional’, human rights become fundamental rights”. ROBERT ALEXY, “Discourse Theory and Fundamental Rights”, en Agustín José Menéndez y Erik O. Eriksen, *Arguing Fundamental Rights*, v. 77, 2006, Dordrecht, Springer (pp. 15-32), p. 22.

³⁸⁴ ROBERT ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, cit., p. 13.

de los derechos fundamentales, a menudo sirviéndose de métodos empíricos (al hacer uso, por ejemplo, de las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán). Pero es asimismo una teoría de corte *normativo*, una teoría que “es guiada por la pregunta acerca de la decisión correcta”³⁸⁵, en el sentido de que conserva la finalidad de suministrar un modelo para la fundamentación racional de decisiones tomadas sobre la base de principios, sobre la base de derechos fundamentales.

La fundamentación racional de la decisión judicial está vinculada, ante todo, a la posibilidad de la argumentación racional. Es cardinal en el pensamiento de ALEXY la noción de que el discurso jurídico, en la medida en que tiene como objeto la resolución de cuestiones prácticas, la definición de lo que es obligatorio, permitido o prohibido en una circunstancia específica, constituye un *caso especial del discurso práctico general*³⁸⁶. La racionalidad del discurso práctico general radica en el respeto a las reglas del discurso³⁸⁷. El discurso jurídico representa un caso especial de ese discurso general, porque en él existe un abanico de materiales normativos y de límites institucionales que acotan el ámbito de incidencia de la argumentación práctica general³⁸⁸. Pero la argumentación práctica general ingresa en cualquier caso en la argumentación jurídica. Y ese fenómeno – inexorable – se ve acentuado por la presencia de derechos fundamentales que aluden a una dimensión de moralidad. La apertura a la razón práctica se convierte en un hecho definitorio del Derecho *constitucionalizado* y la racionalidad de su discurso radica siempre en la posibilidad de control intersubjetivo de los argumentos³⁸⁹.

Esa racionalidad (que hace controlable el discurso) estriba en la estructura que compone la *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Esa teoría sienta sus bases primeramente en la distinción entre reglas y principios. Los principios son mandatos de optimización³⁹⁰ y se caracterizan “por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades

³⁸⁵ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 39.

³⁸⁶ ROBERT ALEXY, “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris*, v. 12, n. 04, diciembre de 2009 (pp. 374-384). Véase también Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 529.

³⁸⁷ Para ALEXY, “una norma es correcta sólo si puede ser el resultado de un procedimiento definido a través de las reglas del discurso”. Vid. ROBERT ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 291.

³⁸⁸ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 532.

³⁸⁹ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 530.

³⁹⁰ En su momento, ALEXY introdujo una matización – poco significativa, a mi modo de ver – en el concepto de principio como mandato de optimización. Los principios no serían exactamente mandatos de optimización, sino más bien *objeto* de optimización: “Principles, therefore, as the subject matter of balancing, are not optimization commands but rather commands to be optimized”. ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, cit., p. 300.

reales sino también de las jurídicas”³⁹¹. Las reglas, en cambio, “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”³⁹². Esa diferencia – de carácter cualitativo y no de grado – es tajante en el pensamiento de ALEXY: “toda norma es o bien una regla o un principio”³⁹³. No es del todo fácil el proceso de identificación de reglas y principios. ALEXY, empero, parece ubicar esa identificación en el criterio para resolver los conflictos normativos. Un conflicto entre reglas se resuelve o bien con la introducción de una cláusula de excepción o bien con la declaración de invalidez de una de las reglas. Un conflicto entre principios, por otra parte, no es zanjado en el nivel de la validez, sino más bien en la “dimensión de peso”³⁹⁴, estableciéndose entre los principios una necesaria relación de precedencia.

Imaginemos, acudiendo a un ejemplo muy habitual, que ante una determinada circunstancia (C₁) se establece una colisión entre la libertad de información (P₁) y el derecho a la privacidad (P₂). Asumamos que, en esa circunstancia C₁, el “peso” de la libertad de información sea mayor que el “peso” del derecho a la privacidad, de tal modo que P₁ prevalezca con relación a P₂. Sucede que la relación de precedencia entre principios es *condicionada*³⁹⁵. Si se modifica C₁, y ahora se manifiesta la circunstancia C₂, puede que el “peso” del derecho a la privacidad sea entonces más intenso, invirtiéndose la relación de precedencia que se exhibía en C₁. El orden de los principios es un orden flexible y, por ende, completamente dependiente de las particularidades de los casos. Que P₁ valga para un caso no significa que valga *definitivamente*. Solamente las reglas son mandatos definitivos, mientras que los principios poseen un carácter *prima facie*: sólo es posible saber qué principio dictará la resolución del caso tras establecerse cuál de ellos tiene más “peso” *concreto*³⁹⁶.

De ahí que lo más importante pasa a ser *cómo* se realiza ese “pesaje”. Según ALEXY, “la teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad y el principio de proporcionalidad implica la teoría de los principios”³⁹⁷. El principio de

³⁹¹ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 86.

³⁹² ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 87.

³⁹³ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 87.

³⁹⁴ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 88-89.

³⁹⁵ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 92.

³⁹⁶ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 98-99.

³⁹⁷ “Principle theory implies the principle of proportionality and the principle of proportionality implies principle theory”. ROBERT ALEXY, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, v. 13, septiembre de 2000 (pp. 394-304), p. 297. Nótese que el “principio” de proporcionalidad no es un “principio” en el sentido de *mandato de optimización*. En virtud de ello, se suele recurrir al término “máxima” de la proporcionalidad o incluso “regla” de la proporcionalidad. Con independencia del término, lo definitorio es comprender que la proporcionalidad constituye una especie de “meta-norma” que determina – siempre – la optimización de los principios.

proporcionalidad es imprescindible para definir el peso de cada principio y se divide en tres pasos parciales³⁹⁸: (1) adecuación o idoneidad; (2) necesidad; y (3) proporcionalidad en sentido estricto o *ponderación*. Los dos primeros pasos – vinculados a las posibilidades fácticas – son indispensables en aras de evitar restricciones indebidas o injustificables en algún principio³⁹⁹. El primer paso parcial alude a la pregunta por la *idoneidad* del medio M para realizar el principio P₁. Si con la adopción de M se realiza efectivamente P₁, entonces M constituye un medio *adecuado*. El juicio de *necesidad*, a su vez, tiene lugar cuando existan medios igualmente idóneos y uno de ellos realiza P₁ sin restringir otro principio. Ese medio debe ser elegido, ya que deben evitarse restricciones *innecesarias* en el ámbito de los derechos fundamentales. Sin embargo, si ya no es posible escapar a colisiones, si una restricción a un derecho fundamental es necesaria, entonces se vuelve exigible el juicio de *ponderación*.

La ponderación es el elemento más importante y más controvertido del principio de proporcionalidad y, exactamente por ello, es también el más interesante. La ponderación se halla en el ámbito de las posibilidades jurídicas y puede traducirse por lo que ALEXY denomina “ley de la ponderación” (que es en realidad la primera ley de la ponderación), que reza así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴⁰⁰. La observancia a esa ley exige que la decisión judicial lleve a cabo (1) la comprobación del grado de no satisfacción o de perjuicio a un principio, (2) la comprobación de la importancia de satisfacción del principio opuesto, y (3) la comprobación de que la importancia de satisfacción de un principio justifica la no satisfacción del otro principio⁴⁰¹.

ALEXY define una escala trídica con el fin de clasificar los grados de intervención y de importancia de satisfacción de cada principio⁴⁰². Esa escala es representada por las expresiones *leve*, *moderada* o *grave*. La definición del peso concreto de los principios en colisión depende además de tres variables: (1) la importancia de satisfacción o intensidad

³⁹⁸ A veces se añade un paso previo a esos tres pasos parciales, que aludiría a la legitimidad del objetivo; es decir, a la cuestión de si el fin es legítimo, lo que resultaría en cuatro pasos parciales de la máxima de la proporcionalidad. MATTHIAS KLATT y MORITZ MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 08.

³⁹⁹ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 113. El ámbito de las posibilidades fácticas, que involucra los juicios de adecuación y de necesidad, se conecta con la optimalidad de Pareto. ROBERT ALEXY, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, cit., p. 83.

⁴⁰⁰ ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 161.

⁴⁰¹ ROBERT ALEXY, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, v. 16, n. 04, diciembre de 2003 (pp. 433-449), pp. 436-437.

⁴⁰² ROBERT ALEXY, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, cit., p. 440.

de interferencia, con la cual se conecta la escala tríadica; (2) el peso abstracto de los principios; y (3) la seguridad de las premisas empíricas. Como la colisión se da entre dos principios, se trata más bien de seis variables. Con ello, se llega a la “fórmula del peso”, instrumento creado por ALEXY para poner de relieve la forma por la cual se relacionan los factores que deben ser fundamentados en el proceso de ponderación. La fórmula tiene la siguiente estructura⁴⁰³:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Conviene subrayar que solamente los factores G_i y G_j son abstractos, es decir, su valor no difiere en la medida en que difieran los hechos del caso. Las variables I_i e I_j , que representan las intensidades de intervención o de importancia de satisfacción, se relacionan estrechamente con las circunstancias concretas, así como los factores S_i y S_j , que expresan el grado de certeza de las premisas fácticas que forman parte del razonamiento. Nótese que el resultado de la ponderación expone la relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto. Ese resultado constituye ya no otro principio, sino más bien una *regla*, un mandato definitivo que debe aplicarse a todos los casos que presenten las mismas circunstancias. Al fin y al cabo, puede afirmarse que el objetivo de la ponderación es la subsunción, porque, una vez obtenida la regla, el método adecuado para aplicarla es la subsunción⁴⁰⁴. Más allá de todo, la regla que resulta de la ponderación es – tal y como los principios que, una vez sopesados, la generaron – una norma de derecho fundamental, lo que ALEXY denomina *norma de derecho fundamental adscrita*⁴⁰⁵.

Con ello se pone de manifiesto una etapa definitoria del proceso de institucionalización de la razón. La pretensión de corrección, como se ha visto, entraña la fundamentabilidad a la luz de principios. Pero, además de eso, la propia decisión que

⁴⁰³ Para un análisis detenido sobre la fórmula del peso, véase ROBERT ALEXY, “La Fórmula del Peso”, en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008 (pp. 13-42). En este artículo puede consultarse asimismo la llamada “fórmula del peso extendida”, que tiene en cuenta la existencia de más de dos principios en conflicto.

⁴⁰⁴ “The case can now be subsumed under this rule. This shows that subsumption stands not only at the beginning of balancing but also at the end”. ROBERT ALEXY, “Two or Three”, en Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, Nomos, 2010 (pp. 09-18), p. 11.

⁴⁰⁵ “(...) como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscrita con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso”. ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 98.

resulta de la ponderación entre derechos fundamentales es, ella misma, una norma de derecho fundamental. La obediencia a la ley de la ponderación y el uso de la fórmula del peso constituyen los instrumentos argumentativos para lograr la satisfacción de la pretensión de corrección. Si se siguen los pasos parciales del principio de proporcionalidad y si, en el último paso – en la proporcionalidad en sentido estricto – se asignan los valores correctos a las variables de la fórmula del peso, se obtiene un resultado racional y, además, *correcto*. Es decir: una ponderación *correcta* satisface la pretensión de corrección y, en consecuencia, produce una norma de derecho fundamental adscrita también correcta.

Sin embargo, y aunque la fórmula del peso parezca prometer alguna suerte de precisión en los resultados, el propio ALEXY señala que el cálculo de la ponderación no debe sobrestimarse⁴⁰⁶. El mérito de la fórmula consistiría en poner de manifiesto todos los factores que deben ser objeto de fundamentación por parte del aplicador. No se trata de esperar, por ende, que con el uso de esa herramienta se alcance siempre una solución indiscutible en términos de precedencia entre principios. La fórmula exige fundamentación, requiere, así pues, argumentación; y es exactamente por eso por lo que puede decirse que ella contribuye a la realización de esa empresa que es el “constitucionalismo discursivo”. El éxito de la estructura descansa sobre la correcta asignación de valores a cada uno de los factores. Por lo tanto, la idea de que la ponderación “sigue las reglas de la aritmética”⁴⁰⁷ no puede considerarse como algo que vaya mucho más allá del ámbito de las metáforas.

1.2.3. Los principios formales y la dimensión institucional del Derecho

A la *teoría de los principios* se le podría formular una objeción de “imperialismo argumentativo”⁴⁰⁸, en el sentido de que parecería haber en ella un completo dominio de la argumentación moral y casi ningún espacio para la dimensión institucional o autoritativa del Derecho. Y ello porque la “fórmula del peso” – con sus variables – no

⁴⁰⁶ ROBERT ALEXY, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, cit., p. 448. ALEXY hace hincapié en el hecho de que las premisas reales de la fórmula del peso no son números, sino juicios acerca de grados de interferencia, importancia de pesos abstractos y grados de confianza en las premisas fácticas.

⁴⁰⁷ “The Subsumption Formula represents a scheme which works according to the rules of logic; the Weight Formula represents a scheme which works according to the rules of arithmetic”. ROBERT ALEXY, “Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, cit., p. 448.

⁴⁰⁸ Algo semejante ha planteado Mauro Barberis con relación al pensamiento de Manuel Atienza. Véase MAURO BARBERIS, “¿Imperialismo de la Argumentación? Comentarios al *Curso de Argumentación Jurídica* de Manuel Atienza”, *Doxa*, 37, 2014 (pp. 325-335).

contiene, a primera vista, un ámbito específico para consideraciones de tipo institucional o procedimental. ¿No debería la ponderación tener en cuenta asimismo el peso de la seguridad jurídica, de la competencia del legislador para la elección de medios o incluso el peso de la separación de poderes? Si esas consideraciones no tuvieran relevancia alguna, los tribunales – y en particular el Tribunal Constitucional – estarían dirigidos simplemente hacia la producción de la mejor concreción de los principios constitucionales, con total independencia de la cuestión relativa al espacio de discrecionalidad del legislador.

El principialismo de ALEXY intenta *dar cuenta* de la dimensión institucional del Derecho acudiendo al concepto de *principio formal* y, al mismo tiempo, a una teoría de los márgenes de acción o discrecionalidad⁴⁰⁹. En la *Teoría de los Derechos Fundamentales*, los principios formales juegan un papel en la medida en que determinan el cumplimiento de las reglas y, por ello, forman parte de la ponderación al lado del principio que justifica materialmente la regla. Esa idea se desarrolla con un poco más de detenimiento en el *Epílogo*, cuando ALEXY afirma que “los principios formales procedimentales pueden prevalecer sobre los principios iusfundamentales materiales sólo cuando están ligados a otros principios materiales”. Es lo que ALEXY denomina “ley de la conexión”⁴¹⁰.

En un artículo reciente, intitulado *Formal Principles*⁴¹¹, ALEXY revisa la ley de la conexión, rechazando tanto el modelo de separación total entre principios formales y materiales como el modelo de “combinación”, que está representado en la ley de la conexión. ALEXY propone, entonces, un tercer modelo – el modelo epistémico⁴¹². En la base de esta idea se encuentra una versión refinada de la “fórmula del peso”, que, en lugar de la simple variable S, que alude a la certeza de las premisas empíricas, incorpora los factores S^e y Sⁿ. Con ello, S^e sigue refiriéndose a la seguridad de las premisas empíricas,

⁴⁰⁹ Véase, fundamentalmente, ROBERT ALEXY, “Derecho Constitucional y Derecho Ordinario – Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria”, en ROBERT ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (pp. 41-92). Según Klatt y Meister, la conjunción entre la teoría de los principios y la teoría de la discrecionalidad permite conciliar la protección de los derechos con la legitimidad democrática del legislador. MATTHIAS KLATT y MORITZ MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit., p. 84.

⁴¹⁰ ROBERT ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, cit., p. 62. Sobre la “ley de la conexión”, véase MARTIN BOROWSKI, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s ‘Law of Combination’”, en Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, Nomos, 2010 (pp. 19-35).

⁴¹¹ ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, *ICON*, v. 12, n. 03, 2014 (pp. 511-524).

⁴¹² ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 520.

pero se añade a la fórmula asimismo la seguridad de las premisas normativas (S^n)⁴¹³. Además de eso, y con el fin de tornar la fórmula operativa, ALEXY diseña otra escala triádica para que sean asignados valores a los factores epistémicos (S^e y S^n): una premisa normativa o empírica puede ser, entonces, *fiable, plausible o no evidentemente falsa*⁴¹⁴.

El eje de ese ajuste en la fórmula del peso es la distinción entre discrecionalidad estructural y discrecionalidad epistémica⁴¹⁵. Hay discrecionalidad estructural cuando la Constitución no establece norma alguna respecto del tema enjuiciado, es decir, cuando no hay permisión, obligación o prohibición constitucional. Aquí, los principios formales no juegan ningún papel y la decisión debe ser esencialmente política. En cambio, en el seno de la discrecionalidad epistémica los principios formales sí tienen un rol importante. La discrecionalidad epistémica entraña incertidumbre respecto de si hay – de hecho – una prohibición, permisión u obligación de rango constitucional. Es mucho más difícil, sobre todo en el contexto de una Constitución de principios, determinar qué queda en el ámbito de discrecionalidad del legislador o qué es lo que puede ser, sin vulnerar la dimensión institucional del Derecho, objeto de ponderación judicial. Por ello, la discrecionalidad epistémica es el tipo de discrecionalidad relevante para determinar si, en una situación de inexorable ponderación, tiene o no discrecionalidad el legislador.

ALEXY distingue aún dos tipos de discrecionalidad epistémica: la normativa y la empírica. La *empírica* tiene lugar cuando no hay certeza respecto de las premisas fácticas que sirven de base para alguna acción legislativa (piénsese en la variable S^e en la fórmula del peso). La discrecionalidad epistémica *normativa*, a mi juicio la más interesante, se conecta con el problema de la incertidumbre respecto de cuál es el mejor balance entre los derechos fundamentales en juego (piénsese en la variable S^n en la fórmula del peso)⁴¹⁶. Aquí los principios formales son importantes. Un principio formal – nótese bien – es una especie de principio que “requiere que la autoridad de las normas jurídicas debidamente dictadas y socialmente eficaces sea optimizada”⁴¹⁷. Por ello, los principios formales forman parte de la dimensión real del Derecho. Y la conexión entre los principios formales y la discrecionalidad epistémica (normativa o empírica) nos conduce a la

⁴¹³ ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 514. Sobre la versión completa y refinada de la fórmula del peso, véase MATTHIAS KLATT y MORITZ MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit., p. 11.

⁴¹⁴ ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 515.

⁴¹⁵ ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 520.

⁴¹⁶ MATTHIAS KLATT y MORITZ MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit., p. 83.

⁴¹⁷ “Formal principles require that the authority of duly issued and socially efficacious norms is optimized”, ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 516.

segunda ley de la ponderación (la ley epistémica), que reza: “cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”⁴¹⁸.

La seguridad jurídica, la democracia y la separación de poderes constituyen, al modo de ver de ALEXY, ejemplos de principios formales⁴¹⁹. El carácter de principio de la democracia, por ejemplo, exige que las decisiones más importantes de la comunidad deban, tanto como sea posible, estar a cargo del legislador⁴²⁰. El problema de ALEXY con la “ley de la conexión” es que esta, al fin y al cabo, puede permitir que una decisión *materialmente injustificable*, a la luz de un correcto balance entre principios materiales, sea desplazada por el peso de los principios formales. Esto es: si se asigna un peso muy elevado al principio formal que apoya el mantenimiento de una regla, y si ese principio entra en colisión con el principio material que se opone al principio material subyacente a la regla, puede que el principio formal tenga precedencia ante aquel principio material opuesto, incluso si se produjera, tras esa operación, una decisión constitucionalmente injustificable⁴²¹.

Aceptar esa decisión sería negar, según ALEXY, la prioridad de la Constitución sobre la legislación. Por no poder aceptar esa clase de resultado, ALEXY sitúa los principios formales en una especie de colisión de segundo orden con los principios sustanciales. Así que el peso del principio formal no contribuye *directamente* al resultado final de la ponderación, sino más bien *indirectamente*, en lo que atañe al valor asignable a las variables S^e y S^n , si se da por sentada la versión refinada de la fórmula del peso. Dicho de otra manera, se trata de realizar una ponderación de segundo orden, en un meta-nivel, cuyo producto responde a la pregunta sobre qué variables (y con qué escalas, si *fiable*, *plausible* o no *evidentemente falsa*) deben insertarse en la fórmula del peso⁴²². Si las premisas epistémicas son plausibles o no evidentemente falsas, el principio formal tiene precedencia sobre el principio material. Pero como esa precedencia es de segundo

⁴¹⁸ ROBERT ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, cit., p. 55. Véase también ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 514.

⁴¹⁹ ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 517.

⁴²⁰ ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 516.

⁴²¹ “If this were possible, disproportional interferences with constitutional rights would be permissible, for the reason that the democratically legitimated legislature can take more decisions when it is permitted to take this decision than when it is not. As in the case of the pure formal-substantive model, this would undermine the priority of the constitution over ordinary parliamentary legislation”. ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 519.

⁴²² ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., pp. 520-521.

orden, el significado del principio formal para la fórmula del peso (de primer orden) consiste en la reducción del peso de los principios materiales con él conectados.

ALEXY concluye que el resultado final de la ponderación dependerá de los valores asignados a las ocho variables de la fórmula del peso refinada, tomando en cuenta, además, la escala tríadica. Según sus cálculos, eso significa que existen 6.561 constelaciones posibles⁴²³. Ello conduce a JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO a proponer la tercera ley de la ponderación, que enuncia precisamente lo siguiente: “el número de constelaciones posibles en la ponderación se obtiene a partir del número de los grados de afectación y certeza, elevados al número de variables a ser ponderadas”⁴²⁴. Más allá de todo y dentro de ese impactante número de constelaciones posibles, quedaría por contestar una pregunta más: una vez realizadas las ponderaciones de segundo y de primer orden, ¿cuándo debe el juez respetar la discrecionalidad legislativa? Con respecto a eso, ALEXY es bastante claro: el legislador posee discrecionalidad en casos de empate, o sea, cuando la ponderación no determine ningún resultado, es decir, cuando el producto de la fórmula del peso sea igual a “1”⁴²⁵.

Ahora bien, uno podría pensar que los principios formales entran en juego exclusivamente en la jurisdicción constitucional, en el momento de llevar a cabo el examen de constitucionalidad de una ley. Por encima de la jurisdicción constitucional, como todos sabemos, se sitúa la Constitución y su catálogo de derechos fundamentales.

⁴²³ ROBERT ALEXY, “Formal principles: some replies to critics”, cit., p. 522.

⁴²⁴ JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE, *La ponderación y la autoridad en el Derecho: el rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 106. La lectura del prólogo de ROBERT ALEXY a esta obra de PORTOCARRERO sugiere que la introducción de las variables S^o y S^n a la fórmula del peso de ALEXY deriva de las sugerencias de Portocarrero (pp. 21-22). Sobre la “ley de las constelaciones posibles”, el propio ALEXY asegura que se trata de una “importante y original contribución a la ciencia del derecho” (p. 20). PORTOCARRERO justifica la utilidad de la “ley de las constelaciones posibles” de la siguiente manera: “En consecuencia, la denominada textura abierta del derecho (*open texture*), en lo concerniente al procedimiento de ponderación, se circunscribe únicamente a la clasificación de las intensidades en función de las escalas y no afecta en absoluto a la ponderación en sí misma. La ponderación en sí es una forma de argumentación que provee un número conmensurable de respuestas posibles, siendo las críticas dirigidas en contra de su arbitrariedad, en este extremo, infundadas” (p. 106).

⁴²⁵ El criterio del empate para establecer la discrecionalidad del legislador para decidir es reiterado por Alexy en más de una ocasión. Véase, más recientemente, ROBERT ALEXY, “The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, mayo de 2016 (pp. 01-17), p. 17. En ese artículo, ALEXY lo expresa claramente: “If, however, the concrete weight ($W_{i,j}$) is 1, a stalemate exists. In this case, it is permitted either to perform the measure in question or not perform it. This means that the state – in particular, the legislator – has discretion”. Véase también ROBERT ALEXY, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, cit., p. 443. Una vez más, Alexy pone énfasis en el hecho de que el legislador tiene discrecionalidad en casos de empate, esto es, cuando la ponderación no determina ningún resultado. Véase ROBERT ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, cit., p. 40. La misma idea del “empate” puede verse en MATTHIAS KLATT y MORITZ MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit., p. 58.

La ley es el *objeto de control*; y los *parámetros de control* son los principios constitucionales, cuya ponderación debe, como se ha visto, tener en cuenta también los principios formales. Ello ilustra algo así como una colisión “pura” entre principios. Sin embargo, el problema de los principios formales se incrementa – y ese es el problema que en realidad me interesa – en el escenario de las colisiones “impuras”, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria⁴²⁶. No se puede olvidar que la teoría de los principios no se dirige sólo a los órganos constitucionales. La teoría de los principios, con su ideal de pretensión de corrección, se dirige asimismo a la jurisdicción ordinaria.

De ahí que la ponderación requiere su espacio en la aplicación general del Derecho⁴²⁷. Con ello no se podría ignorar que por encima de la jurisdicción ordinaria casi siempre hay normas generales – las leyes – que vinculan *inmediatamente* el juez. Y es en ese contexto en el que surgen las colisiones “impuras”. Resumidamente, podría denominarse “impura” la colisión que se produce entre un principio y el principio subyacente a la regla *inmediatamente* aplicable. El rasgo definitorio de una colisión “impura” es, por ende, la presencia de la regla como norma *mediata* entre la sentencia o norma individual (para usar los términos de KELSEN) y la Constitución. La regla no sólo es norma *mediata*, sino jerárquicamente superior a la sentencia.

Este tema no es ajeno a las reflexiones de ALEXY. Lo trata en realidad con cierta timidez, pero encuentra espacio ya en el concepto de principio como mandato de optimización en la *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Los principios dependen de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Y ALEXY añade que “el ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y *reglas opuestas*”⁴²⁸. La adición de la expresión “y *reglas opuestas*” pone de relieve algo nada despreciable: no existen sólo colisiones del tipo principio-principio (colisiones “puras”), sino también colisiones del tipo principio-regla (colisiones “impuras”). Pero como un conflicto que involucre principios debe ser resuelto en la dimensión de peso, lo que se produce es la *apertura* del

⁴²⁶ Volveré al tema de las “colisiones impuras” al final del último capítulo, en el que hago un análisis breve, con arreglo a un ejemplo específico, de un debate sobre la ponderación que han llevado a cabo MANUEL ATIENZA y GARCÍA AMADO.

⁴²⁷ KLATT y MEISTER sostienen que la existencia de la *judicial review* no guarda relación alguna con el concepto de proporcionalidad. En sus palabras: “Each public authority applying the law has both the right and the duty to test its decision against basic rights, irrespective of relations of judicial review”. MATTHIAS KLATT y MORITZ MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit., p. 142. A mi modo de ver, eso refuerza la tesis de que cualquier juez, en cualquier rango de jurisdicción, tiene el deber de llevar a cabo, siempre que se considere adecuado, el examen de proporcionalidad. Las cuestiones relativas a la posición institucional no ingresan en el ámbito del juicio de ponderación.

⁴²⁸ La cursiva es mía. Vid. ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 86.

carácter definitivo de la regla para acudir a su dimensión justificatoria, es decir, a su dimensión *de principio*.

Según ALEXY, se puede afirmar que en los ordenamientos jurídicos modernos no todas las reglas se encuentran bajo un mandato de validez estricta. Una regla R, al colidir con un principio P, puede quedar sujeta a la validez de un principio P', cuya función es determinar que, en algunas circunstancias, "P desplace o restrinja R". La regla R contiene un principio P₁ subyacente y *materialmente* justificatorio. Pero R también posee en su estructura un principio formal P_R que ordena su cumplimiento estricto. Para que el principio opuesto P desplace o restrinja a la regla R no basta que "pese más" que P₁. El peso de P debe ser tan elevado que llegue al punto de superar, conjuntamente, tanto a P₁, que subyace materialmente a la regla R, como a P_R, que determina la aplicación de la regla⁴²⁹. La hipótesis de las colisiones "impuras" pone de manifiesto el hecho de que la aplicación de toda regla jurídica puede concebirse como un conflicto entre principios⁴³⁰ (formales y materiales).

El significado práctico de la precedencia de P ante P₁ y P_R – esté P_R en el rango ordinario de la ponderación o en su meta-nivel – es, como ya ha señalado, la *apertura de la definitividad de la regla*; o, en palabras más sencillas, la producción de una decisión *contra legem* o el reconocimiento de una excepción a la regla⁴³¹. Además, la estructura de la colisión "impura" demuestra que el carácter definitivo de las reglas jurídicas depende, al fin y al cabo, de una ponderación entre derechos fundamentales en el ámbito justificatorio de las reglas. Esa circunstancia puede indicar muchas cosas, pero hace más que evidente la fuerza de la *constitucionalización* del ordenamiento jurídico en el pensamiento de ALEXY.

1.2.4. La vinculación del juez a la ley en el *principlismo* de Alexy

Creo que, tal y como lo recomienda el propio ALEXY, la aritmética de la ponderación no debe sobrestimarse. La fórmula del peso – refinada o no refinada –

⁴²⁹ Véase la nota a pie de página n. 24 en ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 86.

⁴³⁰ ROBERT ALEXY, "Comments and Responses", en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (pp. 319-356), p. 535.

⁴³¹ En realidad, ALEXY trata la apertura de excepciones como un caso específico de decisión *contra legem*. ROBERT ALEXY, "Formal principles: some replies to critics", cit., p. 517. Deseo poner el acento, en cambio, en su reconocimiento de que una decisión *contra legem* es el resultado de la colisión entre principios formales y materiales (cit., pp. 517-518).

constituye simplemente una estructura que, a juicio de ALEXY, ayuda a entender qué debe fundamentarse en la ponderación, además de poner de manifiesto las relaciones entre pesos abstractos, intensidades de intervención y premisas epistémicas. En mi opinión, empero, la fórmula del peso no sólo obscurece el problema de la fundamentabilidad de los juicios de ponderación, sino también promete un grado de objetividad en los resultados que difícilmente es capaz de garantizar⁴³². Y esa es la razón por la que mantengo un severo escepticismo respecto de su capacidad orientadora en el campo de la actividad judicial⁴³³.

A ALEXY le ha interesado siempre demostrar que la ponderación es un proceso racional, una vez puede ser justificable argumentativamente. Y lo ha intentado demostrar siempre a través de ejemplos. Vayamos a uno de ellos. En un artículo de 2016 – *The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights* –, ALEXY acude a una sentencia (el caso *Lautsi*) de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁴³⁴, la cual hacía frente a la cuestión de si el mantenimiento de crucifijos en las escuelas públicas italianas respetaba o vulneraba el derecho a la educación y a la libertad religiosa de los estudiantes, así como el derecho de los padres a elegir la educación religiosa de sus hijos⁴³⁵. No me interesa entrar aquí en las particularidades del caso, sino solamente hacer referencia al modo en el que ALEXY lee el problema y su solución.

ALEXY identifica la colisión entre dos principios: la libertad religiosa y el “principio de la tradición”, ya que el gobierno italiano argumentaba que la presencia del crucifijo en las aulas conservaba una importante tradición nacional, esencial para la identidad del país. ALEXY comenta que el Tribunal ha decidido que perpetuar o no dicha tradición caería bajo el *margen de apreciación* del gobierno italiano, de modo que la interferencia en la libertad religiosa sería, de conformidad con el TEDH, proporcional. A

⁴³² Esa crítica puede verse en MATTHIAS JESTAEDT, “The Doctrine of Balancing – its Strengths & Weakness”, en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (pp. 152-172), p. 159. “The doctrine of balancing holds out the promise of a degree of certainty and precision in application which it is quite unable to keep. The weight formula expresses the ideal of a precise, one might say mathematically precise, science, at least in its external form”.

⁴³³ Sobre la falta de capacidad orientadora de la teoría de los principios y sobre su sobrestimado alcance, véase RALF POSCHER, “The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?”, en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (pp.218-247), pp. 241-243.

⁴³⁴ ROBERT ALEXY, “The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights”, cit., pp. 14-15.

⁴³⁵ La primera decisión, dictada en la Sala del TEDH el 3 de noviembre de 2009, reconocía la vulneración del derecho a la libertad religiosa de los estudiantes. La segunda decisión, la que prevaleció y la que es objeto del análisis de Alexy, fue dictada por la Gran Sala el 18 de marzo de 2011, y revocó la decisión de la Sala. Para un análisis más detenido del caso, véase ABRAHAM BARRERO ORTEGA, “El Caso *Lautsi*: la Cara y la Cruz”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 94, enero-abril de 2012 (pp. 379-409).

la luz de la escala triádica, la intensidad de interferencia en el principio de libertad religiosa sería *leve* (valor: 1), mientras que la prohibición de los crucifijos acarrearía una interferencia *moderada* (valor: 2) en el “principio de la tradición”. Además, ALEXY asume que las otras variables (los pesos abstractos y la certeza de las premisas epistémicas – empíricas o normativas) son iguales para ambos principios, de tal modo que el resultado final de la ponderación equivaldría a $\frac{1}{2}$. En consecuencia, el “principio de la tradición” tiene precedencia sobre el principio de la libertad religiosa.

A mi juicio, hay como mínimo tres objeciones a ese modo de razonar o de presentar jurídicamente el problema: las dos primeras aluden al propio ejemplo y son, por ello, concretas; la última tiene un alcance más amplio. (1) No me parece nada claro que el producto de la ponderación haya sido $\frac{1}{2}$. Es cierto que el TEDH, según nos cuenta ALEXY, ha decidido que la libertad religiosa no sufre una interferencia desproporcionada. Pero tampoco ha definido que, dadas las circunstancias, haya una precedencia *correcta* entre los principios. Al parecer, la decisión, en la medida en que acude al *margen de apreciación* del Estado, se parece más a un “empate” que a una prevalencia del “principio de la tradición”. (2) Es todavía menos clara la equivalencia de grado entre las demás variables de la fórmula del peso. ¿Por qué la libertad religiosa tiene el mismo peso abstracto que el “principio de la tradición”? Me parece que ALEXY no podría despreciar esa pregunta de manera tan sencilla, incluso porque el “peso abstracto” es quizás el factor más misterioso de su fórmula⁴³⁶. En cuanto a las premisas epistémicas, ¿por qué los grados de certeza de esas premisas serían equivalentes? ¿Acaso no es importante, entre otras cosas, la prueba del daño causado por la presencia de los crucifijos en las

⁴³⁶ La presencia del “peso abstracto” de los principios en la fórmula del peso sólo demuestra, en mi opinión, que una decisión tomada sobre la base de principios descansa necesariamente sobre el desarrollo de una concepción moral de cada principio. Sólo es posible hablar de “peso abstracto” si el aplicador tiene clara la importancia axiológica que cada principio constitucional posee en un orden jurídico determinado. Si se toma en serio la idea de peso abstracto, entonces el juez debería tener, como Hércules, cierta aptitud para la filosofía moral, a fin de intentar reconstruir el valor moral de los principios. Es curioso que ALEXY, en sus innumerables intentos de poner de relieve la racionalidad de la ponderación por medio de ejemplos, casi nunca haya tomado en serio el “peso” de los pesos abstractos. ¿Sería absurdo imaginar que el peso abstracto de un principio pudiera ejercer una influencia decisiva, y quizá no manifestada, en los juicios de intensidad de intervención y de importancia de satisfacción del aplicador? Por lo general, ALEXY suele atribuir valor a los pesos abstractos de manera más bien intuitiva, como ocurre por ejemplo con la precedencia que atribuye al derecho a la vida en comparación con los derechos de libertad. Véase, por ejemplo, ROBERT ALEXY, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, cit., p. 440. Para una crítica a la idea del “peso abstracto”, véase JOSÉ JUAN MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008 (pp. 69-83), pp. 67-68.

escuelas?⁴³⁷ (3) Todo ello pone en tela de juicio, a la postre, la capacidad orientadora de esa forma de pensar la aplicación del Derecho.

No creo, por ello, que esa fuera la manera más acertada de enfrentarse al problema concreto de los crucifijos. Puede que la ponderación juegue un papel relevante en algunos, o incluso en muchos, conflictos entre derechos fundamentales. Pero tal vez su función sea de escasa utilidad o de menor importancia en algunos otros. En el caso de los crucifijos, si el órgano aplicador se subordina sólo a un catálogo de principios y, por lo tanto, no está vinculado a la autoridad de ninguna regla que haya concretado esos principios, ¿no sería inevitable algo así como *la lectura moral* propuesta por DWORKIN? Soy consciente de que ALEXY matiza sus estructuras matemáticas para poner de relieve la importancia de los argumentos. Es cierto que la argumentación es inexorable, ¿pero lo es siempre en términos de colisión, de intensidades de intervención?⁴³⁸ Tal vez fuera más fundamental tener en cuenta, entre otras cosas, qué es lo que el tribunal entiende por “principio de la tradición”. ¿Es eso un derecho fundamental? En caso afirmativo, ¿quién es su titular? ¿Sería un principio del mismo tipo que la libertad religiosa? ¿Cuál es el alcance de tal principio?⁴³⁹ En fin, pienso que hay cuestiones más sustanciales que, si son desarrolladas

⁴³⁷ BARRERO ORTEGA señala que la Gran Sala ha considerado que, si bien el crucifijo es un símbolo religioso, no estaría probado que su exposición tuviera una influencia sobre los alumnos, ni tampoco estaría probado cualquier intento de adoctrinamiento por parte del Estado italiano. Vid. ABRAHAM BARRERO ORTEGA, “El Caso *Lautsi*: La Cara y la Cruz”, cit., p. 388.

⁴³⁸ RALF POSCHER sitúa la importancia de la teoría de los principios en el ámbito de la argumentación jurídica, señalando, empero, que no hay por qué aceptar que todos los derechos fundamentales exigen optimización. La ponderación de principios es, según Poscher, solamente una de las estructuras argumentativas posibles, de tal modo que la teoría de los principios de Alexy sería útil para analizar las razones o argumentos que requieren optimización. Vid. RALF POSCHER, “The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?”, cit., pp. 244-247.

⁴³⁹ Si se considera la libertad religiosa como una libertad de tipo negativo, que implica un necesario deber de abstención del Estado, que no podría apoyarse en ninguna religión específica o privilegiar los símbolos y señales religiosos en los espacios públicos, como es el caso de una escuela pública, entonces cabría preguntarse si el crucifijo es exclusivamente un símbolo religioso o si significaría más bien otra cosa. Si se considera el crucifijo un símbolo exclusivamente religioso y si se da por sentado el carácter negativo del derecho a la libertad religiosa, entonces habría una razón consistente para prohibir el mantenimiento de los crucifijos en las escuelas. Ese podría ser un modo de razonar. Y si se razonara así, no veo el papel que podría jugar la ponderación de principios. En verdad, se trataría de interpretar y subsumir. La cuestión podría resolverse, antes bien, con la definición del significado general del derecho a la libertad religiosa, acotándose dogmáticamente su alcance. Es cierto que, si bien se definiera dogmáticamente el ámbito normativo de la libertad religiosa, podría considerarse el crucifijo un símbolo que fuera más allá de la representación religiosa, es decir, podría considerarse el crucifijo un símbolo nacional, que aludiría a la identidad del país. Pero luego surgirían cuestiones cuando menos anteriores a la ponderación, como la referente a la eficacia del derecho individual a la libertad religiosa: ¿podría un derecho fundamental individual, que exige conceptualmente una abstención estatal, ser restringido por un interés general de mantener una tradición de fondo religioso? Quizás a partir de aquí podría concederse la presencia de un juicio de ponderación, que tendría el objetivo de poner de relieve los criterios a través de los cuales ese tipo de restricción estaría justificada. Sin embargo, ¿sería el caso de asumir que se trataría de un conflicto entre derechos fundamentales, tal y como los ha definido ALEXY? ¿No se trataría más bien de la restricción a un derecho fundamental no en virtud del peso de otro derecho, sino en razón de la presencia de un interés

de manera consistente, pueden convertir el juicio de proporcionalidad en una etapa si no superflua, al menos secundaria para la resolución de algunas clases de casos⁴⁴⁰.

Ahora bien, si la capacidad orientadora de la ponderación resulta dudosa incluso en el ámbito de las colisiones “puras” entre principios, cuando no se da la mediación de una regla jurídica, creo que hay razones para ser aún más escépticos respecto de su manejo por la jurisdicción ordinaria. Me refiero concretamente al problema presentado en el apartado anterior – sobre el rol de los principios formales – y que tiene estrecha relación con la cuestión de la vinculación del juez a la ley. Como se ha visto, el juez ordinario que *acepta* la teoría de los principios debe entender su vinculación a la ley también como un mandato de optimización; es decir: la ley inmediatamente aplicable vincula al juez en la mayor medida posible, ya que no siempre las leyes obedecen a un mandato de validez estricta: a veces son exigibles cláusulas de excepción y decisiones *contra legem*. El juez no está, por ende, siempre atado al mandato legislativo.

Que eso sea así no tiene nada de novedoso ni tampoco es indeseable. Creo que la declaración de excepciones implícitas e incluso las decisiones *contra litteram legis* no solo forman parte, sino que deben formar parte (dentro unos límites que trataré de articular en el último capítulo de esta tesis) de la actividad judicial. Lo que es particular en el pensamiento de ALEXY es que la aplicación de la ley (y aquí asumo que la ley tiene, en el lenguaje alexyano, por lo general la estructura de regla) está sometida a un esquema amplio de razonamiento por principios. Las reglas también pueden entenderse como la conjunción de dos tipos de principio: el principio material que le ofrece justificación y el principio formal que determina su cumplimiento. En realidad, la diferencia definitoria entre *regla* y *principio* radica en la presencia, en la dimensión de las reglas, de un principio distinto – el principio formal – que sustenta autoritativamente la regla. Pero ese principio formal es un principio como otro cualquiera: colide con el principio material opuesto a la regla *cuando menos* en un razonamiento de segundo orden, con el modesto fin de

general cuya garantía merecería la pena perseguir? Y la respuesta a esa pregunta quizá atrajera la cuestión de si un derecho fundamental individual puede sufrir esa suerte de restricción. En fin, creo que hay razones para poner en tela de juicio la idea de que toda decisión relativa a derechos fundamentales entraña un juicio de ponderación; o, por lo menos, para poner en cuestión, antes bien, la propia importancia de ese juicio de ponderación, una vez se asuma que tiene lugar.

⁴⁴⁰ En la opinión de GARCÍA AMADO, la parte más importante de la fundamentación jurídica es anterior a la ponderación y se conecta con la definición de la *ratio* de la norma. Sería más bien en ese momento, antes de la elección de los principios en colisión, en el que se definiría la prevalencia entre los propios principios. Vid. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en ROBERT ALEXY (coord.), *Derechos Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, 2007 (pp. 249-332), p. 259.

contribuir a la definición de los valores de las premisas epistémicas que integran la fórmula del peso.

El rol bastante débil de los principios formales es todavía más evidente cuando se tiene en cuenta que, según ALEXY, el ámbito de discrecionalidad del legislador equivale al “empate” en la ponderación. Es decir: cuando la ponderación no sea capaz de definir *correctamente* la precedencia entre principios, debe reconocerse el margen de acción del legislador⁴⁴¹. Si es posible, en cambio, alcanzar el *correcto* balance entre principios (incluidos en dicho balance los principios formales), entonces la ponderación legislativa, que genera una regla jurídica, debe reemplazarse por la ponderación judicial. Si esto es así, *no cabe deferencia alguna al legislador* cuando el juez esté convencido de que hay un balance *correcto* entre principios y que este balance no es, como cuestión obvia, el que está plasmado en la ley. Pero como la fórmula del peso no es sino una metáfora, como su aritmética es una estructura rellena por argumentos, y como la palabra “empate” no conserva su natural objetividad en la praxis judicial, el Derecho se convierte, de hecho, en un “*framework*” bastante dúctil para la razón práctica⁴⁴².

La idea de *deferencia al legislador* o de *vinculación del juez a la ley* sólo tiene sentido cuando es posible sostener exactamente lo contrario: aunque el juez esté convencido de que hay un balance *correcto* de los principios en juego, y de que este

⁴⁴¹ Por ello, MATTHIAS JESTAEDT sostiene que la doctrina de la ponderación supone la desaparición de la discrecionalidad legislativa. Según JESTAEDT, la introducción de principios formales en la ponderación no resuelve el problema, sino que lo incrementa, ya que la separación de poderes, las reglas de competencia o el “principio” de legalidad se convierten en mandatos de optimización, en mero deber “prima-facie”. MATTHIAS JESTAEDT, “The Doctrine of Balancing – its Strengths & Weakness”, cit., p. 172. Creo que la crítica de Jestaedt es por lo general acertada. El concepto de “principio formal” no logra garantizar el respeto a la discrecionalidad del legislador y, por consiguiente, la autoridad de las decisiones legislativas. La reconstrucción de la idea de principio formal llevada a cabo por PORTOCARRERO constituye un ejemplo de esa insuficiencia: “Los principios formales como razones *prima facie* para la validez de las decisiones autoritativas exigen que el juez, siempre que no existan razones de peso para lo contrario, debe respetar lo expresado y deseado por el legislador”. JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE, *La ponderación y la autoridad en el Derecho: el rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, cit., pp. 246-247. A mi juicio, la aportación de PORTOCARRERO padece del mismo problema de todo el principialismo alexyano: la conversión de todas las normas jurídicas en mandatos de optimización. La idea de que una norma jurídica de competencia, conectada con la propia jerarquía del Derecho, pueda reconstruirse como principio no es, en mi opinión, fácilmente compatible con la preservación de la dimensión autoritativa del Derecho. Para una defensa de la ponderación y de su respeto a los márgenes de acción del legislador y a la estructura jerárquica del Derecho, véase MARTÍN BOROWSKI, “La Ponderación en la Estructura Jerárquica del Derecho”, en María Elósegui Itxaso (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Zaragoza, Fund. Manuel Giménez Abad/Marcial Pons, 2016 (pp. 71-100). En un sentido similar al de Borowski, véase VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “Teoría de los Principios, Competencias para la Ponderación y Separación de Poderes”, en Jan-R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011 (pp. 243-259).

⁴⁴² Sobre la relación entre ponderación y razón práctica, véase MATTHIAS KLATT y MORITZ MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, cit., p. 55.

balance produce un resultado distinto del que ha producido el legislador, el juez *debe* mantener la aplicación de la ley. No existe deferencia o vinculación a la ley y, en consecuencia, respeto a una jerarquía que no sea la de rango constitucional, si las reglas jurídicas dictadas por el legislador sólo conservan su autoridad en el caso de que el juez ordinario no haya encontrado una relación de precedencia *correcta* entre los principios⁴⁴³. ALEXY piensa que su concepto de principio formal permite *dar cuenta* de la dimensión autoritativa o institucional del Derecho. Creo, sin embargo, que sus principios formales padecen del mismo problema que la dimensión de “*fit*” de DWORKIN: no acotan en absoluto las decisiones judiciales porque se incorporan a una dimensión justificatoria – moral o *ideal* – que tiene precedencia con respecto a ellos.

El juez que *acepta* la teoría de los principios de ALEXY es un *participante* en el ordenamiento jurídico; y, como tal, formula siempre una pretensión de corrección: cada fallo suyo pretende ser la aplicación *correcta* del Derecho. Pero eso no tiene – como puede parecer en un principio – un significado banal. Una decisión correcta, como se ha visto al comienzo de esta sección, es una decisión justificable a la luz de una *moral correcta*, que es, por su parte, la moral de los derechos humanos. La moral de los derechos humanos corresponde a la dimensión ideal del Derecho, a la dimensión de *la razón* – crítica y universal. Esa dimensión se institucionaliza mediante la constitucionalización de derechos fundamentales. Y los derechos fundamentales son principios, que deben aplicarse mediante ponderación. En consecuencia, el juez que *acepta* la teoría de los principios de ALEXY también *acepta* que su decisión deba ser *correcta*. Y eso, al fin y al cabo, sólo puede significar una cosa: su decisión debe resultar de una *correcta* ponderación de los principios en juego.

El propio ALEXY lo deja bastante claro cuando afirma que un juez no puede decir algo como “*si hubiese ponderado, hubiese llegado a otra decisión, pero no he ponderado*”⁴⁴⁴. Ignorar la ponderación implica, por ende, abandonar la posibilidad de alcanzar un resultado correcto, implica, a fin de cuentas, abandonar la pretensión de corrección. No cabe, por lo tanto, ninguna forma de deferencia al legislador cuando la

⁴⁴³ “(...) statute marks a regularly necessary but only weakly determinative and barely meaningful transitory phase in the concretization and individualization of constitutional values (...)”. MATTHIAS JESTAEDT, “The Doctrine of Balancing – its Strengths & Weakness”, cit., p. 166. En la misma línea, FREDERICK SCHAUER señala que la doctrina de la ponderación no toma los límites del texto – de la forma del Derecho – realmente en serio. El juez “ponderador” es, en ese sentido, un juez incapaz de frustrarse. Vid. FREDERICK SCHAUER, “Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text”, en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (pp. 307-316), p. 315.

⁴⁴⁴ ROBERT ALEXY, “El Concepto y la Validez del Derecho”, cit., p. 78.

actividad judicial está orientada por ese ideal regulativo, cuando la actividad judicial está destinada a la institucionalización (*también judicial*) de la razón. La ponderación, nótese bien, no es un mecanismo cualquiera; es el mecanismo que permite que se alcance una decisión *correcta*, justificable moralmente. La ponderación legislativa, con la salvedad de los casos de “empate”, sólo es digna de deferencia si resulta de una ponderación *correcta* entre derechos fundamentales. Pero si las cosas son así, el juez ordinario no está vinculado *verdaderamente* a la legislación. Su vinculación reside siempre y de modo inexorable en el nivel de los principios constitucionales, en el nivel que se conecta con la dimensión ideal del Derecho.

2. EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Dentro del terreno del “constitucionalismo de los derechos”, el *constitucionalismo garantista* surge como una especie de proyecto alternativo al *constitucionalismo principialista*, ya sea en la vertiente de DWORKIN o en la de ALEXY. En realidad, y para ser un poco más preciso, no se trata sólo de una alternativa, en el sentido de una posibilidad más en el círculo de las propuestas de constitucionalismo *al servicio* de los derechos. El *constitucionalismo garantista*, etiqueta acuñada por su propio teorizador – LUIGI FERRAJOLI⁴⁴⁵ – se presenta como una propuesta antagónica al *principialismo*; es decir, constituye en definitiva una propuesta con rasgos verdaderamente originales, pero asimismo representa una dimensión crítica al ascenso y plasmación de la idea de derechos en tanto que principios. El *constitucionalismo garantista*, por ello, pretende ser una realización más exitosa del “constitucionalismo de los derechos”, en la medida en que se opone al *principialismo* exactamente para ofrecer más garantías a la realización y a la protección de los derechos fundamentales.

PIERLUIGI CHIASSONI ha escrito que LUIGI FERRAJOLI es un “baluarte de la modernidad”⁴⁴⁶. Y lo es, a juicio de CHIASSONI, no por otro motivo sino por su crítica rotunda al *constitucionalismo principialista* o anti-positivista, que correspondería a una ciencia jurídica de corte pre-moderno o incluso contra-moderno, con cierta inclinación hacia la búsqueda de la “objetividad”, de la “esencia” o de la “fundamentación última”.

⁴⁴⁵ Véase LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 15-54).

⁴⁴⁶ PIERLUIGI CHIASSONI, “Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 101-120).

La modernidad se resume, para CHIASSONI, en una “racionalidad prudente”⁴⁴⁷, en la cual la razón tiene consciencia de sus límites y se proyecta, en el campo ético-normativo, con la exigencia de la tolerancia, del respeto a los planes de vida y a la autonomía – valores cardinales de una ética liberal-ilustrada. La razón de la modernidad es, por lo tanto, una razón débil, cuyos argumentos se lanzan “en el mar tempestuoso de los choques de ideología y de visiones de mundo”⁴⁴⁸.

El elogio de CHIASSONI a FERRAJOLI es casi un elogio a la resistencia, toda vez que FERRAJOLI es perseverante en su concepción positivista del Derecho y, en particular, en su concepción positivista del constitucionalismo. De hecho, FERRAJOLI defiende dos tesis que le resultan correctas y atractivas al CHIASSONI entusiasta de la modernidad: la separación entre el Derecho y la Moral; y el no cognoscitivismo ético⁴⁴⁹. La tesis de la separación constituye, entre otras cosas, un principio ético-político que permite la crítica del Derecho y, por consiguiente, su transformación. Eso podría ser bastante discutido aquí, pero basta con afirmar que FERRAJOLI y CHIASSONI rechazan tanto el legalismo ético como el constitucionalismo ético, posturas que confunden la validez con la justicia⁴⁵⁰. En el plano meta-ético, ambos prefieren también una posición no cognoscitivista a una posición cognoscitivista u objetivista en términos morales. Y ello tendría que ver con la *modernidad* de FERRAJOLI: la defensa política de los principios liberales como principios justos no supondría pretender que su aceptación por todos dependa de su reconocimiento como principios verdaderos u objetivos⁴⁵¹.

Esos dos elementos constituyen algunos de los rasgos que diferencian el *constitucionalismo garantista* del *constitucionalismo principialista*. Según FERRAJOLI, su modelo rechaza las tres características fundamentales del *principialismo*: “a) la conexión entre Derecho y moral; b) la contraposición entre principios y reglas y la centralidad asignada a su distinción cualitativa; c) el rol de la ponderación, en oposición a la

⁴⁴⁷ PIERLUIGI CHIASSONI, “Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista”, cit., p. 104-105.

⁴⁴⁸ PIERLUIGI CHIASSONI, “Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista”, cit., p. 109.

⁴⁴⁹ “El no-cognoscitivismo ético y la separación entre Derecho y moral, que forman el presupuesto del constitucionalismo garantista, son, por ello, el presupuesto y al mismo tiempo la principal garantía del pluralismo moral y del multiculturalismo, es decir, de la convivencia pacífica de las muchas culturas que concurren en una misma sociedad”. LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 32.

⁴⁵⁰ JOSÉ JUAN MORESO, “Antígona como defensor. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 183-200), p. 192. MORESO describe así la posición de FERRAJOLI. Pero no la comparte, aduciendo además que el propio Dworkin mantiene claramente que el Derecho es diferente de la moralidad.

⁴⁵¹ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 33.

subsunción, en la práctica jurisdiccional”⁴⁵². La conjunción de esos tres ingredientes parece servir de base para la más contundente crítica de FERRAJOLI al *constitucionalismo principialista*: la idea de que esa especie de constitucionalismo conlleva una peligrosa “regresión premoderna en el Derecho y en la cultura jurídica”⁴⁵³. Y esa regresión premoderna sería el resultado de los rasgos que según FERRAJOLI caracterizan al *principialismo*: una suerte de absolutismo moral, dada su adhesión al cognoscitivismo ético; cierto menoscabo a la jerarquía de fuentes y a la propia fuerza normativa de la Constitución; y finalmente el incentivo al activismo judicial, cuya consecuencia es una pérdida sustancial de certeza jurídica⁴⁵⁴.

FERRAJOLI entiende que parte de ese diagnóstico se debe a la comprensión de que la argumentación moral ocupa un lugar fundamental en el razonamiento jurídico, en especial debido a la muy asentada idea de que los derechos fundamentales tienen la estructura de principio y que, por eso, sólo pueden aplicarse mediante un juicio de ponderación. Ello, a juicio de FERRAJOLI, ha permitido el desarrollo de una jurisprudencia inventiva, particularmente creadora de *nuevos* principios, que ni siquiera podrían deducirse de los textos constitucionales⁴⁵⁵. Tal escenario abriría, en definitiva, el paso hacia el activismo judicial. Los jueces se hallarían en una posición peculiar: la de creadores de normas jurídicas a través de la ponderación de principios, lo que acarrearía, aduce FERRAJOLI, la anulación de la separación de poderes⁴⁵⁶. Una vez despreciada la separación de poderes, el Derecho ya no es un producto contingente de la labor legislativa. El Derecho se convierte fácilmente en una suerte de Derecho jurisprudencial y doctrinario, en el que la ley – y sobre todo la normatividad constitucional – tienen un valor escaso⁴⁵⁷.

De ahí que, en la obra de FERRAJOLI, los derechos fundamentales no son principios. Un derecho fundamental es entendido como regla. Así, la positivización de un derecho fundamental implica la introducción de un conjunto de reglas cuya función es precisamente la de garantía, sea para prohibir lesiones o para imponer obligaciones de

⁴⁵² LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 28.

⁴⁵³ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 21.

⁴⁵⁴ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 21.

⁴⁵⁵ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 43.

⁴⁵⁶ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 44.

⁴⁵⁷ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 52: “De esta manera, la ciencia jurídica y la jurisprudencia, gracias al rol asociado a la ponderación de los principios, vuelven a reivindicar su papel de fuentes supremas del Derecho; con el resultado paradójico de que la experiencia jurídica más avanzada de la modernidad, representada por la positivización del <deber ser> del Derecho y por la sujeción de todo poder a límites y a vínculos jurídicos, se interpreta como una suerte de regresión al derecho jurisprudencial y doctrinario premoderno”.

prestación⁴⁵⁸. Con ello, FERRAJOLI manifiesta su convicción de que elabora un proyecto de normatividad constitucional verdaderamente fuerte, contribuyendo a la realización del propio ideal constitucionalista, que corresponde a la constrictión al poder político a través de límites – formales y materiales – impuestos rígidamente por una fuente normativa superior⁴⁵⁹.

El *constitucionalismo garantista*, al igual que el *constitucionalismo principialista*, presupone la positivización de un conjunto de principios ético-políticos en tanto que derechos fundamentales. Sin embargo, y a diferencia del *principialismo*, esos derechos no resultan de una dimensión ideal del Derecho, de una moral correcta o incluso de la mejor lectura que pueda hacerse de la moralidad política. Esos derechos deben entenderse simplemente – pero no con menor importancia – como conquistas históricas, cuya necesidad de protección jurídica impone la introducción de garantías constitucionales. Según FERRAJOLI, su modelo representa una especie de *positivismo reforzado*, que consiste en la positivización del deber ser⁴⁶⁰. Lo que antes se concebía sólo como una dimensión de la justicia, del *deber ser* moral, ahora se convierte en norma jurídica. El *constitucionalismo garantista* promueve así la disolución de la tajante distinción entre voluntad y razón. La “ley de la razón”, ahora positivizada, reposa en los principios y derechos fundamentales; “la ley de la voluntad”, en tanto ley de la mayoría, reposa por lo general en la legislación, y se subordina – en forma y contenido – a la razón constitucional⁴⁶¹.

El *constitucionalismo garantista* posee, en resumen, tres significados⁴⁶². Puede entenderse, en primer lugar, en cuanto *modelo del Derecho*. Se trata en realidad de todo lo anterior, o sea, de la positivización de principios en una Constitución rígida y de un conjunto de derechos fundamentales garantizados jurisdiccionalmente a través del control de constitucionalidad. Una ley que sea promulgada en contradicción a esos derechos

⁴⁵⁸ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 21.

⁴⁵⁹ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 16 y p. 52.

⁴⁶⁰ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 24.

⁴⁶¹ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 25.

⁴⁶² Creo que esos significados, hoy extendidos a una teoría de amplio alcance, ya se hallaban bastante delineados en una obra clásica de FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, cuyo objeto era especialmente el derecho penal, pero con proyecciones indicativas de una idea general de lo que *debería ser* la relación entre el individuo y el Estado. En esa obra, FERRAJOLI señala que habría tres acepciones de *garantismo*: (1) un modelo normativo de Derecho; (2) una teoría del derecho y una crítica del Derecho (sobre la base de la distinción entre el punto de vista prescriptivo y el punto de vista descriptivo); y finalmente (3) una filosofía del derecho y crítica de la política. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos B., R. Cantarero B., Madrid, Trotta, 1995, pp. 852-853.

genera una *antinomia* en el sistema y, por ello, debe ser declarada inválida. El segundo significado se conecta con el ámbito de la *teoría del Derecho* e introduce la distinción entre validez y vigencia: una norma puede estar vigente (por su regularidad formal), pero, en cambio, puede resultar inválida (por su no regularidad material). Finalmente, el *constitucionalismo garantista* puede entenderse como *teoría política*. En ella la democracia implica la realización de cuatro niveles de derechos: los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales⁴⁶³.

En lo que atañe a la actividad judicial, la teoría de FERRAJOLI se presenta como bastante más rígida (o, si se quiere, *formalista*) que las teorías *principialistas*. FERRAJOLI señala que su paradigma garantista “requiere que el poder judicial sea lo más limitado posible y vinculado por la ley y por la constitución, según el principio de la separación de poderes (...)”⁴⁶⁴. Añade, además, que la jurisdicción será tanto más legítima cuanto más cognoscitiva y no discrecional sea, cuanto más se subsuma y no se pondere, subrayando, así, su reproche a la ponderación de principios. El ideal regulativo de la actividad de los jueces, bajo el *constitucionalismo garantista*, es el “cognoscitivismo judicial”, que, en razón de la natural indeterminación del lenguaje, no puede ser más que un ideal y no puede realizarse plenamente, sino en grados. Por ello, defiende que la legislación debería disponer de un lenguaje riguroso y mucho más preciso, evitándose la oscuridad y la ambigüedad⁴⁶⁵.

Como puede advertirse, las palabras de FERRAJOLI parecen indicar que si el juez ordinario *acepta* su modelo de constitucionalismo, si *acepta* las premisas teóricas y los compromisos políticos del *garantismo*, también deberá sentirse fuertemente vinculado por la ley. Por supuesto que hay también una vinculación con la Constitución y con los derechos fundamentales, ya que su *garantismo* entraña un compromiso elemental con la realización de los derechos. Pero, al parecer, el juez sólo estaría autorizado a desplazar la ley en nombre de un derecho si efectivamente se reconoce una *antinomia*, es decir, una contradicción entre la legislación y las reglas de derechos fundamentales; y ello, por razones de jerarquía, exigiría la prevalencia de la norma superior⁴⁶⁶. De ahí que la

⁴⁶³ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., pp. 25-26.

⁴⁶⁴ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 50.

⁴⁶⁵ LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., pp. 50-51.

⁴⁶⁶ “Así, se concibe como un sistema de límites y vínculos impuestos por constituciones rígidas a todos los poderes y garantizados por el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre su ejercicio: de límites impuestos en garantía del principio de igualdad y de los derechos de libertad, cuya violación por acción da lugar a antinomias; es decir, a leyes inválidas que requieren ser anuladas mediante la intervención jurisdiccional”. LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, cit., p. 25.

concepción de FERRAJOLI parece tomar efectivamente en serio – al contrario que los modelos *principalistas* – la vinculación del juez a la ley, en cuyo caso tal vez podría haber aquí algún espacio para la idea de deferencia al legislador. A continuación, voy a tratar de analizar, de modo breve, si realmente esto es así.

2.1. *La democracia a través de los derechos, de Luigi Ferrajoli*

Como indica el título de esta sección, *La democracia a través de los derechos* es una – importante – obra de LUIGI FERRAJOLI⁴⁶⁷. En ella hay un desarrollo bastante esclarecedor de sus principales tesis respecto de las relaciones entre *derechos, democracia y Constitución*. Es cierto que *Principia Iuris* es su obra “total”, cuyo carácter imponente me obligará a mencionarla en repetidas ocasiones en las notas a pie de página, siquiera sea para indicar que las ideas plasmadas en *La democracia a través de los derechos* son avaladas por la obra maestra. Pero me centraré aquí, en estas escasas páginas, en ese modo de pensar la democracia desde su nexo con los derechos, para luego estar en posición de contestar a la pregunta que ha puesto término a la sección anterior. Ante todo, conviene señalar que en *La democracia...* no se deja duda alguna acerca del proyecto político – ambicioso y, tal vez por ello, controvertido – que implica el *constitucionalismo garantista*. Y creo que se podría añadir, sin grandes matizaciones, que hay una relación intrínseca entre el proyecto político de FERRAJOLI y su modelo teórico de constitucionalismo.

En el centro de los problemas a los que hace frente FERRAJOLI está su preocupación con respecto a los poderes feroces del capitalismo financiero. No sería desmesurado afirmar, tras la lectura de *La Democracia...*, que el principal factor de producción de las miserias del mundo es el factor económico, mientras que por tal se entienda el mantenimiento o prevalencia del modelo económico capitalista vigente⁴⁶⁸. No

⁴⁶⁷ LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2014.

⁴⁶⁸ Bastaría con mencionar que, según Ferrajoli, la “crisis económica en curso en todos los países del occidente capitalista, generada por la desregulación de las finanzas, es, precisamente, el principal factor actual de crisis de la democracia”. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 136. Ferrajoli, además, añade que se ha sustituido el orden del Derecho por el orden de la economía, lo que estaría impidiendo la satisfacción de las promesas constitucionales, como si en realidad se hubiera producido un vuelco en la jerarquía de fuentes, con el orden económico en la cúspide. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., pp. 141-142. En *Principia Iuris*, Ferrajoli señala que la libertad de mercado sería la nueva *Grundnorm*. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, v. II, trad. P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, Marina Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, p. 71.

sé hasta qué punto los diagnósticos de FERRAJOLI a este respecto son acertados. Quizás lo sean en *alguna* medida (aunque dudo que lo sean en *buena* medida). Lo importante es poner de manifiesto que el *constitucionalismo garantista* – en cuanto proyecto político – está diseñado para poner límites al poder excesivo del mercado. Las garantías fundamentales no tienen que ver solamente con las garantías frente al poder político, frente a las mayorías. Su modelo corresponde a la “ley del más débil”⁴⁶⁹ en el sentido de que el más débil es no sólo el ciudadano frente al Estado, sino también el ciudadano frente a las “naturales vocaciones deprecatorias de la economía capitalista”⁴⁷⁰.

El modelo económico vigente es definido por FERRAJOLI como “capitalismo financiero improductivo y depredador insaciable”⁴⁷¹; una definición fuertemente negativa y que sirve, sin lugar a dudas, de motor para la construcción de todo su edificio de garantías. FERRAJOLI formula algunas afirmaciones muy incisivas, que, si bien puede que sean verdaderas, quizás necesitarían mayor profundización. Entre ellas, afirma que la crisis de la democracia resulta de la crisis económica y que, además, la crisis del Estado Social no deriva en absoluto de la deuda pública⁴⁷². De nuevo: puede que sean conclusiones sólidas y no voy a discutir aquí su mérito; pero, *cuando menos* me parece razonable asumir que se trata de conclusiones disputables en el seno del debate público. Las traigo a colación, sin embargo, precisamente con el fin de poner de relieve su relación con el modelo *garantista* de FERRAJOLI.

La crisis económica alrededor del mundo occidental y que ha afectado especialmente a Europa, resulta, en la opinión de FERRAJOLI, de la plasmación de una “ideología neoliberal”⁴⁷³ que habría subordinado al poder político. Y el remedio para la

⁴⁶⁹ Una aportación más completa acerca de la “ley del más débil” puede verse en LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2 ed., Madrid, Trotta, 2001. En lo que atañe al derecho penal, FERRAJOLI ha utilizado la noción de “ley del más débil” para referirse a su idea de “derecho penal mínimo”. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris...*, v. II, cit., p. 348.

⁴⁷⁰ LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 145. A juicio de FERRAJOLI, la subalternidad de la política respecto de la economía, que conlleva una concentración injustificable de poderes, confundiendo la esfera pública con la esfera privada, implica otra especie de “regresión premoderna”.

⁴⁷¹ LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 148. FERRAJOLI argumenta de este modo: “(...) el compromiso entre capitalismo y democracia, que en los treinta años siguientes a la Segunda Guerra Mundial había asegurado un fuerte crecimiento de la economía y un aumento de la igualdad, del empleo y de las garantías de los derechos sociales, se ha roto en los decenios sucesivos con la mutación del viejo capitalismo productivo en capitalismo financiero improductivo y depredador insaciable”.

⁴⁷² LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 136 y pp. 146-149. En opinión de Ferrajoli, las políticas de austeridad, llevadas a cabo en razón de la equivocada idea de que el endeudamiento de los Estados ha generado la crisis, producen más y más reducción de las prestaciones sociales, agudizando, en vez de eliminar, los efectos de la crisis.

⁴⁷³ LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 138.

crisis no se manejaría desde otra perspectiva que no sea desde la misma ideología que la ha generado: la creencia en la desregulación de los mercados, en las privatizaciones, en la reducción del papel del Estado como reductor de las desigualdades. Y todo ello habría dado lugar a una drástica reducción especialmente en la protección de los derechos sociales, lo que habría acarreado, por ejemplo, la precarización del trabajo, la flexibilización de la gratuidad del derecho a la salud y la disminución de las inversiones en el ámbito de la educación; de tal modo que la “Europa de los Derechos”, así reconocida por los “progresistas de todo el mundo”⁴⁷⁴, ya no caminaría hacia esa dirección, sino más bien hacia el sentido contrario, de desmantelamiento del Estado de bienestar.

El *constitucionalismo garantista* no es nada más que un modelo destinado a hacer frente a esa realidad. Y tanto es así que FERRAJOLI no concibe otra salida para enfrentar las injusticias del mundo (el hambre, la tragedia de los inmigrantes ilegales, los conflictos armados, el terrorismo⁴⁷⁵) que no sea la adopción, a nivel global, de su propuesta de constitucionalismo, construyéndose así una especie de “constitucionalismo total”: en la esfera del derecho privado, en el ámbito nacional y a nivel mundial⁴⁷⁶. El *constitucionalismo garantista* pretende, por lo tanto, servir de contrapeso a la fuerza predatoria del poder del más fuerte⁴⁷⁷ y eso sólo es posible, en la concepción de FERRAJOLI, si se establece una forma política que efectivamente proteja y garantice los derechos. Una crisis económica no debería generar la reducción de los derechos sociales, pues su satisfacción debería ser *obligatoria* y la opción de no realizarlos se enfrentaría a la Constitución. Y una crisis de la democracia tampoco debería permitir el desprecio a los

⁴⁷⁴ “(...) Ya no es la Europa civil y social – la Europa de los derechos, como la percibieron durante decenios los progresistas de todo el mundo, sino una Europa, no solo económica, sino también política y moralmente debilitada (...)”. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 162.

⁴⁷⁵ FERRAJOLI pone de manifiesto su preocupación por todos esos temas y otros más. Y hace un resumen sistemático de las principales emergencias globales. Serían cinco: (1) la emergencia democrática; (2) la emergencia social y humanitaria (el hambre, la sed, la falta de acceso a fármacos esenciales, etc.); (3) la emergencia ambiental; (4) la emergencia nuclear; (5) la emergencia criminal (la criminalidad organizada a nivel transnacional, la corrupción, las mafias, etc.). Vid. Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 166-169. Sobre el problema de la inmigración en particular, Ferrajoli condena las leyes de exclusión, expulsión y discriminación, que representarían un “nuevo racismo institucional”. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris...*, v. II, cit., p. 345.

⁴⁷⁶ FERRAJOLI propugna la extensión del paradigma del *constitucionalismo garantista* al derecho internacional y al derecho privado. De ello resultaría una extensión a todos los poderes, creándose además la exigencia de reforzamiento de las garantías de los derechos fundamentales. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 176. Para una presentación más detenida de lo que sería el constitucionalismo global (sobre la base, en resumen, de una democracia cosmopolita, de un federalismo global y de una articulación multinivel entre las instituciones de poder) de FERRAJOLI, véase LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris...*, v. II, cit., pp. 531-544.

⁴⁷⁷ En opinión de FERRAJOLI, el mercado se ha convertido en la ley del más fuerte, en una especie de versión actual del estado de naturaleza. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 162.

derechos civiles y de libertad – como la exacerbación de las penas o, en último término, la práctica de la tortura⁴⁷⁸ – pues esos derechos quedarían “fuera” del ámbito de decisión política.

De este modo se constata la conexión entre el proyecto político y el modelo teórico de FERRAJOLI. La base del *constitucionalismo garantista* es la distinción entre la esfera de lo *indecidible* (o de lo no que no se puede decidir) y la esfera de lo *no decidible que no* (o de lo que debe decidirse)⁴⁷⁹. La primera esfera se conecta, en esencia, con los derechos de libertad. Bajo el ideal garantista, ninguna mayoría puede decidir sobre los derechos fundamentales que implican las más básicas libertades individuales. Ello significa sostener que esos derechos quedan sustraídos del poder de decisión política. Una ley que los vulnere es una ley vigente, pero inválida, porque genera una *antinomia* que debe ser zanjada a través de los mecanismos de control de constitucionalidad. En cuanto a la segunda esfera – la esfera de lo que debe decidirse –, en ella se encuentran básicamente los derechos sociales, los derechos que dependen de prestaciones positivas del Estado. Una vulneración a esos derechos, como sería el caso de la reducción del presupuesto sanitario en tiempos de crisis, produce no ya una antinomia, sino más bien una *laguna*, que también debe ser eliminada garantizándose un derecho sobre el cual el Estado no puede *no decidir*⁴⁸⁰.

Vistas así las cosas, la democracia ya no puede concebirse desde una perspectiva meramente formal o procedimental. Ella es, por supuesto, la *forma* de toma de decisiones colectivamente vinculantes. Pero el contenido de esas decisiones también corresponde a la realización de la democracia. La tesis de la “democracia a través de los derechos”

⁴⁷⁸ Respecto de la tortura, FERRAJOLI, con toda la razón, defiende su total abolición a través de la instauración de un sistema constitucional de garantías. Aunque la tortura, por razones naturalmente vinculadas al núcleo de la dignidad de la persona, esté justificadamente prohibida en un 84% de los catálogos de derechos fundamentales, es interesante percibir, acudiendo al estudio de DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, que su práctica es todavía más común precisamente en algunos de los países que poseen la prohibición constitucional. Vid. DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “Sham Constitutions”, cit., p. 868. A mi juicio, ello pone en tela de juicio la muy sentada certeza de Ferrajoli acerca de la relación entre el progreso del constitucionalismo garantista y el progreso fáctico del conjunto de derechos protegidos por las “esferas de lo indecidible”.

⁴⁷⁹ La esfera de lo “no decidible” es la esfera “de lo que la legislación tiene prohibido o está obligada a decidir”. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 44 y p. 113. En realidad, la esfera de lo indecidible está constituida por los derechos de libertad y de autonomía, “que imponen la prohibición de las decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos”. La esfera de lo “indecidible que no” está determinada por el conjunto de los derechos sociales, que “imponen la obligación de las decisiones dirigidas a satisfacerlos”. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 54. Véase también Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris...*, v. II, cit., pp. 44-50.

⁴⁸⁰ Sobre la distinción entre validez y vigencia, véase LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., pp. 45-51. Esa distinción se conecta estrechamente, en la teoría de FERRAJOLI, con la cuestión de las lagunas y de las antinomias. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 20. Véase también LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris...*, v. I, cit., pp. 857-861.

implica la idea de que no basta con garantizar el procedimiento mayoritario para que haya democracia, sino que existe la necesidad de que se garanticen las dos esferas que se refieren no al *cómo* se decide, sino al *qué* se decide. La democracia constitucional, bajo el modelo *garantista*, entraña un carácter sustancial⁴⁸¹ básico, que radica en la satisfacción y protección de los derechos fundamentales. Todo ello lleva a FERRAJOLI a afirmar que su modelo implica y prescribe la “máxima efectividad de todos los derechos y de todas las promesas constitucionales”⁴⁸². Allí donde el poder político delibere sobre lo que es indecidible y no decida acerca de lo que debe ser deliberado, sin la consiguiente eliminación judicial de las respectivas antinomias o lagunas, ya no puede existir verdadera democracia.

Sin embargo, para que ese modelo tenga éxito, FERRAJOLI es consciente de que sería necesaria otra *epistemología jurídica*, de manera que la propia ciencia jurídica se detuviera en un objeto de investigación particular: la defensa y la realización del proyecto constitucional. La ciencia jurídica se centraría no sólo en la descripción del orden normativo, sino principal y especialmente en su crítica y en la prescripción de cómo ese orden *debería ser*. Una vez aceptados el modelo teórico y el proyecto político del *constitucionalismo garantista*, sería indispensable la formación de una “cultura jurídica militante”⁴⁸³, comprometida en definitiva con el progreso de esa empresa constitucionalista que es, al fin y al cabo y según FERRAJOLI, la única manera de combatir la injusticia y el arbitrio de los poderes políticos y económicos. En ese sentido, el éxito del modelo teórico de FERRAJOLI depende de la plasmación, a nivel ideológico y teniendo en cuenta el carácter performativo de la teoría⁴⁸⁴, de algo que podría denominarse *constitucionalismo progresista militante*.

⁴⁸¹ Sobre la idea de democracia sustancial en el *constitucionalismo garantista*, véase Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 51.

⁴⁸² Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 30.

⁴⁸³ Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 83. Según FERRAJOLI: el paradigma constitucional “ha cambiado la actitud de los juristas frente a su objeto de investigación, orientándola hacia la defensa y realización del proyecto constitucional. (...) Así se explica el papel progresista desempeñado en estos años por una parte de la ciencia jurídica. En efecto, el constitucionalismo garantista replantea de manera ineludible los nexos biunívocos entre derecho y política y entre ciencia jurídica, filosofía política y sociología del derecho, programáticamente ignorados y excluidos por el viejo método técnico-jurídico, promoviendo una cultura jurídica militante en defensa del orden constitucional y de los derechos fundamentales: una cultura que, por lo demás, exige no un menor sino un mayor rigor metodológico” (cit., p. 89). Véase también LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris...*, v. II, cit., p. 36. Aquí, Ferrajoli afirma tajantemente que el rol de la ciencia jurídica, bajo el paradigma garantista, consiste en asegurar la efectividad de los principios constitucionales.

⁴⁸⁴ “Las teorías cumplen un papel performativo del derecho y del imaginario de los jueces y los juristas”. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 126.

FERRAJOLI es consciente de que el *constitucionalismo garantista* en cuanto proyecto político se sitúa en la dimensión del deber ser, en esa dimensión crítica que él mismo prescribe a la epistemología jurídica. Y ello implica el sencillo reconocimiento de que, si bien uno puede estar en desacuerdo con el contenido de un derecho, tal postura política no dice nada respecto de la vigencia y de la validez de ese derecho. La teoría del derecho es una cosa; la filosofía política, por supuesto, es otra cosa⁴⁸⁵. No obstante, y como ya se ha dicho aquí, el modelo teórico de FERRAJOLI no *pretende* servir de estructura para cualquier proyecto político, sea cual fuere el contenido o la ubicación en el espectro ideológico. Creo que sería acertado afirmar que la culminación del *constitucionalismo garantista* tiene lugar cuando los compromisos políticos prescritos por FERRAJOLI se encajan en las estructuras teóricas de su modelo, lo que es tanto como decir que, en esa etapa ideal, lo que a fin de cuentas se *garantizaría* sería una *determinada concepción* de la moralidad política – una concepción, y quizás FERRAJOLI lo diría así – “progresista”⁴⁸⁶.

Pienso que esto es demostrable acudiendo precisamente a algunas de las propuestas políticas que FERRAJOLI considera básicas para el avance de esa suerte de constitucionalismo civilizatorio. Voy a mencionar cinco de ellas: (1) el reconocimiento de las armas como bienes ilícitos⁴⁸⁷; (2) el derecho al aborto como garantía de la autodeterminación de la mujer⁴⁸⁸; (3) la institución de la renta básica universal⁴⁸⁹; (4) la prohibición del despido sin justa causa⁴⁹⁰; (5) y la prohibición de mercantilización de los fármacos, entendidos como bienes fundamentales⁴⁹¹. A juicio de FERRAJOLI, la garantía

⁴⁸⁵ “Todo esto no impide el carácter puramente formal y estructural de la teoría del derecho, en el sentido ya aclarado de que ella, por sí sola, no nos dice nada acerca de los contenidos del derecho mismo; ni menos aún supone alguna clase de compromiso ideológico o valorativo de la teoría”. LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris...*, v. I, p. 34.

⁴⁸⁶ Asimismo podría utilizarse, creo que sin perjuicio del sentido de la palabra “progresista” tal y como la utiliza Ferrajoli, el término “liberal-socialista”, que también forma parte de su vocabulario y que es la perspectiva ideológica que él proyecta sobre el nexo entre democracia y derechos. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., pp. 233-234.

⁴⁸⁷ La prohibición de las armas representaría una garantía del derecho a la vida; garantía que, según Ferrajoli, no se satisface sencillamente en razón de los intereses económicos de los fabricantes y comerciantes de armas. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 199.

⁴⁸⁸ La polémica moral en torno al aborto parece ser, para FERRAJOLI, una polémica entre el *moralismo jurídico* (resultado, en particular, de una suerte de fundamentalismo religioso) y la defensa (laica) del derecho a la autodeterminación de la mujer. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 102.

⁴⁸⁹ La renta básica, sumada al derecho a la vida y a la educación, formaría parte del “derecho a la existencia”. Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 201. Véase también LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris...*, v. II, cit., p. 231.

⁴⁹⁰ Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 202. Ferrajoli imagina que el restablecimiento de las garantías de los derechos de los trabajadores dependería de dos garantías jurídicas específicas: la prohibición de los despidos sin justa causa y el carácter indefinido de la relación de trabajo.

⁴⁹¹ Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 215. A mi juicio, una parte significativa de las propuestas de FERRAJOLI, si bien poseen objetivos loables, constituyen aspiraciones

y satisfacción de esos derechos, así como la atención a la demanda de nuevos derechos, contribuiría no sólo a la consolidación de la justicia y de la democracia *sustancial* en un mundo profundamente desigual, sino también a la recuperación del sentido cívico⁴⁹², que se estaría perdiendo a causa de la ausencia de garantía de los derechos fundamentales.

2.2. La vinculación del juez a la ley en el *garantismo* de Ferrajoli

En mi opinión, la vinculación del juez a la ley en el *constitucionalismo garantista* puede pensarse esencialmente a partir de dos puntos de vista: (1) desde una perspectiva *ideal*, en la que – hipotéticamente – se consolidaría ese constitucionalismo como proyecto político y modelo teórico; y (2) desde una perspectiva realista, en la que el *constitucionalismo garantista* no es que sea indeseable o poco atractivo, sino que es, a fin de cuentas, imposible. Las dos maneras de concebir la propuesta de FERRAJOLI traen consigo consecuencias para la cuestión de la vinculación del juez a la ley. Las consecuencias vinculadas a la hipótesis de consolidación del proyecto de FERRAJOLI son, como su propia consolidación, hipotéticas, pero conservan su utilidad en la medida en que sirven para poner en tela de juicio todo el edificio teórico-político del *garantismo*. En cambio, las consecuencias de la forma “realista” de entender la propuesta de FERRAJOLI se manifiestan más concretamente, si el juez *acepta* el *constitucionalismo garantista* y trata lo imposible como si fuera posible. Vayamos – en primer lugar – al mundo de la hipótesis.

Concluí el apartado anterior con la mención de cinco propuestas políticas de FERRAJOLI. Imaginemos su realización en el ámbito del Estado “X”. Pero no la imaginemos como realización en el seno de la política parlamentaria ordinaria y contingente, sino en el campo rígido y jerárquicamente superior de los derechos fundamentales. Según FERRAJOLI, los derechos fundamentales no se ponderan, sino que se garantizan, se aplican. Y ello deriva de que una de las prescripciones del *constitucionalismo garantista* consiste en la formulación de los derechos en un lenguaje muy preciso, en cuanto reglas jurídicas, de tal modo que la jurisdicción, una vez llamada

controvertidas. La prohibición de mercantilización de los fármacos parece una buena idea, ya que resulta difícil comprender cómo es posible obstaculizar el acceso a medicamentos indispensables para el mantenimiento de la vida de las personas que los necesiten. Pero, quizás habría que considerar, como parte del problema, el hecho de que la mercantilización tal vez promueva el incentivo a la investigación, a la innovación e incluso a la producción a gran escala de esos fármacos.

⁴⁹² Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 205.

a aplicar esas reglas, desarrollaría una actividad *tendencialmente cognoscitiva*⁴⁹³. Pues bien, el derecho al aborto podría formularse como regla. Del mismo modo podría establecerse el derecho a la renta básica en la Constitución de “X”. La prohibición del despido sin justa causa también podría formularse en lenguaje muy preciso. Y así tendríamos un catálogo de derechos fundamentales *de detalle*.

Nótese que, bajo el modelo de FERRAJOLI, el conjunto de los derechos fundamentales no es precisamente mínimo. Al contrario, la atención a los nuevos derechos⁴⁹⁴, la preocupación por los derechos de las minorías y la intensificación del pluralismo cultural exigirían la constitucionalización de más y más derechos. Y no es sólo eso. Más allá de todo, en el *constitucionalismo garantista* esos derechos (con la salvedad de los derechos sociales, que forman parte de la esfera de lo *indecidible que no*) están inscritos en la esfera de lo *indecidible*. Esos derechos son indisponibles y, por lo tanto, no pueden ser objeto de deliberación en la arena parlamentaria⁴⁹⁵. En un escenario de crisis, “X” no puede deliberar sobre la eventual imposibilidad de mantener la renta básica; o, en un contexto de mayoría conservadora en el parlamento, a “X” le estaría impedido revisar la ley del aborto o permitir la venta de armas. Los derechos fundamentales deben *garantizarse*, solamente.

La jurisdicción asume un rol fundamental en la hipótesis del éxito de la empresa constitucionalista de FERRAJOLI: la garantía y la satisfacción de los derechos fundamentales⁴⁹⁶. Y de hecho no sería necesario ponderar o razonar moralmente sobre la base de derechos. Todos ellos se construirían en lenguaje determinado, preciso, haciendo posible para el juez cumplir su función con un elevado grado de *cognición*. Si se asume eso, el rechazo de la ponderación y del activismo judicial, tal y como lo expresa FERRAJOLI, es perfectamente comprensible: una vez consolidadas las propuestas políticas de FERRAJOLI en el Estado “X”, una vez alcanzado el rango civilizatorio que él estima que es deseable para “X”, a ningún juez le sería dado ponderar esos derechos o actuar para que ellos sufrieran cualquier tipo de restricción o flexibilización. El *constitucionalismo garantista* alcanzaría así su grado más elevado de realización, pues

⁴⁹³ Vid. LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris...*, v. II, cit., p. 75.

⁴⁹⁴ Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 89.

⁴⁹⁵ El carácter indisponible de los derechos fundamentales constituye el eje del *constitucionalismo garantista* y creo que FERRAJOLI lo expresa muy claramente en este pasaje: “Que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado”. LUIGI FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 5 ed., Madrid, Trotta, 2014 (pp. 19-56), p., 32.

⁴⁹⁶ Ese doble rol de la jurisdicción puede verse en LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 220 y p. 221.

los derechos – ya concebidos como razón de la propia actividad jurídica, e incluso de la ciencia jurídica – efectivamente podrían gozar de una normatividad verdaderamente fuerte⁴⁹⁷.

Esa sería, a grandes rasgos, la fotografía del Estado “X” en la hipótesis del triunfo del proyecto de FERRAJOLI. Y esa fotografía, si es mínimamente acertada, a mi modo de ver justificaría el abandono del *constitucionalismo garantista* por una sencilla razón: el modelo de FERRAJOLI, si se toma realmente en serio, implica no exactamente el *garantismo de los derechos*, sino más bien – y a mi juicio necesariamente – el *garantismo de una determinada visión del mundo*, la cristalización de una sola concepción de los derechos. Aquí, la noción de desacuerdo razonable parece no tener cabida, así como parece no tener relevancia – una vez se admite la imposibilidad de deliberar sobre el alcance y significado de los derechos – el papel de la política y, en particular, de la política parlamentaria.⁴⁹⁸

Con ello, además, no acabo de entender como pretendería FERRAJOLI llevar a cabo la conquista de nuevos derechos y la modificación de derechos que a él le parecieran injustificables. Y no lo entiendo porque, si bien su visión progresista del mundo puede plasmarse en el contenido de los derechos fundamentales y, por consiguiente, formar parte de la *esfera de lo indecible*, me parece que lo mismo podría decirse de una visión contraria a la suya (en favor del comercio de armas, de la prohibición del aborto, de la mercantilización de los fármacos o en contra de la renta básica). Si esto es así, FERRAJOLI o bien tendría que aceptar que su teoría garantista garantizara – con la misma rigidez – un proyecto político totalmente distinto al suyo, o bien tendría que vincular, *ex ante*, la realización del ideal constitucionalista a su propuesta de contenido para los derechos fundamentales. Pero si esta última alternativa fuera la correcta o bien FERRAJOLI pondría en riesgo su compromiso con un proyecto tolerante y democrático, o bien tendría que

⁴⁹⁷ Esa es una de las razones por las que PABLO DE LORA clasifica el constitucionalismo de Ferrajoli de “constitucionalismo fortísimo”. Vid. PABLO DE LORA, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en Miguel Carbonell y P. Salazar (comps.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2 ed., Madrid, Trotta/UNAM, 2009 (pp. 287-284).

⁴⁹⁸ Es por ello por lo que resultan muy distintos los proyectos de constitucionalismo de KELSEN y de FERRAJOLI. Para una comparación entre ambos, subrayándose la situación histórica del proyecto de KELSEN y su compromiso con el diseño de una estructura institucional adecuada para garantizar la preservación de la pluralidad en el espacio de la política, véase GIOVANNI BISOGNI, “Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: ‘auctoritas’ o ‘veritas facit iudicium’”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVIII, 2018 (pp. 371-383).

asumir alguna suerte – no mínima – de objetivismo o cognoscitivism moral⁴⁹⁹, renunciando a su compromiso con la modernidad.

Ahora bien, a mí me parece acertada la constatación de JOSEP AGUILÓ: el constitucionalismo de FERRAJOLI es de hecho un “constitucionalismo imposible”⁵⁰⁰. Habría muchas razones para considerar la empresa de FERRAJOLI una empresa imposible. Pero me gustaría poner el acento en el hecho de que la noción de “esfera de lo indecible”, es decir, la idea de que no puede haber deliberación sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales – elemento central del constitucionalismo de FERRAJOLI – es en realidad una noción insostenible. Y si esto es así, si los derechos fundamentales son *disponibles*, creo que la “esfera de lo indecible” ilustraría simplemente un ideal regulativo. Y la pregunta importante sobre los ideales regulativos es si merece la pena seguirlos.

JUAN CARLOS BAYÓN, al plantear su objeción a la “esfera de lo indecible”, sostiene que el carácter impreciso de esa noción se manifiesta por lo menos en tres momentos: (1) en el momento de *decidir* quién y cómo debería trazar dicha esfera; (2) cuando haya que *decidir*, una vez diseñada la esfera, si habría la posibilidad de modificarla; y, en caso afirmativo, cuando haya que *decidir* quién tendría la autorización para hacerlo y en qué términos; y finalmente, una vez definido todo ello, en el momento de *decidir* quién (y de qué manera) tendría la autoridad para concretar su alcance y

⁴⁹⁹ Una forma muy interesante de demostrar ese problema es la desarrollada por ANNA PINTORE, al referirse a la confusión *sustancialista* entre norma y derecho en el pensamiento de FERRAJOLI: “La identificación entre normas y derechos supone, en definitiva, una suerte de ontologización de los derechos. Nos conduce a una vía sustancialista muy similar a la ya recorrida por el derecho natural. No sorprende que quien sigue esta vía, incluso partiendo de una dirección opuesta a la iusnaturalista, llegue, de igual modo, a hacerse la ilusión de que la solidez de la sustancia exima de afrontar las cuestiones de procedimiento, o abra el camino a una consideración puramente <ejecutiva> de las mismas”. ANNA PINTORE, “Derechos insaciables”, en A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 5 ed., Madrid, Trotta, 2014 (pp. 243-265), p. 254.

⁵⁰⁰ JOSEP AGUILÓ afirma que el constitucionalismo garantista, tal y como lo entiende FERRAJOLI, es, por diversas razones, un sinsentido práctico. Me parece muy acertado el siguiente argumento de AGUILÓ: “Lo que sí resulta bien llamativo y extraño es que un no-cognoscitivista sea partidario de una constitución sustantiva, rígida y cerrada a la deliberación; es decir, partidario de un <<deber ser>> no derogable y no moldeable en su aplicación. Este planteamiento de Ferrajoli es, en mi opinión, un sinsentido en términos prácticos”. JOSEP AGUILÓ REGLA, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 55-72), p.66. También comparto la crítica de AGUILÓ con respecto a la “ley de la razón” de FERRAJOLI. A fin de cuentas, ¿qué hace de una ley la ley *de la razón* si no es su contenido? La compatibilidad entre la noción de “ley de la razón” y una postura positivista resulta, por ello, bastante controvertida. Vid. JOSEP AGUILÓ REGLA, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, cit., p. 60. Esas incongruencias en el *constitucionalismo garantista*, llevan a ALFONSO GARCÍA FIGUEROA a acuñar una frase curiosa e interesante, cuando afirma que la teoría de FERRAJOLI “se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista”. Vid. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli”, en Miguel Carbonell y P. Salazar (comps.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2 ed., Madrid, Trotta/UNAM, 2009 (pp. 287-284).

significado⁵⁰¹. El último momento es el que me interesa aquí, dado que en él se pone de relieve el problema de la vinculación del juez a la ley.

Si el *constitucionalismo garantista* no corresponde a la plasmación rígida de una sola concepción de la moralidad política; si el constitucionalismo es un proyecto en cierto modo abierto al futuro, como subraya el propio FERRAJOLI⁵⁰², entonces debe asumirse que, en el seno de una sociedad pluralista (que también es el tipo de sociedad en la que *piensa* FERRAJOLI), hay desacuerdo razonable sobre la manera más adecuada de *leer* un principio constitucional. Si no lo hubiera, ¿de qué serviría la política?⁵⁰³ No hay consenso, por lo general, sobre la mejor manera de concretar los derechos, de definir, en concreto, *qué* derechos regularían efectivamente nuestra acción. Y por eso es por lo que los derechos fundamentales suelen estar formulados en un lenguaje abstracto, precisamente para permitir el diálogo, dentro del terreno de los derechos, sobre el mejor modo de entenderlos. Si así es como son las cosas, aunque esos derechos estén circunscritos por la llamada “esfera de lo indecible”, siempre será necesaria una *decisión* acerca de los confines de dicha esfera; esto es, sobre cuándo se está ante una situación de vulneración de sus límites.

De ahí que, una vez admitida la existencia del desacuerdo en torno a los derechos, resulte poco orientadora la idea de que la violación de un derecho fundamental genera una *antinomía* que vuelve inválido el acto vulnerador. Resulta complicado hablar de *antinomía* cuando se está evaluando una ley a la luz de un derecho de textura abstracta, cuya concreción requiere la elección de *una concepción* de ese derecho. Claro, hay que reconocer que – en la fotografía perfecta del *constitucionalismo garantista* – el proyecto político de FERRAJOLI se consolida como contenido preciso de los derechos fundamentales. El derecho a la renta básica, la prohibición de las armas y el derecho al

⁵⁰¹ Vid. JUAN CARLOS BAYÓN, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013 (pp. 57-99), pp. 62-63. En este texto, BAYÓN se detiene en la propuesta de Ferrajoli sobre el “constitucionalismo global”. Pero la crítica que se plantea respecto de la propuesta de constitucionalismo multinivel se aplica – e incluso se basa en ella – al proyecto de FERRAJOLI en la esfera estatal. Y ello porque el problema de ese modelo teórico es la ausencia – en cualquier nivel – de la pregunta relativa a la autoridad; es decir, sobre quién y cómo debe decidir acerca de lo que involucra la “esfera de lo indecible”. En el mismo sentido de BAYÓN, ANNA PINTORE subraya que “ninguna teoría de los derechos fundamentales puede resultar (auto) suficiente, es decir, ninguna puede prescindir de una teoría de la autoridad”. ANNA PINTORE, “Derechos insaciables”, cit., p. 245.

⁵⁰² “En resumen, debemos reconocer que la constitución es un proyecto normativo en gran parte no actuado y que el futuro de la democracia depende de la más plena actuación de su normatividad (siempre parcial e imperfecta)”. LUIGI FERRAJOLI, “Constitucionalismo garantista y constitucionalismo principialista”, cit., p. 53.

⁵⁰³ La misma pregunta se plantea Barberis. Véase MAURO BARBERIS, “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 89-93), p. 92.

aborto de hecho pueden formularse en lenguaje muy concreto, que dejaría muy poco espacio para la argumentación moral en el ámbito de la jurisdicción. Pero ¿son así las cosas? Me parece que, tal y como he mostrado con datos empíricos al comienzo de este capítulo, las cosas no son así y, creo, tampoco deberían ser así.

La dimensión de los derechos es una dimensión que *abre* la deliberación. Y, por ende, se trata de una dimensión que requiere una respuesta a la pregunta acerca de quién debe decidir respecto del contenido de los derechos en un escenario de desacuerdo. Y esa pregunta es aún más importante si esos derechos conservan un tenor abstracto y, en consecuencia, un considerable campo para la argumentación moral. Una decisión judicial sobre la base de derechos es, por lo general, una decisión que aplica una concepción particular – determinada – sobre esos derechos. Y es precisamente en virtud de ello por lo que resulta esencial la pregunta acerca de *dónde* debe determinarse esa concepción (si en la arena de la política, si en la arena jurisdiccional, si en alguna suerte de combinación entre ambas, etc.). Sin embargo, según advierte BAYÓN, esa clase de pregunta es el “punto ciego” del constitucionalismo de FERRAJOLI, que, al establecer como punto de partida la “esfera de lo indecible”, “deja fuera de nuestra vista, en la sombra”⁵⁰⁴, las preguntas relativas a la autoridad, procedimentales e incluso la idea de desacuerdo en torno a los derechos.

Todo ello, a mi juicio, convierte el *constitucionalismo garantista* – una vez asumido un lugar más modesto para la “esfera de lo indecible” – en una empresa un tanto *peligrosa* para la actividad jurisdiccional. El juez que acepta el modelo de FERRAJOLI actúa bajo la falsa conciencia de que sus decisiones sobre los derechos fundamentales en realidad no se conectan con ninguna de esas cuestiones procedimentales o relativas a la autoridad. Ese juez, al decidir sobre la base de derechos, *tiende* a aplicarlos como si estuviera simplemente respetando lo indecible, garantizando el contenido preciso de los derechos. Sin embargo, si esos derechos abren paso al desacuerdo y a la argumentación moral, entonces el juez de FERRAJOLI simplemente no deja explícita su argumentación y su elección entre las posibles lecturas del derecho que es objeto de su aplicación. Lo hace, pero *en secreto*, o, mejor dicho, *sin darse cuenta* del elevado poder que se encuentra en sus manos. Y si no es consciente de la autoridad que

⁵⁰⁴ Vid. JUAN CARLOS BAYÓN, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, cit., p. 67. LIBORIO HIERRO sigue la misma línea de Bayón, subrayando que lo importante es definir, ante la ausencia de claridad terminológica o ante la presencia de conflictos normativos, quién debe tener la última palabra sobre el alcance de los derechos. Vid. LIBORIO HIERRO, “Sobre la odisea constitucionalista de Ferrajoli”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 153-166), p. 159 y p. 163.

ejerce, de su *decisión* sobre “lo indecible” y de los desacuerdos que solventa, el juez garantista puede ser, a fin de cuentas y al contrario de lo que propugna FERRAJOLI, un verdadero proyecto de activista⁵⁰⁵.

3. CONCLUSIÓN: “LA ADVERTENCIA DE KELSEN” REFORZADA

Empecé este capítulo señalando la falta de éxito de KELSEN al plantear su “advertencia”. Y es verdad. Es un hecho la conjunción entre derechos fundamentales y control judicial de la ley. Como también es un hecho el tenor abstracto del lenguaje en el que se formulan los derechos fundamentales. Aunque FERRAJOLI intente ocultar esta realidad – o proponer un proyecto *irreal* –, las decisiones judiciales que aplican derechos normalmente requieren argumentación moral. No se trata simplemente de ejecutar o garantizar los derechos. De no ser así, ¿qué concretarían o debatirían los legisladores y sobre qué discreparían sino acerca del alcance y contenido de los derechos plasmados en la Constitución? ¿Por qué habría partidos políticos si no hubiera disenso respecto de lo que efectivamente requieren los principios constitucionales? Y si se acepta la estructura jerárquica del derecho, ¿qué aplicarían los legisladores si la Constitución requiriera solamente su garantía y no una deliberación sobre la mejor manera de concretarla?

Por ello, el ideal regulativo de la “esfera de lo indecible” no resulta atractivo, ya que implica – a la vez – dos cosas: genera una falsa conciencia de que se garantiza sin argumentar y, bajo esa falsa conciencia, el juez puede llegar a desplazar la ley sin darse cuenta de lo controvertido que es el contenido del derecho fundamental que aplica en su lugar. Se diluye la *deferencia al legislador* no porque así lo haya teorizado FERRAJOLI, sino porque ese es el resultado de la adopción consecuente de su modelo constitucionalista. Y todo ello sigue siendo así aunque el propio FERRAJOLI tenga un sustancial grado de razón en sus críticas al *principialismo*. ¿Qué es el *constitucionalismo principialista* sino la disolución de la institucionalidad del Derecho, de las posiciones

⁵⁰⁵ Una conclusión semejante puede encontrarse en ANNA PINTORE, “Derechos insaciables”, cit., p. 246. Según PINTORE, si no se toma en serio el problema de la autoridad en el campo de la aplicación de los derechos fundamentales, su solución está en realidad “implícita” y conduce a un “activismo judicial potencialmente ilimitado”. Se trata de una solución que, en definitiva, “repudia el principio de la administración democrática de los derechos”. Un argumento similar esgrime FRANCISCO LAPORTA, aduciendo que el juez principialista es un “peligro público”, pero al menos asume una postura honesta respecto de la adopción de una argumentación moral; el juez garantista, por el contrario y aunque haga lo mismo, se esconde “tras la idea de que él o ella sólo es la boca por la que habla la constitución (...)”. FRANCISCO LAPORTA, “Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 167-181), p. 178.

jerárquicas, de las competencias y de las cuestiones de autoridad en una misteriosa e insegura odisea en la búsqueda de la decisión correcta⁵⁰⁶?

El *constitucionalismo principialista* también posee sus ideales regulativos. Si se acepta la concepción de DWORKIN, el ideal regulativo es la “respuesta correcta”. Si se acepta la concepción de ALEXY, el ideal regulativo es la “pretensión de corrección”. Ambos son conscientes de que suministran un modo de razonar que pone el acento en la argumentación y en la justificación moral de las decisiones judiciales. Y ambos también son conscientes de que, aunque el juez intente satisfacer plenamente la exigencia de alcanzar la corrección moral de sus decisiones, no hay ninguna garantía de que pueda lograrse esa satisfacción. “*Law as integrity*”, en cuanto teoría de la adjudicación, es, siguiendo a JEREMY WALDRON, “*a theatre of debate*”⁵⁰⁷ o, siguiendo al propio DWORKIN, la jurisdicción, encargada de llevar a cabo las exigencias de “*Law as integrity*”, es “*the forum of principle*”. Y la ponderación alexyana, con sus pasos y exigencias argumentativas, nos presenta el Derecho como un marco para la argumentación práctica racional; y es por medio de la corrección de la ponderación como puede alcanzarse una decisión justificable y, en ese sentido, moralmente correcta.

DWORKIN intenta demostrar su *deferencia* al ámbito institucional o autoritativo del Derecho acudiendo a la dimensión de “*fit*” o ajuste, en la cual estarían recogidas todas las decisiones del pasado, las leyes, los precedentes. Pero luego matiza la dimensión de “*fit*” para decirnos que en realidad el aplicador debe hacer un balance entre “*fit*” y “*justify*”, sometiendo, a la postre, el ámbito autoritativo e institucional del Derecho al *test* de justificación moral, de justificación a la luz del conjunto coherente de principios de moralidad política. ALEXY, por su parte, está seguro de que respeta la autoridad del Derecho con el recurso a los principios formales. Los principios formales son un tipo de principio que, a grandes rasgos, determina el cumplimiento de las reglas en la mayor medida posible. Y luego ALEXY nos informa de que una regla puede entrar en colisión

⁵⁰⁶ Podría decirse, además, que el *principialismo* genera la disolución de la propia dogmática jurídica. Ese argumento puede verse, en referencia al pensamiento de ROBERT ALEXY, en RALF POSCHER, “Aciertos, Errores y Falso Autoconcepto de la Teoría de los Principios”, en Jan-R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011 (pp. 71-92). NIKLAS LUHMANN señala que la ponderación es el caballo de Troya de la dogmática jurídica. Vid. NIKLAS LUHMANN, *El Derecho de la Sociedad*, trad. J. Torres Nafarrante, C. México, Herder, 2005, p. 613.

⁵⁰⁷ Vid. JEREMY WALDRON, “The Rule of Law as a Theater of Debate”, cit. Véase también GERALD POSTEMA, “Integrity: Justice in Workclothes”, en Justine Burley (ed.), *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2004 (pp. 291-318), p. 293. Según POSTEMA, en *Law as Integrity* el Derecho es un “marco” para el razonamiento práctico.

con un principio y nos dice que, en esa hipótesis, hay que *abrir* el carácter definitivo de la regla para hacer un complejo *balance* entre principios formales y materiales.

Uno podría afirmar, en defensa del *principialismo*, que eso es así, se quiera o no, ya que no siempre – si se otorga alguna dignidad a la dimensión sustancial del Derecho – las reglas conservan su carácter concluyente⁵⁰⁸. Ese sería un argumento a primera vista apropiado. Pero las cosas no pueden terminar ahí. El *principialismo*, sea en la vertiente de ALEXY o en la de DWORKIN, no constituye una teoría de la adjudicación que, al fin y al cabo, nos enseñe que las leyes a veces deben aplicarse con atención a su justificación o razones subyacentes. Eso sería, por decirlo así, algo muy modesto para lo que verdaderamente plantean esas teorías. El *constitucionalismo principialista* no otorga a los principios un rol subsidiario en la aplicación general del Derecho. El *constitucionalismo principialista* sitúa los principios en el centro de la actividad judicial, en el núcleo del razonamiento del juez, sea cual sea el nivel de la estructura jerárquica del Derecho en el que se hallen. Según se ha destacado en la introducción a esta tesis, ello lleva a LUÍS PRIETO a sostener que, bajo la normatividad de los principios, hay una pérdida de relevancia del control formal de constitucionalidad. Lo importante – nos dice – es que todo juez pueda disponer de la herramienta de los principios con el fin de alcanzar una decisión justa para el caso concreto⁵⁰⁹.

En DWORKIN, se espera del juez una comprensión singular del Derecho: no como poder, no como institución, sino en cuanto *actitud*. Eso es definitorio. Esa *actitud* implica la búsqueda de la mejor respuesta moral, implica, así pues, el desarrollo de una interpretación constructiva que presente la práctica en su mejor sentido moral. Y si la moralidad política de la comunidad está proyectada en sus principios constitucionales (como suele ser en el Estado Constitucional), ello significa que la función cardinal del juez es suministrar la mejor lectura, la mejor concepción, la mejor construcción coherente de esos principios. Aquí, nótese bien, la ley tiene una importancia meramente provisional. La “respuesta correcta” – el ideal que regula la actividad del juez de “*Law as integrity*” – no se halla en la ley, sino – y siempre – en los principios. Puede que el contenido de la

⁵⁰⁸ Para un argumento similar, cuyo aspecto central alude a la incapacidad del positivismo para dar cuenta de la dimensión valorativa del Derecho, aunque se deba respetar su dimensión autoritativa, véase MANUEL ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, cit., p. 23.

⁵⁰⁹ Véase LUÍS PRIETO SANCHÍS, “El constitucionalismo de los derechos”, p. 28. En las palabras de PRIETO: “(...) los derechos fundamentales y las demás cláusulas materiales no se presentan solo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social (...). De este modo, la normativa constitucional deja de estar <secuestrada> dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar”.

legislación sea la “mejor” lectura de los principios morales. Pero eso – creo que podría decirse así – no es más que un accidente. El juez no está para ser *deferente* a la lectura moral del legislador; su “respuesta correcta”, con independencia del legislador, reside en la dimensión constitucional, en el “mundo de los principios”.

En ALEXY, se espera que el juez *acepte* que, en cuanto participante, debe formular una pretensión de corrección. Ello podría tener un significado banal. Pero no lo tiene. Cuando el juez decide, pretende, en último término, que su decisión sea *moralmente* correcta. Y ello implica que su decisión debe ser *justificable* a la luz de la moral correcta, que es la moral crítica y universal de los derechos humanos. Sin embargo, esa corrección solo tiene lugar si el derecho positivo, de algún modo, se conecta con la dimensión ideal del Derecho. Según la teoría de los principios, esa conexión se manifiesta en el ámbito de los principios constitucionales, que no son sino que la positivización de los derechos humanos. Si esto es así, una decisión judicial es correcta si deriva de un correcto balance entre principios constitucionales, dentro de los cuales se hallan también los principios formales. De ahí la centralidad de la ponderación. No es una técnica más; es la técnica que permite la satisfacción (si bien no plena) de la pretensión de corrección. Aquí, al igual que en DWORKIN, es posible que la legislación refleje una correcta ponderación de principios. Pero como la función del juez no es sino la de perseguir la corrección de su propia decisión, la verdad es que la ponderación legislativa se somete *siempre* al razonamiento por principios llevado a cabo por el juez.

La idea de *deferencia al legislador* o de vinculación del juez a la ley sólo tiene sentido si el juez tiene conciencia de sus límites institucionales, si se acerca al caso enjuiciado consciente de su posición en el sistema jurídico y, más aún, si tiene clara la parcela de poder que *debe* ejercer. Sin embargo, bajo el *constitucionalismo principialista*, no hay ningún incentivo para una actitud judicial modesta. Y resulta curioso, en ese sentido, el rechazo de DWORKIN a la discrecionalidad judicial, una vez que “*Law as integrity*” representa, a mi juicio, un llamamiento al razonamiento moral; y no puedo estar de acuerdo con la idea de que la toma de decisiones sobre la base de principios morales no involucre un ejercicio de discrecionalidad. La verdad es que, contra las pretensiones del propio DWORKIN, su modelo teórico, al no reconocer *descriptivamente* un natural espacio de discrecionalidad en la actividad judicial y al encomendar al juez una *actitud* filosófica compleja, termina por prescribir un acentuado uso de la discrecionalidad⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Véase JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “Pidiendo el principio. Dworkin y la teoría del Derecho en serio”, en José M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho: tomando en serio el imperio*

Tampoco veo espacio para la vinculación del juez a la ley y, por consiguiente, para el respeto a la discrecionalidad del legislador, en el *principlismo* de ALEXY. Y el problema – pienso – no está exactamente en el uso de la máxima de la proporcionalidad y, en particular, en el recurso a la ponderación⁵¹¹. Tal vez la ponderación sea a menudo inevitable. En realidad, el problema de la ponderación alexyana es que se ha convertido en un esquema general de aplicación del Derecho, de modo que todas las normas jurídicas – ya se trate de un principio constitucional material o de una regla de competencia – pueden concebirse como *mandatos de optimización*⁵¹². De ello resulta una deficiente consideración de las posiciones institucionales: ¿acaso no debería diferenciarse la ponderación en la jurisdicción constitucional de la ponderación llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria? Si la ponderación se ve como un esquema general de aplicación del Derecho que, además, permite la *correcta* aplicación del Derecho, las consecuencias para la actividad de la jurisdicción ordinaria son, en mi opinión, como mínimo preocupantes.

A la vista de todo lo dicho, el “constitucionalismo de los derechos”, ya sea en el modelo *principlista* o en el *garantista*, no toma en serio la dimensión autoritativa del Derecho, puesto que no da cabida de un modo apropiado a la noción de vinculación del juez a la ley. El “constitucionalismo de los derechos” agrava o refuerza el sentido de la “advertencia de Kelsen”. Y lo refuerza no necesariamente porque haya de plantearse una objeción a la plasmación de principios en las constituciones. Lo que constituye una amenaza a la representación democrática, a la estructura institucional del Derecho y, a la postre, a la vinculación del juez a la ley no son exactamente los principios, sino más bien

del erizo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (pp. 127-157), p. 151. LUÍS PRIETO, en su momento, ha sostenido que la concepción de DWORKIN estimula la discrecionalidad judicial, dado que no establece límites claros al razonamiento moral del juez. Vid. LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, en Agustín Squella (dir.), *Ronald Dworkin: estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993 (pp. 69-100), p. 79 y p. 95.

⁵¹¹ Un ejemplo de buen uso de la ponderación, respecto de la construcción de una taxonomía de casos por la jurisdicción constitucional sobre la base de una comprensión de la ponderación simplemente como un modo de pasar de los derechos fundamentales (pautas con condiciones de aplicación abiertas) a las reglas, puede encontrarse en JOSÉ JUAN MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, cit., pp. 70-72.

⁵¹² Me refiero a “mandatos de optimización” sirviéndome de los términos de ALEXY. Pero la idea de que *todas* las normas de derechos fundamentales deben entenderse como mandatos de optimización no me parece convincente. Como es sabido, ATIENZA y RUIZ MANERO han planteado una conocida crítica a esta idea, proponiendo una distinción entre “principios en sentido estricto” y “directrices”, en la que tan solo las directrices deberían entenderse como mandatos de optimización, lo que, a mi juicio, en realidad resulta más plausible. Vid. MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., pp. 30-34. Para una crítica aguda al núcleo de la teoría de los principios, es decir, a la idea de principio como mandato de optimización, véase RALF POSCHER, “Teoría de un Fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto”, en María Elósegui Itxaso (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Zaragoza, Fund. Manuel Giménez Abad/Marcial Pons, 2016, (pp. 111-141).

la manera de comprenderlos y de concebir su relación con la jurisdicción. Y esa es una tarea esencialmente teórica; una tarea que se ha llevado a cabo – a mi juicio equivocadamente – por el *constitucionalismo principialista* y, con menor intensidad, por el *constitucionalismo garantista*. Pero esas concepciones en modo alguno resultan necesarias para comprender la relación entre principios constitucionales y jurisdicción. Hay que abrir paso a otra forma de entender el Estado Constitucional.

III.

EL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

Las conclusiones del capítulo anterior podrían condensarse en una sencilla afirmación: en el marco del “constitucionalismo de los derechos” no tiene cabida – y tampoco es inteligible – la idea de sujeción del juez a la ley. Se trata, como es natural, de una conclusión disputable. Una de las objeciones que tal vez cabría formular en su contra podría aludir a un hecho en realidad incuestionable: que no todos los sistemas jurídicos le otorgan a la jurisdicción ordinaria la competencia para controlar la constitucionalidad de la ley. En efecto, hay, como sabemos, distintas formas de articular las relaciones de autoridad entre jueces y legisladores. Por ejemplo: en el conocido modelo europeo de control de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional queda restringida a un tribunal especializado, con lo cual el juez ordinario no posee, por lo general, la competencia para inaplicar una ley que repunte inconstitucional. En algunos casos, todo lo que se le permite hacer es plantear una cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. Además de ello, si bien es cierto que en determinados sistemas cualquier juez está autorizado a ejercer el control de constitucionalidad, también es verdad que hay países en los que no se admite ninguna especie de *judicial review*.

A primera vista, lo que un argumento como este parecería demostrar sería básicamente lo siguiente: que la defensa de la vinculación del juez a la ley no tiene por qué erigirse sobre la base de un reproche al “constitucionalismo de los derechos”. En palabras sencillas: ello querría decir que en realidad el problema de la sujeción del juez a la ley es meramente un problema de diseño institucional, o sea, que el juez *puede o no* encontrarse autorizado a llevar a cabo el control de constitucionalidad. Si una objeción de esta naturaleza fuese correcta, la presente investigación se vería abocada a una conclusión irremediable: la de proponer sin más el absoluto abandono de la jurisdicción constitucional o, cuando menos, puesto que nuestra mirada se concentra en el juez ordinario, el abandono del control difuso de constitucionalidad. Sin embargo, creo que esto sería una severa simplificación y que, como intentaré aclarar enseguida, esta hipotética objeción se basa en un enfoque equivocado.

Consideremos el ejemplo de Holanda. Como es sabido, la Constitución de Holanda (en su art. 120⁵¹³) prohíbe expresamente el control judicial de las leyes y de los tratados internacionales⁵¹⁴. En ese sistema, no hay ninguna posibilidad de invalidación y tampoco de inaplicación de los actos del Parlamento por un juez u órgano jurisdiccional con arreglo a la Constitución; es decir, no cabe hablar aquí de control difuso ni concentrado. Si la hipotética objeción de los párrafos anteriores fuera cierta, entonces no habría razones para preocuparse por la *deferencia* del juez al legislador en Holanda, dada la completa ausencia de mecanismos formales de control de constitucionalidad. Si no hay manera de controlar la validez de las leyes, se mantendría la solidez de la vinculación del juez a la ley. Pero ese modo de ver las cosas no es acertado. SEBASTIÁN LINARES, al investigar los mecanismos de diálogo entre el Parlamento y la jurisdicción, hace hincapié en el hecho de que, ante la ausencia de control judicial formal en Holanda, quedaría a los jueces lo que LINARES llama “vía interpretativa”⁵¹⁵.

La “vía interpretativa” no es otra cosa que un mecanismo subrepticio de inaplicación del Derecho y se pone en evidencia cuando el juez, al no encontrar en la ley el espacio para la solución que él estima la más adecuada, presenta su decisión como si derivara de una interpretación de la ley, cuando – en realidad – su fallo no deriva de los significados posibles de la norma aplicable. En otras palabras: el juez *finge* que está interpretando y aplicando la ley, pero en verdad lo que aplica es otra norma, construida a través de su propio razonamiento político-moral, y que le permite alcanzar la solución preferible (a su entender) para el caso enjuiciado. LINARES sostiene que esa es una posible forma de diálogo entre jurisdicción y Parlamento, pero concluye – a mi modo de ver con bastante acierto – que se trata de un “diálogo” completamente indeseable⁵¹⁶.

⁵¹³ La versión en inglés del art. 120 de la Constitución de Holanda reza así: “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts”.

⁵¹⁴ Véase, sobre el tema, JURGEN C.A. DE POORTER, “Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility”, *Utrecht Law Review*, v. 9, Issue 2, 2013 (pp. 89-105). El autor investiga formas alternativas de diálogo entre la jurisdicción y el poder legislativo; y, en particular, pone el acento en el rol del Consejo de Estado. De todos modos, deja clara la ausencia de control formal de constitucionalidad como resultado del art. 120 de la Constitución holandesa. Al final del texto, parece abogar, si bien con cierta precaución, por la adopción de un Tribunal Constitucional especializado para Holanda. Sobre la función del Consejo de Estado como ejecutor de alguna suerte de control previo sobre la legislación, véase GERHARD VAN DER SCHYFF, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht, Springer, 2010, p. 118.

⁵¹⁵ SEBASTIÁN LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 201.

⁵¹⁶ SEBASTIÁN LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., p. 223. LINARES señala que la “vía interpretativa” es una “opción” viable en cualquier sistema de justicia. El hecho de destacarla para el caso de Holanda deriva de que esa sería – a falta del control judicial de la ley – la única forma de diálogo entre jueces y legisladores.

El carácter indeseable de ese modo de aplicar el Derecho estriba, en primer lugar, en su falta de transparencia, lo que menoscaba la posibilidad misma de un verdadero diálogo entre juez y legislador. Y, en segundo lugar, el uso de la “vía interpretativa” – sobre todo si se vuelve habitual – disuelve la relación jerárquica entre ley y sentencia. Pero el ejemplo de LINARES sería aún más interesante si contemplara el análisis del art. 94 de la misma Constitución holandesa⁵¹⁷, porque su utilización podría eliminar la necesidad de la “vía interpretativa”. Tal artículo dispone, a grandes rasgos, que los jueces *no deben aplicar* las leyes holandesas que estén en contradicción con los tratados o resoluciones internacionales vinculantes. Esto es: es verdad que Holanda no posee control formal de constitucionalidad, pero también es verdad que, ante la inserción de Holanda en un orden supranacional, sus jueces tienen la competencia para *inaplicar* las normas nacionales que se encuentren en conflicto con los tratados que vinculen al *Reino*⁵¹⁸.

Sucede que – como es natural – esas normas internacionales suelen contener *principios*, es decir, normas con un elevado grado de abstracción y que incluyen términos morales. Es el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cuyas normas son aplicables a Holanda. Los jueces holandeses, bajo el mandato del art. 94 de su Constitución, deben, siempre que resulte necesario, adecuar el derecho positivo nacional a las disposiciones del CEDH, lo que es tanto como decir que, con vistas a hacerlo, necesitan dar contenido al conjunto de principios emplazados en la normativa europea. En este sentido – y desde un punto de vista procedimental – los jueces holandeses sí están autorizados a desplazar la ley inmediatamente aplicable con el fin de privilegiar alguno de esos principios. A decir verdad, la potestad otorgada por el art. 94 de la Constitución holandesa podría implicar la inutilidad del uso de mecanismos interpretativos

⁵¹⁷ La versión en inglés del art. 94 de la Constitución de Holanda así reza: “Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons”.

⁵¹⁸ GERHARD VAN DER SCHYFF subraya el carácter anómalo del modelo holandés, en la medida en que conjuga dos elementos bastante singulares y, *prima facie*, de compleja compatibilización: (1) una estricta (y clásica) separación de poderes, con la prohibición general de control judicial de la ley; (2) y una primacía jerárquica de los tratados internacionales (con arreglo a lo que se delimita en el artículo 94), que, a su vez, pueden generar el desplazamiento o inaplicación de las leyes nacionales por la jurisdicción. Vid. GERHARD VAN DER SCHYFF, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, cit., pp. 27-29. En realidad, según G. VAN DER SCHYFF, el modelo holandés admite una descentralización bastante acentuada de la *judicial review* (sobre la base de los tratados internacionales), rechazándose cualquier forma de control concentrado (cit., p. 86 e p. 122). Véase también JAN TEN KATE y PETER J. VAN KOPPEN, “Judicialization of Politics in The Netherlands: Towards a Form of Judicial Review”, *International Political Science Review*, Vol. 15, n. 2, 1994 (pp. 143-151), p. 148. Los autores también ponen de relieve el carácter anómalo del modelo holandés, señalando que un acto legislativo puede ser considerado – por la jurisdicción – incompatible (y, en consecuencia, inaplicable) con un tratado internacional, pero no con la Constitución. Y eso puede ocurrir incluso si ambos – tratado y Constitución – contienen el mismo principio, hasta formulado con las mismas palabras.

subrepticios. Bastaría con presentar la ley nacional que no se desea aplicar como incompatible con la *recta* interpretación de un derecho de orden supranacional.

Mi propósito al acudir al ejemplo holandés consiste – muy sencillamente – en poner de manifiesto que el análisis del problema de la vinculación del juez a la ley no es en absoluto un análisis restringido por la presencia o ausencia de la competencia judicial para reconocer la invalidez de una ley. Yo diría incluso que esa no debería ser la preocupación central de los que buscan mantener o recuperar la *dignidad* de la legislación. El caso de Holanda ilustra – a mi juicio de manera un tanto clara – que la cuestión de la fidelidad de la jurisdicción a la ley se plantea *con independencia* de la cuestión relativa a quién y cómo deba ejecutar el control de validez de la legislación⁵¹⁹. En un contexto de normatividad de un catálogo de derechos, la sujeción a la ley puede socavarse no a causa de la existencia del control formal de validez, sino en virtud de una comprensión de la relación entre *derechos* y *jurisdicción* que vuelva indistinguible la obediencia a un catálogo de derechos del subrepticio recurso a la “vía interpretativa”.

Pensemos en un país que posea control difuso de constitucionalidad y que *no cuente* con nada similar al art. 94 de la Constitución holandesa. La Constitución de ese país hipotético posee un catálogo abstracto de derechos fundamentales; y los jueces de tal país – los jueces ordinarios – pueden aplicar *directamente* esos derechos. Y digamos que esos derechos fundamentales, en correspondencia con cierta tendencia a la uniformización y universalización de los derechos, conservan un contenido muy semejante al del CEDH y de los demás tratados que deben observarse por los jueces holandeses. ¿Habría en efecto una diferencia significativa entre la actividad del juez de ese hipotético país y el juez holandés, cuya singularidad estriba en no poder llevar a cabo el control de validez?⁵²⁰ Yo diría que, *ceteris paribus*, no habría ninguna diferencia

⁵¹⁹ Según JURGEN DE POORTER, se entiende a menudo que la introducción del control de constitucionalidad en Holanda – en especial en su forma concentrada – sería una medida infecunda, dado que los jueces holandeses pueden, a la luz del art. 94 de su Constitución, revisar la adecuación de las leyes a los derechos recogidos en el Derecho Europeo y en el Derecho Internacional en general. DE POORTER manifiesta su desacuerdo ante esa opinión. Vid. JURGEN C.A. DE POORTER, “Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility”, p. 103. No me interesa aquí profundizar el caso específico de Holanda, sino más bien poner de relieve el hecho de que el problema de la vinculación del juez a la ley no queda restringido por la discusión en torno al control formal de constitucionalidad. La cuestión fundamental radica esencialmente en la relación entre un *Bill of Rights* y su aplicación por los jueces.

⁵²⁰ En la opinión de GERHARD VAN DER SCHYFF, el hecho de que los jueces holandeses estén autorizados a inaplicar las leyes nacionales con el fin de garantizar la primacía de los catálogos de derechos internacionales termina por convertir el sistema holandés en un sistema de *strong judicial review*. La prohibición de control de constitucionalidad – en el sentido de declararse la *invalidez* de una ley (en Holanda está permitido el control judicial de los actos jerárquicamente inferiores a la legislación) – no debe oscurecer el hecho de que, por la vía de la aplicación de los tratados internacionales y de *sus* catálogos de derechos, los jueces están autorizados a ejercer un rol bastante sustancial, sobre todo si se tiene en cuenta

relevante⁵²¹. En la medida en que ambos se ven autorizados a manejar un catálogo de derechos y a inaplicar una ley que estimen incompatible con dicho catálogo, parece importar poco – en orden a evaluar su vinculación a la ley – si se otorga a uno de ellos la autoridad para emitir una declaración formal de invalidez.

Ahora bien, ante todo ello, la objeción a mis conclusiones acerca del “constitucionalismo de los derechos” podría aún modificarse o reformularse. Tal vez alguien – convencido ahora de que la sujeción del juez a la ley no se confunde con el tema del juicio de validez – podría simplemente afirmar que todo lo que necesito es *rechazar la aplicación directa de principios constitucionales* (o de rango supranacional) por la jurisdicción ordinaria. Se podría aducir entonces que mi incursión por lo que he llamado “constitucionalismo de los derechos” sería básicamente innecesaria. Por ejemplo, si en Holanda existiera el riesgo de un sustancial incremento del poder de los jueces en virtud del uso del art. 94 de su Constitución, el problema estribaría obviamente en el mantenimiento de esa cláusula constitucional. El problema de Holanda y, por consiguiente, de cualquier país que *autorizara expresamente* la aplicación directa de principios por los jueces, estaría resuelto simplemente con la retirada de esa autorización. Y se podría concluir entonces recalcando que ese es un tema de diseño institucional y que, por lo tanto, me equivoco al invocar – y criticar – el “constitucionalismo de los derechos” para afrontarlo.

Tal vez Holanda necesite una reforma constitucional. Puede que una cláusula como la del art. 94 sea un factor de grave menoscabo de la vinculación del juez a la ley. Sin embargo, hay una cuestión anterior y, a mi juicio, más fundamental. Y ella se relaciona con la *concepción* del constitucionalismo, con la *concepción* de los derechos y, a la postre, con la propia *concepción* del Derecho que cada juez ordinario hace suya, con independencia de que el sistema le atribuya o no expresamente la competencia para

que, si bien no hay la figura del *stare decisis* en Holanda, hay la costumbre de obediencia a los precedentes. Vid. GERHARD VAN DER SCHYFF, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, cit., p. 190.

⁵²¹ En efecto, una afirmación de este tipo sólo puede hacerse aislándola de los demás factores que como es obvio influyen en el análisis de la cuestión de la vinculación del juez a la ley. No hablo simplemente de cuestiones de tipo político-sociológico, sino también de la eventual influencia del diseño institucional en el vínculo entre la jurisdicción y la legislación. Por ejemplo: me parece relevante la pregunta sobre la relación entre el control difuso de constitucionalidad y la “deferencia al legislador”, o sea, si esa potestad otorgada a los jueces ordinarios trae consigo algún efecto en *su* modo de aplicar la ley, si el juez *tiende* a ser más deferente, menos deferente o si todo ello es sencillamente irrelevante. Intuitivamente, podría pensarse que la ausencia de la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes tendería a generar una actitud judicial quizás *más* deferente. Pero creo sinceramente que el conjunto de factores en esa cuestión resulta mucho más complejo.

aplicar normas de contenido muy abierto a la argumentación moral. El ejemplo de Holanda no solo demuestra que el tema de la vinculación del juez a la ley no tiene por qué restringirse a la discusión sobre el control de constitucionalidad. El ejemplo de Holanda pone de manifiesto esa cuestión anterior, la cuestión de *cuál es la manera en la que el juez, imbuido de la competencia para eventualmente inaplicar una ley acudiendo a principios, debe entender qué es lo que él está haciendo cuando maneja un catálogo de derechos*.

Creo que esto puede entenderse mejor con palabras de GERALD J. POSTEMA: “*law is the kind of practice in which how we understand what we are doing actually shapes what we are doing*”⁵²². Esa afirmación, en primer lugar, asume la idea de que el Derecho no es simplemente un sistema abstracto de normas. Antes bien, el Derecho es una *práctica*. Y claro, siendo así las cosas, el modo en el que *comprendemos* lo que estamos haciendo – al movernos dentro de esa práctica – es lo que realmente da forma a la práctica. POSTEMA añade que el Derecho tiene además un carácter *reflexivo y recursivo* (o reflexivamente recursivo), ya que cada actor del sistema, al seguir o aplicar una regla, moldea la propia regla; y, una vez que esa acción se manifiesta en conjunto, en un marco de cooperación, se construye una *comprensión* – aunque casi nunca explícita – del Derecho en un espacio de tiempo determinado. La idea de POSTEMA es que la teoría del derecho debería, entonces, *explicitar* esa comprensión; o, más allá de todo, entender que esa comprensión (asentada en la dimensión temporal y reflexivamente recursiva del Derecho) es intrínseca a la práctica⁵²³.

⁵²² GERALD. J. POSTEMA, “Jurisprudence, the Sociable Science”, *Virginia Law Review*, v. 101, 2015 (pp. 869-901), pp. 886-887. Por la importancia de la cita, por el hecho de que está en lengua inglesa, y por mi convicción de que su significado se halla mejor expresado sin la traducción, decidí proponer una traducción no en el cuerpo del texto, sino aquí en la nota a pie de página: “el Derecho es el tipo de práctica en la que la manera cómo comprendemos lo que estamos haciendo en realidad moldea o da forma a lo que estamos haciendo”. JUAN CARLOS BAYÓN, al tratar del convencionalismo, señala que “una concepción convencionalista no se puede construir dando la espalda a las convicciones que tengan los participantes en una práctica acerca de ésta, porque, con arreglo a sus propios presupuestos, *lo que los participantes piensan que es la práctica es constitutivo de la práctica misma*” (la cursiva es mía). JUAN CARLOS BAYÓN, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Pablo E. Navarro y María Cristina Redondo (comp.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002 (pp. 57-92), p. 62.

⁵²³ GERALD. J. POSTEMA, “Jurisprudence, the Sociable Science”, cit., pp. 887-889. POSTEMA intenta redefinir el papel de la *jurisprudence*, buscando integrarla a otras ramas del pensamiento, como la historia, la sociología y, sobre todo, la filosofía (“jurisprudence as *vera philosophia*”). Considero su idea general inspiradora y, no por casualidad, también un tanto controvertida. Su proyecto tiene raíces en la crítica al positivismo analítico, que sería, en el sentido del artículo de POSTEMA, básicamente “unsociable”. El positivismo analítico, obsesionado con la definición de los límites de la actividad científica en el Derecho, se habría convertido en un modelo de distinciones conceptuales (importantes, pero insuficientes) y no de explicación sistemática de la práctica social (cit., p. 876).

A mi modo de ver, la observación de POSTEMA es muy acertada. Pero, ante todo, su argumento sirve para que comprendamos cuál es en definitiva el núcleo de la crítica al “constitucionalismo de los derechos” y por qué necesitamos otro modo de concebir las relaciones entre *derechos y jurisdicción* en el Estado Constitucional. Volvamos a Holanda. Uno puede describir el sistema holandés como un sistema que, en última instancia, otorga demasiado poder a los jueces, ya que *en su diseño*, en la fotografía de su estructura institucional y normativa, el juez tiene la competencia para inaplicar una ley en caso de considerarla contraria a los derechos. Sin embargo, también habría que tener en cuenta la observación de GERHARD VAN DER SCHYFF acerca del mantenimiento de cierta cultura jurídica de *deferencia al legislador* en Holanda⁵²⁴. El hecho de que alguien tenga un determinado poder no significa que haya razones para ejercerlo *con frecuencia*; a veces, habrá razones para no ejercerlo *nunca o casi nunca*. Al parecer, los jueces holandeses siguen entendiendo que los desacuerdos morales y políticos de la comunidad deben resolverse por la vía de la política parlamentaria.

No es en absoluto mi intención investigar las raíces de la confianza de la jurisdicción holandesa en su parlamento. Quiero simplemente poner el acento en el hecho de que la forma en la que el juez comprende su relación con los derechos y con la legislación resulta, sin lugar a dudas, definitiva; definitiva, sobre todo, si se quiere tomar en serio la vinculación del juez a la ley. Por ello, lo que sí está en disputa es esa forma de comprender el Derecho (y, en particular, el constitucionalismo) de que habla POSTEMA. Si la jurisdicción holandesa mantuviera *otra* comprensión sobre su relación con la ley y con los derechos – de desconfianza ante el legislador y de confianza en la abstracción moral de esos derechos – la consecuencia de la existencia del artículo 94 sería, con alta probabilidad y en el lenguaje de KELSEN, una transferencia “insostenible” de poder político a la jurisdicción. Por lo tanto, aunque un sistema jurídico pueda contener una norma de competencia como la del art. 94 de la Constitución holandesa, el eje del problema estriba en la *concepción* que los actores del sistema – y singularmente el juez – tengan de cosas tales como derechos, principios, democracia y legislación.

⁵²⁴ En realidad, el autor aduce que los jueces holandeses tienden a mantener cierta auto-contención respecto de la posibilidad de ejercer cualquier tipo de control sobre la legislación. Ello se debe, según argumenta, a una asentada cultura de confianza en las legislaturas y en una historia de resolución de conflictos por medio de la deliberación, del acuerdo y no de la revolución. Por consiguiente, los tribunales suelen evitar ponerse en situaciones en las que pudiera imputárseles algún activismo. Vid. GERHARD VAN DER SCHYFF, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, cit., p. 26 y p. 192.

Y es precisamente en ese sentido en el que el “constitucionalismo de los derechos” debe ser rechazado. Bajo los ideales regulativos de la *única respuesta correcta*, de la *pretensión de corrección* o de la *esfera de lo indecible*, las cuestiones procedimentales o autoritativas realmente no poseen relevancia o, cuando menos, esa relevancia es mínima, porque la pregunta relativa a la autoridad queda completamente absorbida por la dimensión justificatoria del Derecho. El principialismo – que pone el acento en esa dimensión de manera explícita – termina por someter las preguntas sobre competencia y autoridad a la pregunta acerca de la justificación moral de la decisión. El juez que actúa bajo el “constitucionalismo de los derechos” atiende a la llamada de la protección y realización de principios abstractos, “racionales”, y la comprensión que tiene de su propia autoridad se diluye en su *deber justificatorio*, en su deber de maximizar el catálogo (constitucional, supra legal, etc.) de derechos fundamentales.

Por ello, la segunda e hipotética objeción a mi crítica al “constitucionalismo de los derechos” tampoco merece ser acogida. Es posible que sea necesario un cambio de diseño institucional para evitar el exceso de poder de la jurisdicción ordinaria. Pero la reflexión sobre el esquema institucional debe llevarse a cabo bajo otra concepción del constitucionalismo. El “constitucionalismo de los derechos” oscurece la pregunta sobre la inconveniencia o conveniencia de un mecanismo similar al del art. 94 de la Constitución holandesa porque, si los jueces *aceptaran* los postulados de ALEXY, DWORKIN (e incluso de FERRAJOLI), el art. 94 sería en realidad irrelevante. El “constitucionalismo de los derechos” no necesita ninguna norma autoritativa para su plasmación. Su apuesta – precisamente su apuesta – consiste en la aplicación de derechos fundamentales (estructurados en cuanto principios morales⁵²⁵) por toda la jurisdicción, *con independencia de los mecanismos formales de competencia y autoridad*. En ese sentido, podría decirse incluso que la propia Constitución es “circunstancial”⁵²⁶. Aunque

⁵²⁵ Hay que hacer la reserva de que el *constitucionalismo garantista* supone que los derechos fundamentales deben formularse en forma de reglas. Pero, según vimos, esa concepción no es atractiva y, en cierto sentido, es insostenible. Además, recuérdese que – para FERRAJOLI y por controvertido que esto pueda resultar – la dimensión sustancial de la Constitución representa la positivización de la “ley de la razón”. Por lo tanto, sí que hay también una *apuesta* en la realización y protección de los derechos – que son “racionales” – por la jurisdicción.

⁵²⁶ La Constitución, entendida como norma fundamental positiva, que organiza y estructura un sistema jurídico determinado, es, bajo el “constitucionalismo de los derechos”, en especial en su vertiente principialista, meramente una “circunstancia”. Lo irónico es que la “Constitución” suele ser la entusiasmada inspiración de esa concepción de constitucionalismo. Pero lo que se sigue de sus postulados no es el respeto o la deferencia a la Constitución en cuanto norma jerárquicamente superior, es decir, el respeto en razón de su *autoridad*. Lo que es realmente importante es el catálogo de derechos fundamentales (entendidos en cuanto principios) recogidos en las constituciones y el modo de llevar a cabo su aplicación mediante argumentación. Esos principios construyen una especie de dimensión de justificación moral del Derecho

el “constitucionalismo de los derechos” ha surgido del entusiasmo con la Constitución, lo que de hecho importa es el *Bill of Rights*; y, por consiguiente, su relación con una jurisdicción preparada para argumentar moralmente – y correctamente – con arreglo a derechos.

Ante todo ello, y si se quiere mantener la vinculación del juez a la ley, la jerarquía en el sistema jurídico y, en última instancia, la autonomía y la contingencia del Derecho, debe superarse el “constitucionalismo de los derechos”. FERNANDO ATRIA, en un texto que me parece indispensable – *La Ironía del Positivismo Jurídico*⁵²⁷ – pone de manifiesto su conciencia respecto de los “peligros” de la plasmación de una concepción como la del “constitucionalismo de los derechos”. ATRIA argumenta que estamos asistiendo a una especie de “involución a formas legales pre-modernas”, que, al fin y al cabo, “implica la disolución del derecho”⁵²⁸. Y además de implicar la disolución del Derecho – o más bien su entera absorción por el razonamiento moral – el “constitucionalismo de los derechos” pone en riesgo el ideal del autogobierno democrático y asimismo la “idea de gobierno conforme a derecho”⁵²⁹.

Como el deber fundamental del juez pasa a ser la concreción de la Constitución, o, mejor dicho, la concreción de la *parte sustantiva* de la Constitución, ATRIA señala que

que, a la postre, moldea la dimensión procedimental o autoritativa del derecho positivo (incluso en el rango constitucional). Tanto es así que el “constitucionalismo de los derechos” puede incluso, y a pesar de esa etiqueta, actuar con total independencia de las preguntas relativas al control de constitucionalidad o a alguna forma de *judicial review*. Es más: el “constitucionalismo de los derechos”, en su vertiente principialista, puede prescindir incluso de la Constitución misma, porque en absoluto se interesa por las preguntas de naturaleza institucional, sino por las de naturaleza “justificatoria”. Eso puede ilustrarse por el “secuestro”, por así decirlo, de la teoría de los principios y de la ponderación por lo que suele llamarse *Global Constitutionalism*. Véase MATTIAS KUMM, “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State”, cit., pp. 303-305. Aquí, el “constitucionalismo” es, a mi juicio, algo que incluso puede prescindir de la Constitución. Se trata más bien de un conjunto de premisas que construyen una concepción del Derecho centrada en la argumentación y en la justificación, es decir, centrada en el ámbito de las razones.

⁵²⁷ La primera versión que conozco de este texto puede verse en FERNANDO ATRIA, “La Ironía del Positivismo Jurídico”, *Doxa*, 27, 2004 (pp. 81-139). Sin embargo, ATRIA lo ha incorporado como capítulo (con algunas modificaciones de acento y también de sustancia con relación a la primera versión) a su reciente libro *La forma del derecho*. Por ello, lo citaré siempre teniendo en cuenta su versión más reciente.

⁵²⁸ FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 28. Es curioso que FERRAJOLI también ataca al *principialismo* en razón de su carácter pre-moderno. Sin embargo, ATRIA, al igual que yo he hecho en este trabajo, sitúa a FERRAJOLI en el ámbito de una concepción cercana al *principialismo*. Para ATRIA, FERRAJOLI es claramente “neoconstitucionalista” (cit., p. 70).

⁵²⁹ FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 68. Hay que advertir que ATRIA no utiliza el término “constitucionalismo de los derechos”, sino la muy desgastada expresión “neoconstitucionalismo”. Yo, sin embargo, no veo ninguna ventaja en acudir a la expresión “neoconstitucionalismo”, etiqueta que, según parece, pocos están dispuestos a aceptar. “Constitucionalismo de los derechos”, a mi modo de ver, es un término más adecuado para poner de relieve lo que esa manera de ver al Derecho en realidad es: una forma de poner al Derecho – y a la jurisdicción – al servicio *de los derechos*; y que, para ello, intenta dotar a los jueces de herramientas para argumentar y decidir con arreglo a esos derechos. Las etiquetas, por supuesto, son arriesgadas, pero por lo menos la idea de estar *al servicio de los derechos* es, al contrario de lo que sucede con el “neoconstitucionalismo”, algo de lo que pocos parecen querer alejarse.

la consecuencia es la “indiferencia hacia el valor y la dignidad de la legislación”. La interpretación y la adjudicación pasan a comprenderse de una manera “desformalizada, pluralista, líquida o flexible”⁵³⁰. Se está, por ende, ante un Derecho que es Derecho en razón de su *justicia* y no de su forma. Y todo el problema de ese modelo pre-moderno, a juicio de ATRIA, radica en el hecho obvio de que *no vivimos en sociedades pre-modernas*. Sólo podría aceptarse una concepción centrada en la argumentación moral si no hubiera profundo desacuerdo moral y político en la sociedad. Sin embargo, si se asume el hecho del desacuerdo y del pluralismo, ATRIA no ve razón alguna para aceptar que “una elite profesional de jueces y abogados” *pretenda* tener una “vía de acceso epistemológicamente privilegiada a la sabiduría práctica”⁵³¹.

Y ATRIA es consciente de que ya no se trata de una cuestión de control de constitucionalidad *sí o no*. Es como si la clásica dificultad contra-mayoritaria hubiera de replantearse en términos – yo diría – incluso más urgentes. En otro escrito – *La Hora del Derecho* – el autor señala que, bajo lo que aquí denomino “constitucionalismo de los derechos”, “cada vez más jueces ordinarios deben decidir sobre complejos temas de conflictos entre derechos”⁵³². Es decir: se trata de un problema de cultura jurídica, de *concepción* del Derecho, de autocomprensión de los jueces respecto de su propia actividad. ATRIA presenta un argumento semejante al esgrimido por POSTEMA: “el teórico del derecho no puede entender su labor como la descripción de algo que existe con independencia de su descripción”⁵³³. Al referirnos a prácticas sociales, nuestras creencias

⁵³⁰ FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 68. Creo que la formulación más explícita de ese modo de comprender la adjudicación en el Derecho puede verse en GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, cit. El libro – bastante conocido – trata de ofrecer, en líneas generales, una explicación del pasaje del Estado Legislativo hacia el Estado Constitucional, sentándose, bajo este último, una especie de “Derecho por principios” (en oposición al “Derecho por reglas”), que sería más flexible, más justo y más sensible a las demandas de una sociedad plural.

⁵³¹ En realidad, por su fuerza persuasiva merece la pena traer a colación el argumento completo: “¿Qué puede decirse hoy contra el derecho pre-moderno? La respuesta es: Si creemos que hemos recibido un mundo diseñado y estructurado armónicamente, y que nuestra sociedad está naturalmente ordenada, y que entre nosotros no existe desacuerdo político que no sea solucionable a través de la argumentación y por referencia a formas aceptadas y dominantes de razonamiento y autoridad moral, de modo que podemos aceptar la pretensión de una elite profesional de jueces y abogados de tener una vía de acceso epistemológicamente privilegiada a la sabiduría práctica que se requiere para decidir los asuntos más fundamentales que nos afectan, nada”. FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 75.

⁵³² FERNANDO ATRIA, “La Hora del Derecho”, *Estudios Públicos*, v. 91, invierno de 2003 (pp. 45-89), p. 65. El texto no trata esencialmente del mismo tema de la *La Ironía...*, sino de un tema al menos parcialmente distinto: las estrategias para hacer frente a la vulneración de los derechos humanos. Pero como ATRIA critica la “vulgarización” de esos derechos y su tendiente judicialización, termina por reproducir algunos de los argumentos presentes en *La Ironía...*

⁵³³ FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 89. ATRIA ilustra esa afirmación acudiendo al ejemplo del “concepto de agua”: “Nuestra explicación de la naturaleza del agua deja al agua tal como estaba hasta nuestro intento de explicarla. Esto quiere decir que el análisis del <concepto de agua> puede dar al concepto (su <naturaleza>) por sentado, y asumirlo como un dato anterior al análisis (en el sentido de que nuestras

sobre qué es la práctica en cierta medida definen qué es la práctica. Por ello, es disputable la correcta descripción de la relación entre *derechos* y *jurisdicción*, porque ella involucra necesariamente una dimensión normativa, una dimensión que responde a la pregunta sobre cómo *debería* comprenderse esa relación⁵³⁴.

Si suficientes participantes creen que el “constitucionalismo de los derechos” es la concepción correcta de la relación entre *derechos* y *jurisdicción* (y yo creo que el número de creyentes es ya más que suficiente en, por lo menos, muchas comunidades políticas), ella será, en consecuencia, la descripción “correcta”, en el sentido de que será descrita como si simplemente explicara dicha relación. Pero, claro, en esa sencilla descripción queda oculta la disputa anterior, fundamental y que alude a *cómo debería entenderse la relación* entre *derechos* y *jurisdicción*. Por ello, a menudo es necesario volver al comienzo, es necesario regresar al punto en el que la disputa en torno a la mejor concepción de la relación entre *derechos* y *jurisdicción* se plantea con toda nitidez. La existencia de esa disputa pone de relieve que el “constitucionalismo de los derechos” no es simplemente un hecho; es, así como cualquier concepción dominante del Derecho, una teoría que descansa sobre razones y que, con ello, posee un componente normativo.

Según ATRIA – y esta es precisamente la “ironía” del positivismo jurídico – la doctrina positivista nace como teoría del derecho moderno, del derecho *benthamita*, como reacción a un Derecho inspirado en “la razón”. El origen del positivismo jurídico reside en la afirmación de la ineludibilidad de lo político y, en consecuencia, de la contingencia del propio Derecho, *no* como producto de la razón, sino como producto artificial de la actividad política⁵³⁵. La ironía es que ese origen se ha disuelto en una conocida disputa

explicaciones conceptuales pueden ser refutadas, por ejemplo, por experimentación, es decir, por apelación a cómo el agua <simplemente *es*>. Y es precisamente en este punto que el derecho se distingue del agua. El derecho – así como los conceptos jurídicos como testamento, contrato, delito, etc. – no tienen una naturaleza anterior al análisis que puede servir como criterio de corrección por la vía de la experimentación” (cit., p. 86). En la primera versión de *La Ironía*, ATRIA acude al ejemplo de la *drosophyla*. Véase FERNANDO ATRIA, “La Ironía del Positivismo Jurídico”, cit., p. 133.

⁵³⁴ ATRIA subraya que, en ese sentido, “lo normativo y lo descriptivo están, hasta cierto punto, mezclados”. Vid. FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 89.

⁵³⁵ ATRIA define el derecho pre-moderno de la siguiente manera: “El derecho pre-moderno no admitía legislación en el sentido moderno porque esta es voluntad y aquel es razón: el derecho era, podemos decir, lo razonable o, en la fórmula que ya ha sido utilizada y lo será en lo sucesivo, la descripción de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas. Era, entonces, a través de la observación y estudio de esa racionalidad que el derecho era conocido”. FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 56. Sobre el origen del positivismo como teoría del derecho moderno, ATRIA escribe: “el positivismo jurídico nació enfatizando la idea de que el derecho era un producto humano, y por tanto era un instrumento de la política. Negaba la existencia de una <razón artificial> especial del derecho, una clase de razón que se encontraba a disposición preferencial de jueces y abogados y que sujetaba cualquier agenda reformista a su opinión de lo que era <razonable>” (cit., pp. 65-66). Sobre los orígenes del positivismo jurídico, véase también GERALD J. POSTEMA, “Legal Positivism: Early Foundations”, en ANDREI MARMOR (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, N. York y Londres, Routledge, 2012, pp. 31-47. POSTEMA señala que

de familia (entre positivistas “duros” y “suaves” o excluyentes e incluyentes), preocupados por la cuestión conceptual del Derecho y por la delimitación del objeto de la *jurisprudence*. Los “positivistas metodológicos” se dedican a la labor analítico-conceptual *como si* todo ello fuera independiente de cualquier *argumento sustantivo* sobre el Derecho y su adjudicación⁵³⁶.

La ironía, finalmente, radica en que, ante la ascensión y plasmación de una cultura jurídica pre-moderna – aquí denominada “constitucionalismo de los derechos” – los positivistas ya no tienen herramientas para reaccionar. Convencidos de que el positivismo metodológico se fundamenta a sí mismo, no están en posición de resistir al “constitucionalismo de los derechos”⁵³⁷. Según GERALD J. POSTEMA, los positivistas analíticos parecen actuar como si las cuestiones preliminares ya estuvieran resueltas⁵³⁸; es decir, como si dominara una concepción del Derecho que *permitiera una descripción a-valorativa del derecho positivo*. Pero esto no es así. A mi juicio, tiene razón FERNANDO ATRIA: los positivistas deberían volver a sus orígenes y ofrecer razones morales en favor del derecho moderno, en favor de la autonomía y de la contingencia del Derecho, valores que, al fin y al cabo, permiten el autogobierno democrático. Y luego reconocer, a la

las clásicas formulaciones acerca del positivismo jurídico corresponden al pensamiento de J. BENTHAM y de J. AUSTIN. Sin embargo, ambos habrían recorrido caminos bastante distintos: mientras AUSTIN suministraría las bases para la discusión sobre los límites de la *jurisprudence*, es decir, para lo que suele llamarse “positivismo metodológico”, BENTHAM, en cambio, sentaría las bases de un positivismo *prescriptivo*, en el sentido de que ofrece un complejo y sistemático argumento respecto de cómo *debería* comprenderse el Derecho. El positivismo entendido en cuanto análisis conceptual, señala POSTEMA, implica un alejamiento radical de sus orígenes hobbesianos y benthamitas.

⁵³⁶ FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 29-30. Los positivistas, según ATRIA, pasaron a dedicarse a una “disputa de familia”, a “discutir las características necesarias de sistemas jurídicos imaginarios”.

⁵³⁷ No estoy en disposición de sostener en esta tesis que la empresa teórica descriptiva y conceptual (que podría denominarse, creo, *jurisprudencia general*) no es capaz de fundarse a sí misma, como si insoslayablemente necesitara reposar sobre un componente axiológico. Me parece que esa es la conclusión de ATRIA y POSTEMA, pero el argumento que trataré de desarrollar no depende de ella. Para mis propósitos, es suficiente hacer constar, con arreglo a SCHAUER, que la cuestión cardinal no es si una respuesta en términos conceptuales es verdadera o incluso posible, sino más bien si resulta relevante, es decir, si representa la indagación más importante que puede formularse sobre el Derecho. Véase FREDERICK SCHAUER, “Positivism Before Hart”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 24, n. 02, 2011 (pp. 455-471), p. 470.

⁵³⁸ GERALD. J. POSTEMA, “Jurisprudence, the Sociable Science”, cit., p. 876. El argumento de POSTEMA estriba en la idea de que la teoría del derecho, entendida como una labor de descripción a-valorativa y con límites metodológicos bien definidos, descansa sobre la suposición de que las cuestiones preliminares (que aluden a la filosofía política, a la sociología, etc.) están “*firmly in place*”. En mi opinión, esa observación puede asimilarse en el contexto del argumento de FERNANDO ATRIA sobre la “disputa de familia” en el interior del positivismo jurídico. El positivismo analítico solamente puede desarrollar su labor descriptiva y tratar su objeto *científicamente* si supone que las “cuestiones preliminares” están ya resueltas. Si uno entiende que la plasmación de una concepción pre-moderna del Derecho pone en peligro lo que se habría resuelto *preliminariamente* – ya que el “constitucionalismo de los derechos” actúa precisamente en el ámbito de esas “cuestiones preliminares” – entonces habrá razones para lanzar una advertencia hacia los “analíticos”.

postre, que el propio “tratamiento científico del derecho” depende, en larga medida, de la afirmación de la autonomía de su objeto⁵³⁹ frente a la “ley de la razón”, a la “dimensión ideal, crítica y universal del Derecho”, frente al “conjunto coherente de principios que presente la comunidad en su mejor sentido”.

Si los que suelen considerarse “positivistas analíticos o metodológicos” van a tomar en serio las advertencias de ATRIA y, en cierta medida, también las de POSTEMA, es un asunto distinto. Nótese que mi argumento en la primera parte de esta tesis no descansa sobre el modelo de la ciencia del derecho descriptiva que KELSEN promueve en su *Teoría Pura*. Al contrario, mi argumento consiste en poner el acento en los escritos de filosofía política de KELSEN, de tal modo que sea posible admitir una perspectiva *prescriptiva* para el tema de la interpretación y aplicación del Derecho en su obra; o sea, algo totalmente distinto de la (imprescindible) empresa *descriptivamente a-valorativa* del positivismo metodológico. En esta tercera parte de la tesis, mi aspiración es proponer una alternativa al “constitucionalismo de los derechos” e intentar reunir argumentos que puedan formar parte de una concepción distinta de constitucionalismo, a la que llamaré, sin ninguna pretensión de originalidad, “constitucionalismo político”⁵⁴⁰.

La empresa de *resistencia* al “constitucionalismo de los derechos” puede llevarse a cabo de muchos modos, incluso replanteándose las bases filosóficas de lo que suele llamarse positivismo jurídico. Mi objetivo aquí, aunque marginalmente se conecte con la cuestión del concepto de Derecho, no pretende debatir cuestiones conceptuales y tampoco profundizar el tema de la neutralidad en el Derecho. Mi objetivo es bastante más modesto y consiste en poner de relieve una concepción del constitucionalismo en la cual haya adecuado espacio para la vinculación del juez a la ley, en la cual pueda hablarse de *deferencia al legislador*. La vinculación del juez a la ley ha de darse en un modelo de constitucionalismo que asuma los valores del autogobierno democrático, además de la contingencia y autonomía del Derecho. El “constitucionalismo político” es, ante y sobre

⁵³⁹ ATRIA afirma que “el problema del positivismo metodológico es que en sus propios términos carece de sentido”. Y añade: “en la medida en que el <positivismo metodológico> responde que el objeto de estudio de la teoría del derecho es lo que puede ser estudiado <a-valorativamente>, descansa necesariamente sobre una teoría del derecho de acuerdo a la cual el derecho es susceptible de descripción a-valorativa”. FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 82-83.

⁵⁴⁰ El término “constitucionalismo político” aparece – con mayor éxito – en RICHARD BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. El libro de BELLAMY es una de las referencias para la construcción de este capítulo, toda vez que contiene ingredientes que se conectan estrechamente con algunos de los argumentos aquí desarrollados. Pero su propósito es filosóficamente más profundo y alude a cuestiones vinculadas a la idea de republicanismo y a la democracia deliberativa de las que no me ocupó en esta tesis.

todo, un ideal *al servicio de la política*. Creo que con ello tomo en serio el problema señalado por ATRIA y, por encima de todo, tomo en serio “la advertencia de Kelsen”.

Voy a estructurar este capítulo a partir de cuatro argumentos que conservan la pretensión de sustentar esa forma de pensar (o de *volver* a pensar) el constitucionalismo al servicio de la política. Por consiguiente, también se intenta suministrar herramientas con el fin de *resistir* a esa suerte de cultura jurídica que resulta de la aceptación de los preceptos teóricos del “constitucionalismo de los derechos”. Una vez sentados esos argumentos – y delineada una forma de comprensión alternativa a la del principialismo y a la del garantismo – estará construido el suelo teórico necesario para que pueda hablarse – en el capítulo subsiguiente – de deferencia del juez al legislador ya en un sentido más concreto, es decir, ya en el ámbito de la actividad de la jurisdicción ordinaria. Establecidas de este modo las reflexiones preliminares, ¿cuáles serían, entonces, los cuatro argumentos indispensables para articular una concepción del constitucionalismo en la que tenga sentido hablar de vinculación del juez a la ley?

(1) *El argumento del desacuerdo*. Los derechos fundamentales integran la cultura del debate, de la controversia y del desacuerdo; no tanto, en cambio, la del consenso. Si estamos pensando sobre la relación entre un conjunto abstracto de derechos y su aplicación por la jurisdicción, debemos situar nuestra mirada en el tema del *desacuerdo* respecto del alcance y significado de los derechos fundamentales. Una vez asumida la existencia del desacuerdo como un componente intrínseco a la discusión en torno a la aplicación y garantía de *los derechos*, habrá razones para poner en tela de juicio el rol de los jueces – y sobre todo de los jueces ordinarios – como agentes responsables por la toma de decisiones que requieren, ante todo y necesariamente, la resolución de nuestros desacuerdos. Pensar la dimensión de los derechos fundamentales en términos de consenso o sobre la base de la asunción de alguna suerte de objetividad moral implica obscurecer la pregunta determinante (la llamaré, con alguna insistencia, “pregunta institucional”) cuando el asunto involucra la aplicación de los derechos: ¿quién debe definir su alcance y contenido? Si el juez ordinario acepta que el “mundo de los derechos” es también el mundo del desacuerdo, creo que habrá razones para que su actitud ante la ley sea una actitud *modesta*, para que sea, por tanto, una actitud de *deferencia*.

(2) *El argumento de la contingencia y contextualidad del control judicial de la ley*. La auto-comprensión judicial respecto de su relación con un *Bill of Rights* también depende de la fuerza que se confiera a la garantía jurisdiccional de la Constitución. La *judicial review* no constituye un elemento necesario del diseño institucional de los

sistemas jurídicos democráticos. Es cierto que – como vimos – el control judicial de la ley se ha difundido de manera acentuada alrededor del mundo. Sin embargo, comprender su carácter contingente y contextual es importante para la construcción de un modelo de constitucionalismo que esté al servicio de la política. Nótese bien: no estoy particularmente interesado en asumir una posición tajante con relación a la justificación democrática del control judicial de la ley. Estoy interesado en poner el acento en la necesidad de ofrecer razones – en consideración a distintos contextos socio-políticos – para aceptar la introducción institucional del control de constitucionalidad.

En mi opinión, allí donde la auto-comprensión de la actividad judicial se conecta con los postulados del “constitucionalismo de los derechos” suele haber una convicción muy asentada respecto de la inexorable necesidad de la garantía jurisdiccional de la Constitución. Y esa garantía jurisdiccional suele entenderse en un sentido fuerte: los jueces deben tener la última palabra en lo que atañe al juicio de validez de los actos legislativos. Si se demuestra que eso no tiene por qué ser así y que en realidad hay distintas maneras de diseñar las relaciones de autoridad entre parlamento y jurisdicción, creo que se pone en tela de juicio – de modo general – la excesiva confianza depositada en los jueces por lo que respecta a la *defensa* de la Constitución. Asumir que el control judicial de la ley no constituye una cuestión de *sí o no* es central para el “constitucionalismo político”. Debe entenderse la *judicial review* como un tema relativo a la distribución de poder político dentro del Estado de Derecho, tal y como lo entendía KELSEN en el propio momento fundacional de la jurisdicción constitucional; y no como si hubiera una conexión insoslayable e indisputable entre los derechos y su garantía jurisdiccional.

(3) *El argumento del escepticismo en torno a la protección judicial de los derechos fundamentales.* Pensar la relación entre *derechos* y *jurisdicción* también entraña una pregunta cardinal: ¿es una buena idea, en términos de su efectividad práctica, otorgar a los jueces el poder de proteger y concretar los derechos fundamentales? Mi intención es traer a colación algunos análisis – incluso de naturaleza empírica – que ponen en duda la idea de que la realización de las promesas contenidas en las cartas de derechos depende de un papel activo de los jueces. Creo que este argumento involucra en realidad dos preguntas que se relacionan íntimamente: (a) ¿es verdad que la constitucionalización de *los derechos* es una etapa decisiva para el desarrollo civilizatorio de una comunidad política? (b) ¿es también verdad que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales *tiende* a moldear la realidad, en el sentido de producir su plasmación en el seno de la realidad política? Arrojar un poco de escepticismo acerca del papel de los

jueces en la *garantía* de los derechos representa, a mi juicio, un paso importante en el rumbo de la crítica al “constitucionalismo de los derechos”.

(4) *El argumento del positivismo prescriptivo.* Una vez asumidos los tres argumentos anteriores, me parece que pasa a tener cabida la formulación de un argumento en favor de la centralidad de la legislación en el razonamiento judicial. El positivismo prescriptivo, a mi entender, se basa en suscitar el siguiente interrogante: *¿Por qué ser positivista?*⁵⁴¹ Se trata de una pregunta que no se conecta con la cuestión de cómo debe el teórico acercarse a su objeto de estudio, sino con las razones morales que uno tiene para preferir un Derecho que pueda identificarse *con autonomía* de un juicio sobre su justicia o corrección. Se entiende, así, la tesis de la separabilidad entre Derecho y Moral no como una tesis simplemente metodológica, sino como una tesis moral, en el sentido de que ofrece *razones* para la autonomía del Derecho, es decir, para comprenderlo como un producto contingente de la actividad política. Y si el Derecho pasa a comprenderse como un producto contingente de la política, la legislación vuelve a la escena como una fuente de *especial dignidad* en el marco de la interpretación y aplicación del Derecho. La legislación suele resultar de la resolución – contingente y democrática – de nuestros desacuerdos morales en torno al ámbito de *los derechos*. Y, por esa razón (pero no exclusivamente por esa razón), debe ser vista con *deferencia* por los jueces llamados a aplicarla.

La conjunción de esos cuatro argumentos fundamenta la articulación del “constitucionalismo político”, que representa, por encima de todo, una forma de comprensión de la relación entre *derechos y jurisdicción* que pretende devolver al ámbito de la política – y en particular al ámbito de la actividad parlamentaria – el protagonismo acerca de la definición del alcance y contenido de nuestros derechos. Bajo el modelo del “constitucionalismo político” tiene sentido hablar de *deferencia* al legislador o de *vinculación* del juez a la ley. Bajo el “constitucionalismo político” creo que puede tomarse en serio la “advertencia de Kelsen” y evitarse, aunque manteniendo la

⁵⁴¹ Esta pregunta la tomo en préstamo del conocido texto de LIBORIO HIERRO, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, 25, 2002 (pp. 263-302). El punto central de este texto, empero, no es tanto la adhesión a alguna suerte de positivismo ético o prescriptivo, en el sentido que precisaré más adelante, sino más bien la idea de que lo que *funda* el positivismo metodológico es una posición moral, no simplemente epistemológica u ontológica. A HIERRO le parece que merece la pena ser positivista – “metodológico”, creo que podría añadirse – en virtud de la preservación del espacio de crítica moral al derecho que solo sería posible con la admisión de la tesis de la separación. Pero claro – y esto es lo que me interesa subrayar de momento – esta tesis ya no es una tesis simplemente metodológica o a-valorativa, sino esencialmente una tesis moral, una tesis que descansa sobre razones morales.

normatividad del catálogo de derechos, la “insoportable” transferencia de poder político hacia la jurisdicción.

En mi opinión, esos cuatro argumentos, si bien ponen en tela de juicio algunas de las concepciones más difundidas y menos matizadas acerca de la justicia constitucional y, en especial, la protección judicial de los derechos, siguen siendo en gran medida – y al contrario del “constitucionalismo de los derechos” – esencialmente compatibles con los fundamentos políticos del constitucionalismo kelseniano. Aquí, el juez ordinario puede volver a comprender su actividad dentro de un contexto institucional, cuya distribución del poder político le otorga una función de más aplicación y de menos creación; esto es: el juez ordinario debe tener mucho menos poder político que el legislador. Y por ello el juez no puede concebir su actividad en términos de *revisión moral* de la legislación. Bajo ese conjunto de argumentos, el juez del “constitucionalismo político” tendrá razones para sentirse vinculado a la ley. Pasemos, por tanto, a examinar el primero de estos cuatro argumentos.

1. EL ARGUMENTO DEL DESACUERDO

Quizás el aspecto más atractivo de una concepción del constitucionalismo centrada en *los derechos* sea su compromiso político con la realización de las promesas constitucionales⁵⁴². La creación de una especie de cultura *judicial* de los derechos parece incrementar la importancia social de la actividad jurisdiccional. El juez no sería simplemente un agente estatal constreñido por rígidos esquemas institucionales y, por ende, *inmediatamente* vinculado por las normas generales dictadas por el legislador. El

⁵⁴² La idea de “constitución dirigente”, cuya formulación más exitosa se encuentra en J.J. GOMES CANOTILHO, pone el acento en el carácter compromisorio de las constituciones, en tanto proyecto normativamente vinculante y destinado hacia el futuro. Con independencia de la cuestión relativa a la competencia para poner en marcha las promesas constitucionales – sobre todo por lo que respecta a los roles de los jueces y de los legisladores –, me parece innegable que la noción de “constitución dirigente”, muy influyente en algunas latitudes, alienta la idea de que la Constitución es un proyecto de *cambio*, en cierto modo civilizatorio, con el cual merece la pena comprometerse. Sobre el “constitucionalismo dirigente”, véase la obra clásica de J.J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001. Nótese que la primera edición de la obra es del año 1982. Nótese además que, con respecto a ella, CANOTILHO niega que se pueda derivar una interpretación según la cual la Constitución sería un proyecto “totalizante”, en el sentido de ser capaz de regular con exhaustividad toda la actividad estatal. Además de eso, acaba por matizar la fórmula de la “aplicación directa de las normas constitucionales”, poniendo en tela de juicio su uso en la esfera de los derechos sociales y económicos. Véase J.J. GOMES CANOTILHO, “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, n. 43, Enero-Abril, 1995 (pp. 09-23).

juez pasa a desempeñar una tarea distinta, menos tímida y, al parecer, socialmente más relevante: su función consiste ante todo en la concreción del proyecto constitucional⁵⁴³. Y el proyecto constitucional, si incorpora un conjunto de valores fundamentales para el avance civilizatorio de la comunidad política, suele ser un proyecto por el que merece la pena comprometerse.

Como se ha visto, LUIGI FERRAJOLI sugiere incluso que el Estado Constitucional requiere otra *epistemología jurídica*, según la cual la función cardinal del jurista consiste en la realización de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Se trata, en las palabras de FERRAJOLI, de una “cultura jurídica militante”⁵⁴⁴. Eso significa que no sólo el juez debe comprenderse a sí mismo como una especie de *agente del cambio*, sino que la propia ciencia jurídica debe concebirse como *partícipe* en ese cambio. Es cierto que FERRAJOLI insiste en que su modelo de constitucionalismo no implica ningún tipo de activismo judicial. Pero ello es así – nótese bien – porque la construcción teórica garantista, por lo menos en lo que es su propuesta, entiende la actividad judicial como *tendencialmente cognoscitiva* y además suministra herramientas que, en teoría, acotarían el ámbito decisorio del juez. Ello no quiere decir que la cultura jurídica no deba ser – y esa es precisamente la intención de FERRAJOLI – “militante”, dirigida hacia la máxima realización de *los derechos* y crítica respecto de la presencia de *antinomias* y *lagunas* en el derecho positivo; es decir, crítica con relación al incumplimiento de las promesas constitucionales.

MANUEL ATIENZA, en su obra *Podemos hacer más*⁵⁴⁵, se adhiere claramente a la “militancia” por la que aboga FERRAJOLI. Ambos parecen distanciarse sustancialmente en el plano teórico, sobre todo cuando se analizan sus discrepancias en torno a posiciones meta-éticas y en lo que atañe a la conexión entre Derecho y moral⁵⁴⁶. Pero en realidad esa

⁵⁴³ Más allá de ello, ZAGREBELSKY aduce que la función del juez en el Estado Constitucional consiste en garantizar la “necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, cit., p. 153. La actividad judicial, según el autor, se pregunta por “las consecuencias prácticas del derecho” y, por consiguiente, es entendida en cuanto elemento que disciplina la realidad de conformidad con el valor que los principios constitucionales asignan a esta misma realidad (cit., p. 122). En palabras sencillas, la función judicial – en el seno de esta forma de comprender el constitucionalismo – consiste en moldear la realidad, en tornar efectivas las promesas constitucionales.

⁵⁴⁴ Vid. LUIGI FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos...*, cit., p. 83.

⁵⁴⁵ MANUEL ATIENZA, *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, cit., p. 26.

⁵⁴⁶ Como es sabido, las principales diferencias entre FERRAJOLI y ATIENZA aluden a la cuestión, aquí ya comentada, del positivismo de FERRAJOLI y del no-positivismo (*principalista*) de ATIENZA. De ahí se siguen algunas perennes discusiones sobre la relación entre Derecho y moral y acerca de la objetividad de la moral. Respecto de ellas, estos autores se encuentran en lados opuestos. Véase, por ejemplo, MANUEL ATIENZA, “Dos versiones del constitucionalismo”, pp. 75-76. Con todo, la empresa *al servicio de los derechos* es, en mi opinión, claramente la misma.

distancia no debe sobrestimarse. El positivista FERRAJOLI y el no-positivista ATIENZA al fin y al cabo integran la misma empresa – el “constitucionalismo de los derechos” – y prescriben a los juristas esa suerte de compromiso con la consolidación fáctica de la dimensión de *los derechos*. Pueden encontrarse en ambos autores creencias en cierto modo transformadoras, en el restringido sentido de que conciben el proyecto constitucionalista – con sus valores e instituciones – como una importante herramienta civilizatoria⁵⁴⁷.

ATIENZA lo expone con claridad: “el Derecho (no cualquier Derecho, sino un Derecho imbuido de los valores del constitucionalismo) es, probablemente, uno de los instrumentos más potentes con el que cuentan [los ciudadanos] para llevar a cabo la ingente tarea de civilizar el mundo”⁵⁴⁸. ATIENZA entiende que el Derecho no debe concebirse como un sistema abstracto de normas, sino esencialmente como una práctica, una práctica que en realidad *pretende* lograr ciertos fines y valores. Una vez que esos fines y valores se corresponden con la esfera de *los derechos*, con la parte sustantiva de la Constitución, la función del jurista, del juez y también del ciudadano, que es un *participante* en la práctica, consiste en contribuir a la satisfacción de los valores constitucionales⁵⁴⁹. Ello es tanto como decir, tomando en préstamo el lenguaje de DWORKIN, que la consolidación de los derechos fundamentales (en tanto fines y valores de la comunidad) representa el “*point*”⁵⁵⁰ de la práctica jurídica, el propósito justificatorio del Derecho del Estado Constitucional.

Como se ha visto en la introducción al capítulo II, hay una sedimentada expansión del lenguaje de los derechos fundamentales. No sólo ha crecido sustancialmente el número de países que contienen cartas de derechos, sino que asimismo ha crecido la correspondencia entre esos derechos; esto es, los catálogos suelen contener derechos muy similares. No obstante, ello no implica en modo alguno correspondencia respecto de cómo se entiende el *contenido* de esos derechos. Asumamos (y creo que hay razones para asumirlo) que Brasil y España toman en serio sus cartas de derechos. Son catálogos en

⁵⁴⁷ En lo que atañe a FERRAJOLI, su proyecto de “constitucionalismo total” (en la esfera del derecho privado, en la esfera del Estado nacional y en el ámbito internacional), en tanto manera de hacer frente a las “emergencias globales”, representa un explícito programa civilizatorio, con objetivos políticos concretamente definidos.

⁵⁴⁸ MANUEL ATIENZA, *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, cit., p. 60.

⁵⁴⁹ Esta es precisamente la idea: “El jurista, como todos los ciudadanos, debe tratar de lograr que las promesas contenidas en la Constitución se cumplan...”. MANUEL ATIENZA, *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, cit., p. 26.

⁵⁵⁰ “*Point*”, en DWORKIN, es un término utilizado para expresar el principio justificatorio de la práctica jurídica en su conjunto. Cada juez poseería un entendimiento acerca del “*point*” del Derecho. Vid. RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., pp. 87-88.

cierto modo similares. Podría discutirse con bastante detenimiento el alcance de la normatividad de los derechos sociales en ambas constituciones⁵⁵¹, pero nadie pondría en duda el hecho de que, en ambas, la *libertad de pensamiento*, la *igualdad*, la *dignidad de la persona*, y tantas otras cláusulas, representan derechos fundamentales.

Sin embargo, aunque Brasil y España tomen en serio *los mismos derechos* y aunque acepten (o aunque aceptaran) la idea de que todos debemos luchar para tornar efectivos esos derechos, la forma de comprender el contenido de los mismos derechos, en muchos temas y en temas moralmente relevantes, produce resultados distintos. España cuenta con una ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley brasileña no lo permite⁵⁵². La ley española permite la interrupción del embarazo hasta un plazo determinado. La ley brasileña es más restrictiva en el tema del aborto⁵⁵³. Y así podríamos acudir a innumerables ejemplos. Uno podría afirmar, creyendo en la corrección de la legislación española, que Brasil simplemente no ha alcanzado el

⁵⁵¹ Basta con decir, para los propósitos del argumento, que los derechos sociales en Brasil suelen ser considerados derechos fundamentales dotados de la misma eficacia normativa de los derechos individuales; son, por ello, derechos subjetivos exigibles judicialmente. En España, por otra parte, los “derechos sociales” forman parte de los “principios rectores de la política social y económica” y, por lo tanto, se entiende que esos derechos no constituyen verdaderos derechos subjetivos.

⁵⁵² Se trata de la Ley 13/2005, que modificó el Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Sentencia 198/2012, del Pleno del Tribunal Constitucional, desestimó el Recurso de Inconstitucionalidad que planteaba, a grandes rasgos, la incompatibilidad de la Ley 13/2005 con el artículo 32 de la Constitución Española (“el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”). La legislación brasileña, a su vez, no ha sido modificada para extender el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. El caso brasileño es a mi juicio curioso y de difícil descripción. Para los modestos propósitos del argumento, es suficiente afirmar que todas las decisiones relativas a este tema han sido tomadas por el Poder Judicial. El Supremo Tribunal Federal ha reconocido (Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 4277 y Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n. 132) el derecho de las parejas homosexuales a la unión de hecho, pero no precisamente el derecho a contraer matrimonio. Seguidamente, el Consejo Nacional de Justicia – órgano de control del Poder Judicial – ha determinado que los registros públicos celebraran el matrimonio entre personas del mismo sexo. Así que, mediante una sentencia de la Corte Suprema y una resolución de carácter administrativo, el matrimonio entre personas del mismo sexo está jurídicamente permitido en Brasil.

⁵⁵³ El aborto en España está regulado por la Ley orgánica 02/2010. Para lo que aquí interesa, es importante mencionar que está permitida, bajo determinados requisitos, la interrupción *voluntaria* del embarazo. El principal requisito para que pueda permitirse la interrupción del embarazo *a petición de la mujer* es que el procedimiento se realice dentro de las primeras catorce semanas de gestación. En Brasil, por otra parte, la interrupción *a petición de la mujer* no está en general permitida. Constituye un delito previsto en el art. 124 del Código Penal. Las hipótesis de interrupción autorizadas por la legislación son solamente dos: si el embarazo es resultado de violación; o si la interrupción es el único medio de salvar la vida de la gestante. En la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental n. 54, el Supremo Tribunal Federal (STF) reconoció una hipótesis más: el aborto está permitido en casos de anencefalia del feto debidamente diagnosticada. Pero eso no es todo. En resumidas cuentas, en noviembre de 2016 la Primera Sala del Supremo Tribunal Federal (STF) ha decidido, por mayoría y al apreciar un *habeas corpus* (HC 124.306) interpuesto por funcionarios de una clínica de aborto, proceder a una *interpretación conforme* a la Constitución en aras de considerar inconstitucional el delito de aborto, cuando se realice dentro de los tres primeros meses de la gestación. En el capítulo cuarto volveré a este ejemplo con más detenimiento. Es conveniente señalar, empero, que el STF actúa como corte constitucional y también como última instancia de la jurisdicción ordinaria, de tal modo que ese fallo tiene efectos *inter partes*, sin “fuerza de ley”. Además, el sistema de control de constitucionalidad en Brasil es mixto – difuso y concentrado.

desarrollo español en términos de protección y realización de los derechos fundamentales. Y puede que eso sea cierto. Cabría a los brasileños *seguir luchando*.

Pero ATIENZA no nos invita a una batalla por la concretización de la permisión del aborto o del matrimonio entre personas del mismo sexo. Tal vez esas sean sus opciones políticas concretas. Y de hecho lo son⁵⁵⁴. Pero eso no es lo importante. No debe interesarnos *qué* es lo que piensa ATIENZA sobre asuntos políticos concretos. ATIENZA prescribe que logremos realizar los valores y fines del Estado Constitucional tal y como están redactados en nuestras constituciones: en términos abstractos, imprecisos, abiertos a la argumentación moral. Y si esto es así, debe reconocerse que en realidad hay *desacuerdo* – profundo y razonable – sobre la mejor manera de dar contenido a esos valores constitucionales. Tanto es así que dos comunidades políticas pueden poseer el mismo catálogo de derechos, tomarlo realmente en serio, pero alcanzar resultados distintos, a veces opuestos, sea en áreas moralmente controvertidas, sea en cuestiones de simple acento, de estrategia política o de detalle.

Por ello, aunque resulte atractiva una concepción del Derecho “militante”, consciente, por así decirlo, de su tarea de consolidación de los valores constitucionales, su capacidad orientadora resulta mucho menos atractiva. Y eso es así porque, en resumidas cuentas – y esto parece explicar no sólo las diferencias entre Brasil y España, sino la persistencia del agudo debate partidario en el interior de las comunidades políticas – hay *desacuerdo* respecto de *qué* implica consolidar los valores constitucionales. Prescribir una cultura jurídica *al servicio de los derechos* no significa en último término prescribir mucho, dado que estamos en desacuerdo sobre la mejor forma de *servir a los derechos*, a menos que hubiera algo más objetivo, fuera del alcance de los desacuerdos morales, que permitiera el acceso a una lectura indiscutiblemente correcta de los valores constitucionales.

⁵⁵⁴ Véase, por ejemplo, MANUEL ATIENZA, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca, *Doxa*, 37, 2014 (pp. 299-318), p. 313. Aquí ATIENZA, al defender una concepción argumentativa del Derecho, afirma que la concepción aristotélico-tomista de JOHN FINNIS sirve de vehículo para “la defensa de tesis extremadamente conservadoras, a propósito de temas tales como el aborto, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo o el trato a los inmigrantes”.

1.1. Los derechos fundamentales y la “cultura de la controversia”

TOM CAMPBELL sostiene que los derechos fundamentales componen una especie de “cultura de la controversia”⁵⁵⁵. Si uno se centra exclusivamente en la dimensión abstracta de *los derechos*, podría concluir que esa observación tiene algo de contraintuitivo. Nadie que tome efectivamente en serio *los derechos* estaría en contra de la *libertad*, de la *igualdad*, de la *dignidad de la persona* o del *derecho a la vida*. Si esto es así, la aceptación de esos principios por la comunidad política demostraría en realidad la presencia de una “cultura del consenso” y no de la controversia. Pero esa es sólo una parte de la historia. Y no es la parte más importante en términos de acción o decisión política. *Los derechos* suelen formularse en lenguaje abstracto precisamente con el fin de producir consenso o aceptación en torno a ellos. Es su indeterminación semántica la que permite que estemos de acuerdo respecto de su valor en abstracto; y, por ello, nuestro consenso disminuye en la medida en que también disminuye la indeterminación de *los derechos*.

Podríamos señalar, por lo tanto, que la indeterminación del lenguaje de los derechos es una *virtud*. Y creo que podríamos decir que es una virtud en dos sentidos distintos: (1) en un primer sentido, estamos hablando del consenso que la norma de la *igualdad*, por ejemplo, es capaz de producir; (2) en un segundo sentido, ya no estamos hablando de consenso, sino de *disenso* respecto de las múltiples y coexistentes lecturas morales y políticas sobre la misma norma de la igualdad. Ese disenso, empero, no es un síntoma de debilidad política. Que haya más de una forma de leer la norma de la igualdad es antes bien una señal de que la democracia se encuentra en funcionamiento⁵⁵⁶. Una sociedad pluralista suele albergar diferentes visiones sobre qué es la justicia, la libertad y la igualdad. Un catálogo de derechos, formulados en lenguaje abstracto, no tiene como finalidad zanjar el disenso moral y político existente en la comunidad, sino más bien conservarlo. La esfera de *los derechos* existe *porque* hay disenso y *con el fin* de mantener

⁵⁵⁵ TOM CAMPBELL, “Human Rights: A Culture of Controversy”, en TOM CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004 (pp. 189-208).

⁵⁵⁶ El desacuerdo no es sólo un síntoma del regular funcionamiento de la democracia. Conforme a JEREMY WALDRON, el desacuerdo es una señal, “la mejor señal posible en circunstancias modernas”, de que se toman los derechos en serio. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 311. En palabras de SAMANTHA BESSON: “Taking reasonable disagreement seriously and regarding it as a normal and permissible condition of our political and legal deliberations may be regarded not only as a condition of a pluralist order and hence as a central element of politics and law, but also as a way to cultivate the possibilities contained in current ideologies”. SAMANTHA BESSON, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Oregon, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 06.

ese disenso. Ahí se constata la conexión entre la indeterminación del lenguaje de los derechos, el desacuerdo y el “hecho del pluralismo”⁵⁵⁷.

Esa doble virtud de la indeterminación de *los derechos*, capaz de producir a la vez aceptación y desacuerdo, entraña una consecuencia fundamental para la aplicación del Derecho, una consecuencia a menudo subestimada: los derechos formulados en tanto principios no admiten aplicación imparcial. ¿Qué quiere decir esto? Autores como SAMANTHA BESSON y FERNANDO ATRIA aducen que los conceptos constitucionales son conceptos polémicos o “esencialmente contestables”⁵⁵⁸. Un concepto constitucional – como la justicia, la igualdad, la libertad y la dignidad – es un concepto que, precisamente por poseer la primera virtud de la que hablamos (la virtud de la aceptación o de la producción de consenso) es una especie de norma común, una norma de carácter *constituyente*, que conserva la pretensión de absorber en su campo semántico las

⁵⁵⁷ El “hecho del pluralismo” (o el hecho del pluralismo *razonable*) es un elemento que se da por sentado en el liberalismo político de RAWLS. Véase JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, Exp. ed., N. York, Columbia University Press, 2005, p. 04. Una de las preguntas fundamentales que una teoría de la justicia como la de RAWLS se propone contestar es la de cómo es posible que vivamos juntos de manera razonablemente estable si no estamos de acuerdo respecto de qué es lo justo, si aceptamos, por ejemplo, doctrinas morales y religiosas al parecer incompatibles entre ellas. Aquí resulta imprescindible su idea de “*overlapping consensus*”. Véase JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Revised ed., Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, pp. 340-341. De manera más desarrollada, la idea aparece en la “*lecture IV*” en JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, cit., pp. 133-172. Lo que me interesa señalar aquí es el hecho de que, aunque exista alguna forma de consenso superpuesto entre doctrinas comprensivas distintas pero razonables, como es en resumen lo que sostiene RAWLS en el seno de su liberalismo político, ese consenso no elimina, sino que en realidad presupone el desacuerdo – también razonable – respecto de qué significa una acción conforme a la justicia. Siguiendo esta línea de pensamiento, la ausencia de unanimidad es un elemento de las “circunstancias de la justicia”, dado que el desacuerdo existe incluso entre personas de buena fe que desean perseguir los mismos principios políticos. Vid. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 196.

⁵⁵⁸ SAMANTHA BESSON define así un concepto esencialmente contestable: “an essentially contestable concept is a concept that not only clearly embodies and names a normative standard or value, the detailed content of which determines the correct application of the concept, but that is also disputable by different users”. SAMANTHA BESSON, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, cit., p. 72. Un concepto “esencialmente contestable” da lugar a múltiples concepciones. En FERNANDO ATRIA, la misma idea lleva la etiqueta de “conceptos polémicos”. Los conceptos constitucionales son, en este sentido, “conceptos polémicos”. Vid. FERNANDO ATRIA, *La Forma del Derecho*, cit., p. 276. Además de esos dos autores, ENDICOTT incluye la “contestabilidad” de una expresión como una de las fuentes de la indeterminación del lenguaje. Un concepto es contestable cuando hay un desacuerdo sustantivo con relación a la comprensión teórica del término. TIMOTHY A. O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, N. York, Oxford University Press, 2000, p. 47. El núcleo de la idea, según WALDRON, consiste en la combinación entre normatividad y complejidad, en la medida en que solamente conceptos normativos con cierto grado de complejidad interna (al incorporar concepciones rivales) serían de hecho esencialmente contestables. JEREMY WALDRON, “¿Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?”, *Law and Philosophy*, 21, 2002 (pp. 137-164), p. 148 y p. 150. Para un análisis parcialmente crítico de esa idea (además de una aportación descriptiva), véase MARISA IGLESIAS VILA, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, 23, 2000 (pp. 77-104). Cuando digo “parcialmente” me refiero al hecho de que M. IGLESIAS intenta demostrar, ante todo, que la existencia de esta clase de conceptos en las constituciones no quiere decir que haya en ellos un vacío de significado. Aquí entraría, en realidad, la posibilidad de la argumentación racional (a eso volveré a continuación). De todos modos, el origen de esa formulación puede encontrarse en W. B. GALLIE, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 56, 1955-1956 (pp. 167-198).

diferentes visiones político-morales que disputan el espacio político de la comunidad. Esas visiones, con independencia del hecho contingente de representar la mayoría, deben cohabitar, deben coexistir. Y esa coexistencia no es, en un régimen democrático, efímera o fugaz; ella es constitutiva del pluralismo político. Y es exactamente por ello que distintas posturas políticas encuentran abrigo en los mismos conceptos constitucionales. Su *hábitat* son esos conceptos.

De no ser así, el que piensa que el aborto es injusto e inmoral acudiría a una Constitución diferente de aquella a la que acude el que piensa que el aborto está moralmente justificado. Pero en realidad ambos argumentan con arreglo a los mismos conceptos constitucionales y por eso es posible que bajo la misma Constitución el aborto haya sido prohibido y posteriormente, tras algunas legislaturas, permitido. Y eso también hace posible que, aunque esté vigente una determinada posición, la discusión persista en el espacio de *los derechos*. Por lo tanto, si los conceptos constitucionales son normas comunes, aceptadas por ciudadanos *en desacuerdo*, el conflicto político-moral entre esos ciudadanos no puede ser resuelto simplemente con arreglo a esas normas comunes, porque “A” y “B”, si bien en desacuerdo, no es sólo que las acepten, sino que hablan *desde ellas*. Siendo así las cosas, si un juez es llamado a resolver un caso sobre la base de la dignidad de la persona, que es un concepto constitucional, él no puede simplemente “aplicarla” imparcialmente, sino que, ante todo y *necesariamente*, debe determinar qué es lo que requiere la dignidad de la persona.

Aquí se observa la imposibilidad de la aplicación imparcial de los principios constitucionales⁵⁵⁹. Su carácter polémico o controvertido alude a la segunda *virtud* de la

⁵⁵⁹ La imparcialidad no debe entenderse aquí en tanto que cualidad del aplicador, como si el juez no fuera capaz de *ser* imparcial. Si los conceptos constitucionales son normas comunes, es decir, si en ellos hay cabida para lecturas políticas distintas entre sí, entonces su aplicación no puede ser *imparcial*, porque su aplicación imparcial es inútil para resolver el conflicto. El conflicto solo puede resolverse recurriendo a una *concepción* del concepto. Es por ello que ATRIA va más allá y afirma que aplicar principios constitucionales (en tanto conceptos polémicos) no constituye una actividad propiamente *jurisdiccional*, porque la resolución de un caso con arreglo a uno de esos principios implica la pérdida de su carácter común. Si el principio *adjudica* el conflicto es porque se trata ya de una norma *no-constitucional*, de una lectura político-moral del principio. Según ATRIA, “el juez puede seguir llamándose juez, pero ahora es un aliado de una de las partes. Es un activista (liberal, conservador o socialista, etc.) disfrazado de juez”. FERNANDO ATRIA, *La Forma del Derecho*, cit., p. 277. Creo que la importancia de esa observación, con independencia de su tenor provocador, es poner de relieve precisamente el sentido polémico de los conceptos constitucionales y la imposibilidad de que se resuelva un conflicto cualquiera simplemente con arreglo a ellos, esto es, mediante una *aplicación imparcial* del concepto. El juez que *aplica* un concepto polémico debe, por lo tanto, tomar partido. La cuestión de la imposibilidad de aplicación *inmediata*, por decirlo así, de un principio constitucional puede verse incluso en ALEXY, en particular si se acude a su distinción entre el carácter *prima facie* de los principios y el carácter *definitivo* de las reglas (ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 98-99). Tanto es así que el resultado de la ponderación es siempre una regla, porque es la regla la que puede adjudicar el conflicto y no *directamente* el principio. Uno de los problemas de la maquinaria teórica alexyana, como se ha visto, es que parece ser capaz de “domesticar” la

indeterminación de *los derechos*: los principios constitucionales mantienen el disenso en torno a su contenido y significado y, por ende, juegan un papel en la permanencia del pluralismo político. Esto quiere decir que para cada concepto constitucional hay una disputa entre *concepciones* de estos conceptos⁵⁶⁰. Esa es una circunstancia insoslayable. Y ese es básicamente el sentido de la última frase del párrafo anterior: el juez que pretende resolver un conflicto con arreglo a un concepto (la dignidad de la persona, por ejemplo) debe adoptar y explicitar *una* de las posibles concepciones relativas al concepto. La concepción es la densificación del contenido del concepto, es la eliminación de su carácter constituyente (común), es, en consecuencia, el desplazamiento de la cuestión hacia el ámbito de la política ordinaria. Es inevitable, por lo tanto, que el juez que “aplica” un concepto ingrese en el escenario de los desacuerdos entre concepciones y, para que sea posible decidir el caso, elija una de ellas, solventando así el desacuerdo.

Ahora bien, en “La advertencia de Kelsen” vimos que SCHMITT, en su argumento en contra de la justicia constitucional, suscitaba esencialmente ese mismo problema⁵⁶¹; un problema que a KELSEN no le parecía relevante, de tal modo que su conocida respuesta ha sido sencilla: la indeterminación del lenguaje es algo que afecta a toda la jurisdicción, no sólo a la jurisdicción constitucional; a menos que uno quiera mantener la caricatura del juez como un autómeta, debe reconocer que cualquier juez en alguna medida efectúa una elección de significados y, así, crea derecho⁵⁶². La observación de KELSEN es correcta, pero al mismo tiempo irrelevante para el problema de los desacuerdos en torno a principios constitucionales. Lo relevante es su propia “advertencia”. La respuesta de KELSEN a SCHMITT no puede ser utilizada para defender la jurisdicción constitucional tal y como la conocemos hoy (como la representación argumentativa de ALEXY o como el foro de los principios de DWORKIN). El proyecto de KELSEN, según se ha argumentado

polemicidad de los principios constitucionales a través de un proceso argumentativamente estructurado, como si este fuera capaz de eliminar lo político del razonamiento por principios, garantizándose así su imparcialidad. Con independencia de ello, quiero simplemente poner de relieve que incluso una teoría principialista exitosa reconoce el sentido polémico de los derechos fundamentales (aunque no parezca admitir la imposibilidad de su aplicación imparcial).

⁵⁶⁰ La distinción entre conceptos y concepciones puede encontrarse en JOHN RAWLS, que la utiliza para distinguir el concepto de justicia de sus distintas concepciones. Vid. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., p. 05. En DWORKIN, la distinción es tratada con mayor profundización, ya que se conecta con la idea de un concepto interpretativo del Derecho y con las concepciones que pretenden dar cuenta de él. Vid. RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, cit., pp. 94-95. El propio ATRIA ya utilizaba la distinción, tal y como la encontramos en *La Forma del Derecho*, en FERNANDO ATRIA, “El derecho y la contingencia de lo político”, cit., pp. 331-332.

⁵⁶¹ CARL SCHMITT, “El defensor de la Constitución”, cit., p. 280.

⁵⁶² HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, cit., pp. 310-311.

aquí, era distinto, alejado del horizonte principialista⁵⁶³. Sólo al tener ese dato en cuenta se vuelve inteligible su reproche a la objeción schmittiana y a la vez su propia “advertencia”. De no ser así, la “advertencia” sería incoherente y la respuesta a SCHMITT una manifestación de ingenuidad.

En realidad, la relación entre el desacuerdo político-moral y la indeterminación del lenguaje se manifiesta en el ámbito de *los derechos* y ahí cobra toda su relevancia. Es cierto que el espacio de la legislación también involucra problemas de indeterminación. El conocido ejemplo de HART respecto de la prohibición de vehículos en el parque lo ilustra con claridad⁵⁶⁴. Sin embargo, el argumento de la “textura abierta”, que sirve para poner de relieve una *circunstancia* de la aplicación del Derecho y la perenne presencia de algún espacio de discrecionalidad para el juez, no es suficiente para explicar el problema de la aplicación *judicial* de principios constitucionales. Aquí la dificultad se acentúa de manera tan aguda que intentar explicarla por referencia a la indeterminación de la norma “*no vehicles in the park*” sería, como se ha dicho antes, una postura ingenua.

Según advierte con acierto SAMANTHA BESSON, la cuestión de la indeterminación es antes bien la de saber si hay una decisión anterior, pre-existente a la apreciación del caso y que además sea capaz de constreñir el ámbito decisorio del juez⁵⁶⁵. El desacuerdo

⁵⁶³ La respuesta de Kelsen a Schmitt pone el acento en la inexorabilidad de la indeterminación del lenguaje porque Kelsen no está pensando en jueces constitucionales aplicando una Constitución de principios. La jurisdicción constitucional kelseniana, como vimos, está al servicio de la política y, por ende, es la *defensora* de su adecuado y regular funcionamiento. Si el lenguaje de las normas constitucionales se formulara como había recomendado Kelsen – con bastante precisión y muy poca abstracción – de hecho su afirmación acerca de la mínima diferencia entre el grado de discrecionalidad de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción ordinaria tendría mucho más sentido. Nótese bien: la “advertencia de Kelsen”, y la temida transferencia de poder político hacia los jueces constitucionales, es precisamente el reconocimiento del carácter polémico de lo que hoy solemos llamar *principios constitucionales*; en consecuencia, el temor de Kelsen sólo se justifica porque en definitiva él pensaba que es imposible aplicar *imparcialmente* esos principios.

⁵⁶⁴ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, pp. 126-128.

⁵⁶⁵ SAMANTHA BESSON, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, cit., p. 61. BESSON añade que todo lo importante en la cuestión de la indeterminación es si hay un *standard* pre-existente a la aplicación y que sea independiente de lo que pueda pensarse acerca de cómo debería resolverse cada caso particular y si ese *standard* es el producto de un juicio anterior o no. Si esas condiciones se verifican (la pre-existencia de una norma que es producto de un juicio anterior a su aplicación concreta), eso significa que habría *algo* externo al juicio del caso, algo capaz de *gobernar* la decisión. Entiendo que es conveniente señalar que nada de ello implica una prescripción de que el lenguaje del Derecho sea formulado siempre con bastante detalle y precisión. De lo que se trata aquí es de poner de relieve el sentido del carácter contestable o controvertido de los conceptos constitucionales, pero eso no necesariamente indica una *debilidad* que necesite ser sanada a través de ajustes textuales. La indeterminación en el Derecho, incluso en el nivel no constitucional, puede llegar a ser algo deseable. WALDRON lo ilustra con arreglo a una regla que ordena que los conductores manejen con *velocidad razonable*. Se trata de un llamamiento al razonamiento práctico, que no tiene por qué ser arbitrario. Hay situaciones en las cuales tal vez sea más apropiado no definir un límite numérico de velocidad y dejar que los conductores actúen con prudencia porque quizás estén en mejor posición para decidir qué cuenta como *razonable*. Véase, JEREMY WALDRON, “Clarity, Thoughtfulness, and the Rule of Law”, in GEERT KEIL y RALF POSCHER, *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University

interpretativo con relación a las clases de casos que caen bajo la palabra “vehículo” es poco significativo políticamente. Aunque el juez pueda encontrarse ante una zona de penumbra, hay una decisión previa que selecciona las informaciones jurídicamente relevantes para la resolución del conflicto. Muy distinto es el desacuerdo respecto de cómo debería entenderse el derecho a la igualdad o la dignidad de la persona. Se trata aquí de un desacuerdo político-moral profundo, que anima el debate público sobre cómo el Derecho *debería ser*. De ahí que se trate de una especie normativo-conceptual de desacuerdo⁵⁶⁶. A diferencia de la indeterminación del lenguaje en el caso ordinario de los vehículos en el parque, aquí la indeterminación requiere una decisión que, en su naturaleza, defina cómo el Derecho *debe ser* y, con ello, adopte una concepción política del concepto constitucional. Es por ello que una respuesta en términos de “textura abierta” no es sólo claramente insuficiente para hacer frente al tipo de desacuerdo que involucra la dimensión de *los derechos*, sino que también obscurece las preguntas realmente importantes.

Nótese que el problema del desacuerdo se agudiza si tomamos en consideración el hecho de que ya no vivimos bajo lo que TOM CAMPBELL llama “paradigma de la tortura”⁵⁶⁷; es decir, la esfera de los derechos fundamentales no posee solamente componentes elementales, descritos en términos de auto-evidencia, inalienabilidad y universalidad. Si bien existe alguna incertidumbre respecto de qué cuenta como un acto de tortura, su prohibición impone un límite más o menos claro a la acción estatal y, por ende, el espacio del desacuerdo es mucho más restringido. En contraste, nuestras constituciones suelen contener un proyecto avanzado de tareas estatales, muchas de ellas consideradas *fundamentales* y que construyen una especie de programa de desarrollo de la comunidad política. Este sería, en el lenguaje de CAMPBELL, el “paradigma de la

Press, 2016 (pp. 317-332), pp. 326-327. En un sentido similar y poniendo el acento en la – deseable – relación entre indeterminación y desacuerdo, además de su fidelidad con relación al *rule of law*, véase CHRISTOPHER L. KUTZ, “Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law”, *Yale L.J.*, v. 103, 1993 (pp. 997-1030).

⁵⁶⁶ La investigación de SAMANTHA BESSON sobre los desacuerdos en el Derecho es extensa y analíticamente fina. Para los propósitos de este trabajo, creo que basta con hacer referencia al hecho de que los desacuerdos sobre conceptos “esencialmente contestables” (o conceptos polémicos), como es el caso de los principios constitucionales, son del tipo normativo-conceptual, en la medida en que hay una superposición entre esos dos aspectos. Hay desacuerdo sobre la determinación, por ejemplo, del significado de la igualdad y de la dignidad de la persona, lo que alude a una cuestión conceptual respecto de qué se entiende por “igualdad” o “dignidad”; pero hay asimismo el problema de definir cuál es el curso de acción correcto en el sentido de realizar la igualdad o la dignidad, lo que alude a una cuestión normativa (¿qué debemos hacer?). Vid. SAMANTHA BESSON, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, cit., p. 53 y p. 81.

⁵⁶⁷ TOM CAMPBELL, “Human Rights: A Culture of Controversy”, cit., p. 200.

salud”⁵⁶⁸. Ello acentúa el problema epistemológico de la definición del contenido de los derechos fundamentales, ya que la discusión desborda los límites de una prohibición como la de la tortura para ingresar en un campo en el cual el conjunto de atribuciones del Estado es mucho más complejo y, en consecuencia, articulable de formas bastante variadas.

En efecto, ¿qué es lo que va a entenderse, por ejemplo, como *derecho a la vida*?⁵⁶⁹ Hay quienes entienden el derecho a la vida en cuanto un derecho general a no ser muerto, lo que incluiría la prohibición de la pena de muerte y quizás la prohibición del servicio militar obligatorio. Hay quienes subrayan la necesidad de respetar la vida en todas sus etapas, desde la concepción hasta un eventual estado vegetativo. Otros, a su vez, prefieren reconocer cierto peso a la autonomía de la mujer en el momento de definir el alcance del derecho a la vida del feto. Asimismo, hay quienes abogan por otorgar alguna importancia a la conciencia del individuo en aras de resolver si se debe prohibir o no la eutanasia. Hay todavía más: hay quienes vinculan el derecho a la vida a la satisfacción de algún estándar básico con respecto a los derechos sociales, como es el caso de las prestaciones de salud o del derecho a la vivienda. Como se observa, el hecho de que estemos *a favor* del derecho a la vida, y que nos pongamos de acuerdo respecto de su carácter fundamental, no implica decir que no haya disenso acerca de *qué* debería significar, en concreto, proteger el derecho a la vida.

Si el desacuerdo en torno *a los derechos* es un hecho insoslayable, si la definición del contenido de un derecho fundamental entraña un nivel agudo de controversia, la pregunta sobre quién debe tomar ese tipo de decisión – sobre quién debe resolver nuestros desacuerdos morales y políticos – se vuelve esencial. Esa es una de las preguntas importantes que una respuesta en términos de “textura abierta” del lenguaje no nos permite enfrentar de modo transparente. Si *los derechos* construyen una “cultura de la controversia”, ¿quién debe zanjar la controversia? Si el derecho a la vida exige una densificación de su contenido, y si necesitamos saber qué cuenta, en nuestras comunidades, como una acción que garantiza o protege el derecho a la vida, ¿quién debe decidirlo? Ese conjunto de interrogantes constituye la base de las reflexiones de JEREMY WALDRON, sobre todo las que suscita en *Law and Disagreement*. Y su respuesta acerca

⁵⁶⁸ TOM CAMPBELL, “Human Rights: A Culture of Controversy”, cit., p. 201.

⁵⁶⁹ El ejemplo del derecho a la vida es utilizado por CAMPBELL para ilustrar la dificultad en la atribución de una *forma* a los derechos que torne posible su aplicación a las reales y concretas circunstancias de la vida. Vid. TOM CAMPBELL, “Human Rights: A Culture of Controversy”, cit., p. 198.

de quién debe resolver nuestros desacuerdos políticos y morales es tajante: nosotros mismos a través de nuestros representantes – los legisladores⁵⁷⁰.

La base del argumento de WALDRON radica en lo que él denomina “circunstancias de la política”⁵⁷¹. La primera circunstancia es el desacuerdo acerca del cual estamos hablando. Una sociedad pluralista admite distintas visiones sobre los derechos individuales, sobre la justicia social, sobre la mejor manera de diseñar y concretar políticas sociales⁵⁷². La segunda circunstancia es la inexorable necesidad de actuar en concierto, es la acción colectiva. Hay una serie de temas que necesitan una decisión común, una decisión que cuente como nuestra, que nos vincule en tanto miembros de una comunidad. Y esa decisión debe contar como nuestra y guiar nuestras expectativas aunque no estemos de acuerdo respecto de su corrección sustantiva⁵⁷³. La necesidad de coordinación y de cooperación requiere así la presencia de una decisión vinculante para la comunidad.

A juicio de WALDRON, esa decisión común debe representarse en la legislación, porque es la deliberación legislativa la que toma realmente en serio el hecho del desacuerdo. Los legisladores componen una arena que en su propia naturaleza entraña pluralidad y diversidad, de tal modo que el producto de las deliberaciones parlamentarias – la ley – resulta de un *procedimiento* que en sí mismo toma en consideración las distintas visiones político-morales sobre lo que debe vincular a los miembros de la comunidad⁵⁷⁴. Así que el argumento en favor de la legislación como medio adecuado y legítimo para la resolución de nuestros desacuerdos estriba en una cuestión procedimental, en el hecho de que el procedimiento mayoritario, en el interior del espacio parlamentario, es el procedimiento más justificable en el contexto de la pluralidad moderna. Todo ello lleva a

⁵⁷⁰ La defensa de la legislación recorre todo el texto de *Law and Disagreement* y encuentra justificación en un amplio abanico de argumentos. Para una defensa de la legislación (sobre la base de la filosofía de ARISTÓTELES, LOCKE y KANT) como una *digna* fuente del Derecho y como un adecuado modo de gobernanza, véase JEREMY WALDRON, *The Dignity of Legislation*, N. York, Cambridge University Press, 1999.

⁵⁷¹ JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 101.

⁵⁷² Los tipos de desacuerdo que le interesan a WALDRON son precisamente los que se refieren a políticas sociales, a la justicia social y a los derechos individuales. Vid. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 149.

⁵⁷³ WALDRON ofrece el ejemplo del testamento. En el momento de definir las reglas de sucesión testamentaria, uno puede defender una concepción que privilegia exclusivamente la voluntad del testador, argumentando que habría que reconocerle un amplio o incluso absoluto derecho de *testar*, permitiéndole, por ejemplo, excluir a los hijos de la sucesión; otro puede, a su vez, sostener que debería asignarse menos peso a la voluntad del testador y, una vez se trata de una cuestión *post-mortem*, habría que garantizar algún grado de bienestar a los que dependían del que ha muerto. Siguiendo a WALDRON, esa cuestión se convierte en una cuestión política porque, si bien existe desacuerdo sobre su mérito, hay acuerdo respecto de la necesidad de una decisión común. Vid. JEREMY WALDRON, *The Dignity of Legislation*, cit., p. 36.

⁵⁷⁴ JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 99.

WALDRON a sostener que el derecho de participación política “es el derecho de los derechos”⁵⁷⁵. Si, por ejemplo, no se garantiza el derecho al voto o si tal derecho sufre restricciones injustificables, ya no se podría efectuar una conexión tan clara entre legislación y respeto al desacuerdo.

Si la democracia funciona adecuadamente, la legislación será, entonces, el resultado de un proceso que toma en serio nuestros desacuerdos y, más allá de eso, será un producto capaz de adjudicar nuestros conflictos⁵⁷⁶. La legislación, en razón de esa capacidad adjudicatoria ausente en los conceptos polémicos, es por eso pasible de aplicación imparcial. Y la ley, nótese bien, no es exclusivamente el resultado de un juicio sobre cuestiones de *policy*⁵⁷⁷. El parlamento discute cuestiones de *principio* y, con ello, refleja nuestro disenso acerca de la justicia, del bien común y respecto de todos los principios contenidos en los catálogos de derechos. Nuestro disenso – señala WALDRON – alcanza centralmente la dimensión de *los derechos*, de tal modo que la labor del legislador consiste en definir una concepción vinculante de esos derechos. Y esa labor se desarrolla en un escenario en el cual hay desacuerdo respecto al peso asignable a cada principio en abstracto, al peso concreto o relativo que debe serles asignado en supuestos concretos y a las relaciones de precedencia entre esos principios⁵⁷⁸.

Si esto es así, la distinción dworkiniana entre *policies* y *principles* no sirve para diferenciar lo que es asunto de la política y lo que es asunto del “foro de los principios”. Tampoco puede afirmarse que la ponderación alexyana se restringe a los tribunales. El problema de la definición de pesos abstractos y concretos y de las relaciones de precedencia entre principios es también – y sobre todo – un problema que afecta a la política. *Ponderar* principios es una (tal vez la principal) de las tareas del legislador. Ante la consolidación del “constitucionalismo de los derechos” y su dominio en la auto-comprensión de los juristas (por lo menos en algunas comunidades políticas), es común pensar en la ponderación como una actividad típica de la jurisdicción, en particular de la jurisdicción constitucional, como si el tema de los principios fuera un tema intrínsecamente conectado con la actividad judicial. Lo que el argumento del desacuerdo

⁵⁷⁵ JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., pp. 232-233.

⁵⁷⁶ JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 309.

⁵⁷⁷ Me refiero aquí a la conocida distinción entre *principles* y *policies*. Véase RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 22-28. WALDRON afirma tajantemente lo siguiente: “Politics is about principle as well as policy”. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 243.

⁵⁷⁸ JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 112. En palabras del propio WALDRON: “On any plausible account, human life engages multiple values and its natural that people will disagree about how to balance or prioritize them”.

pone de manifiesto puede resultar ahora casi una obviedad: si argumentar sobre la base de principios implica decidir qué peso asignarles y, en consecuencia, qué concepción de ellos debe ser formulada en cuanto *regla*, eso es precisamente lo que hacen – y por supuesto lo que deben hacer – los legisladores.

De ahí nace la objeción de WALDRON a la *judicial review*, porque él, al menos en *Law and Disagreement*, no encuentra nada que justifique ese desplazamiento de poder político hacia los tribunales. Es más: WALDRON piensa que es un verdadero insulto⁵⁷⁹ que nuestros desacuerdos sean zanjados por jueces que utilizan básicamente los mismos argumentos que utilizamos en el debate público y que, al fin y al cabo y precisamente porque están en desacuerdo, tienen que resolver la cuestión por mayoría, simplemente contando cabezas⁵⁸⁰. En mi opinión, WALDRON tiene razón. Pero no creo que eso conlleve necesariamente al rechazo de la *judicial review*. Luego veremos – cuando me ocupe del “argumento de la contingencia y contextualidad del control judicial de la ley” – que él tampoco lo ve así. Lo que me interesa subrayar aquí, para concluir este apartado, es lo siguiente: el hecho del desacuerdo es en definitiva una circunstancia de la política y, más allá de eso, una circunstancia sobremanera relevante para el Derecho. Y su relevancia no estriba solamente en su inexorabilidad para el entendimiento del carácter polémico de los derechos fundamentales. El argumento del desacuerdo pone de relieve la centralidad de la pregunta institucional para el Derecho, que es básicamente la siguiente: dado que estamos en desacuerdo, *¿cómo* debemos decidir?

1.2. ¿Y si hubiera algo de objetivo en la moralidad de los derechos?

Empezamos el análisis del “argumento del desacuerdo” poniendo en tela de juicio la idea – propia del “constitucionalismo de los derechos” – según la cual la función del jurista práctico, incluido el juez, debería ser la de comprometerse con la realización del proyecto constitucional. Al poner término al apartado anterior, sin embargo, hemos

⁵⁷⁹ “When citizens or their representatives disagree about what rights we have or what those rights entail, it seems something of an insult to say that this is not something they are to be permitted to sort out by majoritarian processes, but that the issue is to be assigned instead for final determination to a small group of judges. It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges make their decisions, too, in the courtroom by majority-voting”. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., p. 15.

⁵⁸⁰ Sobre la justificación del mecanismo mayoritario en los tribunales (o sobre la ausencia de tal justificación), véase JEREMY WALDRON, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts”, en JEREMY WALDRON, *Political Political Theory: essays on institutions*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Harvard University Press, 2016 (pp. 246-273).

observado que la persistencia del desacuerdo político-moral conlleva la pregunta institucional, que requiere una respuesta acerca de *cómo* debemos resolver nuestros desacuerdos; o, mejor dicho, acerca de qué clase de decisión debe contar como nuestra aunque persista nuestro disenso sustantivo. El carácter ineludible de la pregunta institucional terminaría, entonces, por debilitar lo más atractivo del “constitucionalismo de los derechos”: su llamamiento a la realización del proyecto constitucional. Pues si al llevar a cabo esa tarea nos encontramos ante el hecho del desacuerdo y si, por mucho que tomemos en serio *los derechos*, no hay forma de evitar la cuestión autoritativa e institucional (¿quién y cómo va a decidir?), entonces la idea de “hacer avanzar la práctica”⁵⁸¹ por medio de *los derechos* es una empresa que tal vez carezca de sentido⁵⁸².

Esa constituye, a mi entender, una seria dificultad para una concepción del constitucionalismo *al servicio* de los derechos. Sin embargo, la dificultad podría disolverse – al menos en apariencia – si se reconociera la existencia de algo *objetivo* en la dimensión de los derechos, algo que hiciera posible el alcance de respuestas correctas para nuestras divergencias político-morales. Siguiendo a BRIAN LEITER, si aplicar derechos fundamentales significa aplicar los conceptos morales *incorporados* en un *Bill of Rights*, entonces la pregunta por la objetividad de una decisión jurídica que *aplica* un derecho fundamental es necesariamente la pregunta por la objetividad de la moral que ese derecho incorpora⁵⁸³.

El problema filosófico de la objetividad de la moral, empero, es demasiado peliagudo para tratarlo aquí con adecuado detenimiento. MICHAEL SMITH dibuja un mapa

⁵⁸¹ Esta es una idea que encuentro en particular en MANUEL ATIENZA. Véase, en el ámbito de su debate con PIERLUIGI CHIASSONI, su argumento acerca de la necesidad de desarrollar ese sistema justo (El Estado Constitucional). MANUEL ATIENZA, “Réplica a Pierluigi”, *Analisi e Diritto*, 2010 (pp. 309-311), p. 309.

⁵⁸² No quiero decir, por supuesto, que no merezca la pena tomar en serio la dimensión de los derechos. La cuestión, claro, radica en saber en qué consiste realmente tomar en serio los derechos y, con ello, hacer avanzar la práctica. Lo que el argumento del desacuerdo pone de relieve es el hecho de que discrepamos sobre *qué significa* hacer avanzar la práctica por medio de los derechos, dado que discrepamos acerca de qué derechos – en concreto – debemos reconocernos. Y eso implicaría, por lo tanto, la pregunta institucional. En ese sentido, si “hacer avanzar la práctica” o “dar máxima efectividad a la Constitución” significa algo muy modesto, es decir, significa ingresar en una práctica deliberativa *con la consciencia* del hecho del desacuerdo y de la necesidad de someter ese desacuerdo a un procedimiento que puede resultar en una decisión contraria a *mi* modo de entender de qué forma, sustantivamente, deberíamos concretar la Constitución, entonces no habría mucho que discutir en ese apartado. Pero me temo, y por ello dedico algunas páginas al asunto, que se suele conferir a la dimensión de los derechos algo más, algo que va más allá de esa vinculación entre pluralidad, desacuerdo, deliberación y procedimiento.

⁵⁸³ Véase BRIAN LEITER, “Objectivity, Morality and Adjudication”, en BRIAN LEITER (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, N. York, Cambridge University Press, 2001 (pp. 66-98), p. 66.

bastante útil respecto de las distintas corrientes meta-éticas que intentan dar una respuesta a lo que él llama “el problema moral”⁵⁸⁴:

“se nos dice que involucrarnos en la práctica moral presupone que existen hechos morales, y esta presuposición es un error; (...) se nos dice que el discurso moral tiene lugar dentro de una práctica perfectamente genuina; (...) se nos dice que existen los hechos morales, y que esos hechos son ordinarios, no diferentes de aquellos que son el objeto de la ciencia; (...) y se nos dice que los hechos morales existen, y que esos hechos son *sui generis*; (...) se nos dice que los hechos morales existen y que son parte de la red explicativa causal; (...) y se nos dice no sólo que los hechos morales no juegan rol alguno en la red explicativa causal, sino también que no hay hechos morales en absoluto; (...) se nos dice que la moral es objetiva, que hay una sola moral ‘verdadera’; (...) y se nos dice que la moral no es objetiva, que no hay una única moral verdadera”⁵⁸⁵.

El mapa es tan abundante y contiene posiciones tan distintas que, según SMITH, cabría preguntarse si todos están hablando de lo mismo⁵⁸⁶. Pero el punto relevante para este trabajo, y en particular para el “argumento del desacuerdo”, es saber si la adopción de una posición *meta-ética*, como las que se observan en el mapa de SMITH, es cardinal – y exactamente en qué sentido lo sería – para solventar el problema del desacuerdo *ético-normativo*, del desacuerdo en torno a posiciones sustantivas y que aluden a los conflictos políticos de la vida en comunidad⁵⁸⁷. Esa es, en efecto, la cuestión que debe interesarnos aquí.

Una manera de afrontarla consiste en acercarse al realismo moral – por lo menos tal y como lo plantea MICHAEL MOORE – y a su pretensión de ser relevante para la comprensión adecuada de la interpretación constitucional⁵⁸⁸. La posición de MOORE no

⁵⁸⁴ En realidad, “el problema moral”, tal y como lo plantea SMITH, explica el desacuerdo masivo en torno a posiciones metaéticas y, en este sentido, “organiza toda la metaética contemporánea”. Véase MICHAEL SMITH, *El problema moral*, trad. R. Sánchez Brígido y A. Embrioni, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 46.

⁵⁸⁵ MICHAEL SMITH, *El problema moral*, cit., pp. 39-40.

⁵⁸⁶ MICHAEL SMITH, *El problema moral*, cit., p. 40: “La escena es tan diversa que debemos maravillarnos frente al supuesto de que estos teóricos estén todos hablando de lo mismo”.

⁵⁸⁷ La distinción entre ética-normativa y metaética puede verse, por ejemplo, en MICHAEL SMITH, *El problema moral*, cit., p. 38. Una crítica a la distinción ofrecida por SMITH y sobre todo a su metaética (que entrañaría una indagación genuinamente cognoscitiva respecto, entre otras cosas, del criterio de corrección de la argumentación moral), puede verse en PIERLUIGI CHIASSONI, “Tre esercizi per una critica dell’oggettivismo morale”, *Analisi e Diritto*, 2009 (pp. 61-88), pp. 76-79. Sobre las relaciones entre ética y metaética (analítica), véase también UBERTO SCARPELLI, “La metaética analítica y su relevancia ética”, trad. A. Rentería Díaz, en UBERTO SCARPELLI, *Ética jurídica sin verdad*, México D.F, Fontamara, 2007 (pp. 17-56).

⁵⁸⁸ El realismo moral de MICHAEL MOORE, quizás la posición realista más discutida en el ámbito de la filosofía del derecho anglosajona, conserva la pretensión de ser relevante no sólo para la interpretación constitucional, sino también para las cuestiones de diseño institucional. Véase MICHAEL S. MOORE, “Moral Reality Revisited”, *Michigan Law Review*, v. 90, n. 8, agosto de 1992 (pp. 2424-2533), pp. 2468-2490.

pretende negar el hecho del desacuerdo y ni siquiera suministrar criterios que permitieran solventarlo⁵⁸⁹. Uno de los rasgos más esenciales de esa postura meta-ética estriba en la idea de *mind-independence*, es decir, en la afirmación de la existencia de una realidad moral que es independiente de nuestras creencias. Eso quiere decir que las entidades morales existen con independencia de lo que nuestra comprensión o incluso nuestras convenciones nos digan sobre qué es lo correcto moralmente⁵⁹⁰. El subjetivismo o el convencionalismo en materia moral serían, en consecuencia, posiciones antirrealistas⁵⁹¹. El realismo moral, así entendido, sostiene la existencia objetiva de hechos morales, de tal forma que el discurso ético-normativo, que alude a lo que es o no debido en términos morales, constituye una red de proposiciones dirigidas a esa realidad objetiva y, por lo tanto, pasibles de juicios de verdad.

Según MOORE, el realismo moral es necesario para dar cuenta de prácticas institucionales como la *judicial review*. Un no-cognitivista tendría más dificultades, aduce el autor, para justificar el rol de los jueces en la interpretación constitucional⁵⁹². El argumento consiste en subrayar la *no-arbitrariedad* de los juicios sobre lo que aquí he denominado “conceptos esencialmente contestables”. El realismo moral no tendría inconveniente en aceptar que los derechos fundamentales elaborados en forma de principios entrañan desacuerdos político-morales precisamente porque incorporan conceptos disputables en la esfera ético-normativa. Lo que es definitorio en la postura

⁵⁸⁹ MICHAEL S. MOORE, “Moral Reality Revisited”, cit., pp. 2431-2432. MOORE advierte que la metaética debe dejar abiertas las cuestiones en el ámbito de la ética sustantiva, pero añade que eso no implica que la metaética no juegue ningún papel en dichas cuestiones.

⁵⁹⁰ MICHAEL S. MOORE, “Moral Reality Revisited”, cit., p. 2444. El autor lo explica en detalle: “The independence criterion only requires that moral qualities exist independently of the observers’ minds or conventions. The existence of moral rights may depend on there being persons to possess them, and, for certain of those rights (for example, of property and contract), on there being certain conventions in place among those possessing such rights. This is not inconsistent with moral realism because such moral rights exist independently of my (or any other observer’s) thoughts about them and independently of there being a convention in my (or any other observer’s) society”. En otro texto, MOORE ilustra la idea con un ejemplo, a mi juicio, esclarecedor: la segregación racial en las escuelas norteamericanas es un error, es incorrecta y eso es un hecho moral; la circunstancia de que gran parte de los ciudadanos estadounidenses hoy creen que se trata efectivamente de un error es un hecho social. Vid. MICHAEL S. MOORE, “Law as a Functional Kind”, en ROBERT P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory: contemporary essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (pp. 188-244), p. 192. Todo ello se conecta con lo que LEITER y COLEMAN han denominado “la cuestión de la objetividad metafísica”: si la corrección de las respuestas a los problemas políticos, morales e incluso jurídicos es de hecho independiente de las creencias sobre cuáles son las respuestas correctas. Véase BRIAN LEITER y JULES COLEMAN, “Determinacy, Objectivity and Authority”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 142, 1993 (pp. 549-637), p. 559 y p. 597.

⁵⁹¹ Sobre el antirrealismo metafísico, véase BRIAN LEITER y JULES COLEMAN, “Determinacy, Objectivity and Authority”, cit., pp. 602-603.

⁵⁹² “My thesis has long been that the justification of the power of judicial review is more difficult for a moral antirealist than it is for a moral realist”. MICHAEL S. MOORE, “Moral Reality Revisited”, cit., p. 2469. Respecto de la distinción entre cognitivismo y no cognitivismo ético, véase JULES COLEMAN, “Truth and Objectivity in Law”, *Legal Theory*, v. 01, issue 01, marzo/1995 (pp. 33-68), p. 34.

realista es su comprensión de que, por muy complicado que sea encontrarlas y demostrarlas, *hay* respuestas objetivamente correctas para los “*hard cases*” que suelen llegar a los tribunales⁵⁹³. Al contrario, por ejemplo, de los no-cognitivistas, el realista moral asume que sus juicios morales son juicios sobre algo que efectivamente existe y, por ello, pueden ser verdaderos o falsos. Ello evitaría, añade MOORE, la conclusión de que el razonamiento moral llevado a cabo por un juez sería necesariamente arbitrario⁵⁹⁴. El juez constitucional que interpreta los conceptos morales incorporados en la Constitución puede, por ende, llegar a encontrar la respuesta correcta, y actúa sobre la base de esa premisa, si bien es consciente de que su intento es falible y susceptible de error⁵⁹⁵.

La relación entre la objetividad de la moral y la interpretación constitucional puede evaluarse, sin embargo, desde una perspectiva distinta. MANUEL ATIENZA rechaza el realismo moral, pero esgrime argumentos en favor de la objetividad de la moral y de su relevancia para la comprensión de sistemas jurídicos cuyas constituciones hayan incorporado principios morales en tanto que derechos fundamentales⁵⁹⁶. ATIENZA presenta su objetivismo moral como “mínimo”⁵⁹⁷, hasta al punto de que PIERLUIGI

⁵⁹³ MICHAEL S. MOORE, “Moral Reality Revisited”, cit., p. 2464: “My moral realist regards all experienced moral dilemmas as only apparent moral dilemmas; there is always an answer to such dilemmas, hard as it may be to find”.

⁵⁹⁴ “(...) moral realism shows that the exercise of judicial power is not necessarily arbitrary just because moral reasoning is inherent in such decisionmaking”. MICHAEL S. MOORE, “Moral Reality Revisited”, cit., p. 2472. En otro pasaje, MOORE señala que la interpretación constitucional, entendida en términos realistas, no es el producto de la *voluntad* del juez y ni siquiera es el reflejo de alguna suerte de consenso social. Cuando los jueces deciden qué es lo que requiere la norma de la igualdad están formulando un juicio sobre un hecho moral, un juicio que es pasible de ser verdadero o falso (cit., p. 2470).

⁵⁹⁵ MICHAEL S. MOORE, “Moral Reality Revisited”, cit., pp. 2460-2461. La modestia epistémica es, según MOORE, una de las ventajas de asumir una postura realista, dado que el realista moral es consciente de la falibilidad de sus juicios morales.

⁵⁹⁶ Si bien la idea se encuentra presente en muchos de los trabajos de ATIENZA, la forma más articulada y profundizada del argumento puede verse en MANUEL ATIENZA, “Objetivismo moral y derecho”, tomado del blog del autor (*La Mirada de Peitho*), disponible en la página web <https://dfddip.ua.es/es/documentos/objetivismo-moral-y-derecho.pdf?noCache=1458554296851>, pp. 01-41, último acceso en 17.04.2017.

⁵⁹⁷ “(...) las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético (y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral mínimo que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles”. MANUEL ATIENZA, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, cit., p. 302. Nótese que ese “objetivismo moral mínimo” tiene características ampliamente distintas de la “objetividad mínima” presentada por LEITER y COLEMAN. Bajo esa perspectiva, la “objetividad mínima” – que se distingue de la “objetividad fuerte” y de la “objetividad modesta” – asume simplemente que lo correcto corresponde a lo que la mayoría de los ciudadanos de la comunidad entiende que es lo correcto. Véase BRIAN LEITER y JULES COLEMAN, “Determinacy, Objectivity and Authority”, cit., p. 608.

CHIASSONI llega incluso a negarle la etiqueta de “objetivista”⁵⁹⁸. Al contrario que MOORE, ATIENZA no cree en la existencia de hechos morales y tampoco en la idea de que la moralidad constituye una realidad *independiente* de nuestras creencias o convenciones. Todo lo que su objetivismo moral requiere es el reconocimiento de que los juicios morales – incluidos los juicios referentes a derechos fundamentales – pueden ser juicios *racionales*, formulados mediante el uso de reglas del discurso aceptadas por el conjunto de participantes de una práctica jurídica determinada. En resumen: no es que ATIENZA asuma la existencia objetiva de hechos morales; su concepción implica la atribución de carácter objetivo a los juicios morales en virtud del hecho de que podrían ser aceptados por personas razonables tras un proceso de argumentación racional⁵⁹⁹.

La postura de ATIENZA se acerca bastante a la noción de pretensión de corrección de ALEXY y, a la vez, al modo en el que DWORKIN parece concebir el problema de la objetividad de la moral: desde una perspectiva *interna*, sin la necesidad de acudir a un universo meta-ético que se pretenda neutral respecto de posiciones éticas sustantivas⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Eso sucede al final de la discusión epistolar llevada a cabo entre esos dos autores: “Ahora bien, si las cosas están así, entonces no hay ningún problema. El objetivismo *a parte subiecti* no es una metaética objetivista, sino una ética normativa que impone aproximarse a la moral desde la perspectiva de las reglas del discurso práctico racional, tomando una postura lo más cercana posible a la objetividad (imparcialidad, universalidad). Aún más, no se trata de un genuino objetivismo moral sino de un objetivismo débil, compatible con una postura metaética (ontológica) subjetivista o con el escepticismo moral”. PIERLUIGI CHIASSONI, “Contrarréplica (solo contingentemente final, supongo), a Manolo”, *Analisi e Diritto*, 2010 (pp. 313-317), p. 317. Para una crítica, a mi entender acertada, al armisticio entre CHIASSONI y ATIENZA, sobre todo en lo que atañe a la aceptación de CHIASSONI en relación con los criterios suministrados por la racionalidad del discurso práctico, véase ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO, “Algunos comentarios sobre un debate entre constitucionalistas y realistas”, *Analisi e Diritto*, 2010 (pp. 319-331), pp. 323-325.

⁵⁹⁹ MANUEL ATIENZA, “Objetivismo moral y derecho”, cit., p. 32: “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”.

⁶⁰⁰ DWORKIN rechaza lo que él denomina posición arquimédica (o escepticismo externo). Una posición arquimédica es precisamente una posición metaética que se basa en teorías neutrales (no evaluativas) sobre qué tipo de propiedades existen en el universo. Según DWORKIN, cualquier argumento que afirme que las proposiciones evaluativas no son ni verdaderas ni falsas debe ser interno al dominio específico en el cual se plantea. Así, el que afirma que no hay respuesta correcta para el tema del aborto suscita un argumento moral de la misma manera que lo suscita el que afirma que prohibir el aborto es moralmente incorrecto. El arquimédico estaría de acuerdo, por ejemplo, respecto de la injusticia de la esclavitud. Lo que él no asumiría es la objetividad de esa injusticia o, en las palabras de DWORKIN, la idea de que la esclavitud sería “*really*” injusta. Véase RONALD DWORKIN, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, primavera de 1996 (pp. 87-139), p. 89 y p. 92. Para una crítica a la objetividad moral en DWORKIN, véase BRIAN LEITER, “Objectivity, Morality and Adjudication”, cit., pp. 85-86. Para una propuesta acerca del tipo de objetividad con la cual estaría comprometido DWORKIN, véase BRIAN LEITER y JULES COLEMAN, “Determinacy, Objectivity and Authority”, cit., pp. 633-634. En la concepción de esos autores, DWORKIN asumiría una “objetividad modesta”, según la cual lo correcto es lo que podría serlo en condiciones epistémicas ideales, bajo las cuales se hallaría Hércules. Véanse también los recientes trabajos de FRANCISCO J. LAPORTA, “El ensayo ‘Objectivity and Truth: You’d Better Believe It’ de 1996 y la teoría ética de Dworkin” (pp. 21-38) y de ALFONSO RUIZ MIGUEL (en el que se centra fundamentalmente en *Justice for Hedgehogs*), “Dworkin y el limbo de la Metaética” (pp. 39-71), ambos en JOSÉ M. SAUCA (ed.),

Según DWORKIN, un ciudadano, al afirmar que el aborto es *objetivamente injusto* u *objetivamente incorrecto*, lo que pretende es señalar que eso es así con independencia de sus reacciones o preferencias y de las reacciones o preferencias de los demás ciudadanos⁶⁰¹. El aborto sería un error moral aunque nadie pensara lo mismo. Eso significa atribuir, tal y como lo plantea ATIENZA, un carácter objetivo a un juicio moral determinado. Ese modo de razonar no implica exactamente una postura meta-ética, sino más bien la asunción de que cuando decimos que algo es moralmente incorrecto pretendemos que ese juicio sea *objetivamente* correcto y no simplemente una cuestión que descansa sobre nuestras emociones o gustos personales⁶⁰².

Ahora bien, con respecto al hecho del desacuerdo y a la mencionada inexorabilidad de la pregunta institucional, ¿qué diferencia práctica hay entre el realismo moral y el objetivismo moral “mínimo”? Si observamos con detenimiento ambas posturas, y si nuestra mirada se centra en el problema de la interpretación de *los derechos*, notaremos que ambas conservan la misma preocupación: negar que un razonamiento sobre la base de principios constitucionales (entendidos en tanto que conceptos “polémicos”) sea necesariamente arbitrario. Eso se observa en MOORE, en DWORKIN y en ATIENZA⁶⁰³. MARISA IGLESIAS, por ejemplo, tras analizar de modo proficuo la noción de

El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho: tomando en serio el imperio del erizo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

⁶⁰¹ RONALD DWORKIN, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, cit., p. 98.

⁶⁰² “People who say that it is unjust to deny adequate medical care to the poor do not think that they are just expressing an attitude or accepting a rule or standard as a kind of personal commitment. They think they are calling attention to something that is already true independently of anyone’s attitude, including theirs, or of whether anyone, including them, has ever accepted any particular rule”. RONALD DWORKIN, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, cit., p. 109.

⁶⁰³ Obviamente no pretendo ignorar la relevancia de las singularidades de cada una de esas concepciones acerca de la objetividad de la moral. DWORKIN, por ejemplo, subraya que el realismo moral es una posición metaética deficiente precisamente porque acepta el desafío arquimédico (la idea de que uno puede salirse del ámbito moral para evaluarlo desde un punto de vista externo, neutral, arquimédico). Véase RONALD DWORKIN, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, cit., p. 127. Esas diferencias son importantes, entre otras cosas, porque ponen de manifiesto formas distintas de entender la propia metaética. Pero eso, a mi juicio, no menoscaba mi argumento respecto a la similitud de propósitos de esas posiciones (en el dominio específico de la interpretación constitucional). En resumidas cuentas, quizás no existan hechos morales tal y como lo sostiene MICHAEL MOORE, pero tanto él como ATIENZA o DWORKIN sostienen la necesidad de asumir la objetividad de la moral por razones bastante semejantes. Las estrategias son distintas. La finalidad, sin embargo, es esencialmente la misma. En MOORE, esta finalidad está clara y él la expresa como una de las ventajas prácticas de adoptar el realismo moral: “Since on his view of morality there is nothing to be said for one solution over another, the antirealist ought to be morally indifferent to what he chooses, and thus his decision-procedure can be as arbitrary as he pleases. The moral realist (...) can never justify such indifference, since moral reality never ‘runs out’ or otherwise fails to dictate a theoretical solution to the hardest moral dilemmas”. MICHAEL S. MOORE, “Moral Reality Revisited”, cit., p. 2453. ATIENZA, a su vez, lo deja aún más claro cuando afirma que sin la objetividad – mínima – de la moral no es ni siquiera posible mantener la posibilidad de justificación (obviamente moral) de las decisiones judiciales. Véase MANUEL ATIENZA, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, cit., p. 302.

“conceptos esencialmente controvertidos”, aduce lo siguiente: “asumir el carácter evaluativo de los términos constitucionales abstractos no nos obliga a concluir la imposibilidad de un uso racional del lenguaje constitucional”⁶⁰⁴. Todos estos autores – realistas morales o no – creen que la objetividad de la moral es relevante para la interpretación constitucional exactamente por la misma razón. Lo que ellos quieren evitar es la idea de que el razonamiento a nivel constitucional, por el hecho de entrañar el razonamiento moral, conlleve la arbitrariedad. Se trata del combate a lo que OWEN FISS ha denominado “nihilismo constitucional”⁶⁰⁵. Es más: lo que ellos intentan poner de relieve es la existencia de juicios morales correctos o incorrectos, falsos o verdaderos, mejores o peores. Razonar sobre la base de “conceptos esencialmente controvertidos” podría constituir, bajo esa forma de ver las cosas, una empresa perfectamente racional.

Este sería el eje del argumento en favor de la objetividad de la moral en su relación con la aplicación de un *Bill of Rights*. En mi opinión, sin embargo, el “argumento del desacuerdo”, al menos como se ha formulado en la sub-sección anterior, no exige ninguna suerte de “nihilismo constitucional”, no requiere así la premisa de que los juicios sobre derechos fundamentales son en realidad irracionales. Creo que podríamos asumir perfectamente tanto la posición objetivista de MOORE como la posición objetivista de ATIENZA sin que el “argumento del desacuerdo” y la ineludibilidad de la pregunta institucional hubieran de sufrir matización alguna. Esa ha sido básicamente la respuesta de JEREMY WALDRON a MOORE⁶⁰⁶ y pienso que ella podría extenderse sin más al objetivismo moral mínimo de ATIENZA⁶⁰⁷. Se trata de lo que el propio WALDRON ha descrito como “la irrelevancia de la objetividad moral”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴MARISA IGLESIAS VILA, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, cit., p. 82.

⁶⁰⁵ OWEN FISS, “Objectivity and Interpretation”, *Stanford Law Review*, v. 34, 1981-1982 (pp. 739-763), p. 762.

⁶⁰⁶ WALDRON se refiere especialmente al argumento de MOORE según el cual el juez que acepta el realismo moral por lo menos *podría* estar en lo correcto tras intentar encontrar la naturaleza de la igualdad o de la libertad; es decir, el juicio moral formulado por el juez *podría* ser verdadero. Vid. MICHAEL S. MOORE, “Law as a Functional Kind”, cit., p. 230.

⁶⁰⁷ Tanto es así que encontraremos en MOORE referencias al modo en el que los jueces estarían entrenados para razonar por principios y, además, algunas referencias incluso a la argumentación que un juez realista (moral) llevaría a cabo en aras de definir la respuesta correcta. El proceso de “descubrimiento” de esa respuesta es también en MOORE (al igual que en DWORKIN y ATIENZA) argumentativo, dependiente, por lo tanto, del esfuerzo del juez para diseñar la mejor teoría sobre la naturaleza de los principios constitucionales que entrañan conceptos morales. Véase MICHAEL S. MOORE, “Law as a Functional Kind”, cit., pp. 229-230.

⁶⁰⁸ Véase JEREMY WALDRON, “The Irrelevance of Moral Objectivity”, en ROBERT P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory: contemporary essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (pp. 158-187).

Esa irrelevancia se justifica en virtud de la ineludible persistencia del desacuerdo ético-normativo, del disenso en torno a los derechos y a la justicia, aunque nos esforzáramos por aceptar la existencia objetiva de hechos morales⁶⁰⁹. Vistas así las cosas, el realismo moral puede decir algo sobre la forma adecuada de caracterizar nuestros desacuerdos morales, pero en efecto no suministra ningún criterio que nos permitiera zanjar – institucionalmente – esos mismos desacuerdos⁶¹⁰. De ahí que la adhesión al realismo moral no es capaz de aliviar el peso de la pregunta institucional.

Además de ello, tampoco me parece convincente el intento de vincular el realismo moral a la justificación de la interpretación judicial de principios morales constitucionalizados. Siguiendo a WALDRON, pienso que es acertado afirmar que, caso de ser verdadero el realismo moral, la existencia objetiva de respuestas correctas sería un hecho tanto para el juez como para el legislador⁶¹¹. No hay un método conocido – e infalible – que sea capaz de llevarnos a las respuestas correctas para cada caso enjuiciado. El propio MOORE subraya que el realismo moral es una teoría meta-ética y no una epistemología del razonamiento moral⁶¹², de tal modo que simplemente nos deja ante la suposición de que hay una realidad moral objetiva, sin decirnos nada acerca de cómo acceder a ella. Si esto es así, el mero hecho de que un juez actúe bajo la presuposición de que su tarea es encontrar algo que existe no elude la conclusión de que distintos jueces llegarán a distintas respuestas que considerarán correctas, de que algunas de ellas serán verdaderas y otras falsas o, cuando menos, mejores o peores⁶¹³. El problema no está exactamente en esa presuposición. El problema es que en definitiva no poseemos medios

⁶⁰⁹ “Even if moral realism were true, it is plausible to suppose that there would still be disagreement in society about justice and rights”. JEREMY WALDRON, “Moral Truth and Judicial Review”, *The American Journal of Jurisprudence*, v. 43, issue 1, 1998 (pp. 75-98), p. 79. Un argumento similar puede encontrarse en PAOLO COMANDUCCI, “Formas de (Neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. Miguel Carbonell, *Isonomía*, n. 16, abril de 2002 (pp. 89-112), p. 107.

⁶¹⁰ Véase JEREMY WALDRON, “Moral Truth and Judicial Review”, cit., p. 82.

⁶¹¹ Véase JEREMY WALDRON, “Moral Truth and Judicial Review”, cit., p. 82: “(...) the objective existence of right answers is also a fact for the legislators, as well as the judges”.

⁶¹² MICHAEL S. MOORE, “Moral Reality Revisited”, cit., pp. 2470-2472. En palabras de MOORE: “Moral realism is a metaphysical position, not an epistemological one. As such, it promises no new sources of evidence, no new methods of discovery, no new faculties, no new methods of argument or proof with which to convince those who disagree with us” (cit., p. 2472). A pesar de eso, MOORE subraya que el realismo, precisamente en cuanto posición metafísica, es la mejor explicación para el hecho del desacuerdo, para el hecho de que estamos, ante la indeterminación de nuestras convenciones, a la búsqueda de respuestas.

⁶¹³ Véase JEREMY WALDRON, “The Irrelevance of Moral Objectivity”, cit., pp. 183-184 y JEREMY WALDRON, “Moral Truth and Judicial Review”, cit., p. 83. WALDRON señala, a mi juicio correctamente, que los hechos morales (si se asume la posición realista) no constriñen, en el sentido relevante para la política, al que razona moralmente. El hecho de que el juez asuma la existencia de hechos morales es un asunto que se conecta con la naturaleza de la moral (es una cuestión ontológica), pero no elimina la circunstancia ineludible del desacuerdo entre los propios jueces, que es en efecto lo que interesa en términos político-institucionales.

para saber la diferencia, esto es, no disponemos de mecanismos para reconocer cuál es la respuesta objetivamente correcta.

Por esa razón, prescribir a los jueces que persigan la respuesta correcta no puede significar nada que vaya más allá de la necesidad de tomarse en serio el razonamiento moral⁶¹⁴. Según ha señalado MORESO, “sea cual fuere la posición del juez acerca de la naturaleza de la moralidad, si es que tiene alguna posición (...), lo que él hará es tratar de argumentar a favor de una interpretación del contenido de la moralidad (...)”⁶¹⁵. En ese sentido, la cuestión definitoria para el Derecho no es la que alude a la meta-ética, sino la que toma en serio la pregunta respecto de qué interpretación sobre el contenido de la moralidad debe considerarse *auténtica*. En palabras sencillas, lo que le interesa al Derecho es saber qué clase de concepción de la moralidad – como la que se desarrolla en un tribunal o en una asamblea de parlamentarios – valdrá como la concepción de toda la comunidad.

Nótese que tampoco puede escapar a esa conclusión el que acepta el objetivismo moral mínimo de ATIENZA. A mi juicio, el “argumento del desacuerdo” puede asimilar una versión débil de la pretensión de corrección⁶¹⁶ y por supuesto la presuposición de que nuestros juicios morales pueden ser racionales. Si eso es lo que requiere ese objetivismo mínimo, no encuentro razones para rechazarlo. Con todo – y me permito repetir la misma observación anterior – eso es algo que no tiene por qué restringirse al ámbito de la aplicación judicial del Derecho. GERALD POSTEMA, por ejemplo, sostiene lo que él llama “objetividad como publicidad”⁶¹⁷, que es, en resumen, una concepción metodológica de la objetividad. Se trata de una idea que incorpora la noción de pretensión de corrección,

⁶¹⁴ Véase JEREMY WALDRON, “Moral Truth and Judicial Review”, cit., p. 81.

⁶¹⁵ JOSÉ JUAN MORESO, “Acerca del neoconstitucionalismo”, en JOSÉ JUAN MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009 (pp. 223-233), p. 231. Nótese que MORESO no es un escéptico en términos morales. Al contrario, sitúa la relevancia de la objetividad moral, por ejemplo, en el momento de elegir el catálogo de derechos (cit., p. 234) y esgrime argumentos para demostrar que una postura objetivista no es incompatible con el hecho del desacuerdo o con el pluralismo de los planes de vida. Vid. JOSÉ JUAN MORESO, “El reino de los derechos y la objetividad de la moral”, en JOSÉ JUAN MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009 (pp. 69-93), p. 93. Además de ello, MORESO señala: “El reino de los derechos debe encontrarse en el continente más amplio de una moralidad objetiva”. (p. 92). Es ahí, según el autor, en este “territorio objetivo” de la moralidad, en el que deben descansar nuestros diseños institucionales.

⁶¹⁶ Por “débil”, me refiero sencillamente a una versión que alude a la pretensión, preservada por los que participan en una discusión racional, de que sus argumentos sean correctos. Creo que el “argumento del desacuerdo” puede convivir con la sencillez de esa tesis. A esa versión débil pienso que se contraponen una versión no-débil. Como se ha visto en el segundo capítulo, he defendido que la pretensión de corrección de ALEXY va bastante más allá de eso y, a la postre, termina por vincular la pretensión de corrección a la pretensión de que el argumento corresponda a la moral de los derechos humanos, que es, según ALEXY, la moral correcta.

⁶¹⁷ Véase GERALD POSTEMA, “Objectivity Fit for Law”, en BRIAN LEITER (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, N. York, Cambridge University Press (pp. 99-143).

la idea del discurso práctico racional y que se preocupa por las condiciones de racionalidad de la deliberación pública. Esa concepción absorbe los mismos rasgos discursivos de la propuesta de ATIENZA. En cambio, POSTEMA no pretende llevar a cabo un argumento dirigido exclusivamente (o sobre todo) a la jurisdicción. Su argumento se conecta más bien con la articulación de las instituciones públicas en general, con la manera más adecuada de diseñarlas con el fin de que actúen bajo el ideal regulativo de la “objetividad como publicidad”⁶¹⁸.

A FERNANDO ATRIA tampoco le parece atractiva una postura no-cognitivista o relativista en materia moral. ATRIA plantea críticas al que ingresa en una discusión sin conservar la pretensión de que su argumento sea verdadero, como si todos los juicios político-morales fueran, en este sentido, equivalentes, la sencilla expresión de una opinión personal⁶¹⁹. Pero esa manera de poner el acento en la importancia de la *verdad* no tiene por qué dirigirse (solamente) a los jueces. En efecto, ATRIA la dirige al ciudadano, al que participa en una discusión pública. La idea de corrección – subraya el autor – debe ser una idea constitutiva de nuestras prácticas deliberativas, pero de ella no se deriva ninguna conclusión acerca de la identificación de respuestas correctas⁶²⁰. No me interesa evaluar

⁶¹⁸ La concepción de POSTEMA no alude exactamente a la objetividad de la moral, sino más bien a la objetividad del Derecho en general, que puede, como en el caso de la incorporación de principios morales por la Constitución, confundirse con el problema de la objetividad moral. Lo que me interesa subrayar es que el autor llega a poner el acento en la importancia de la institucionalización de la tradición del disenso, que él identifica como condición estructural fundamental para la legitimidad del Derecho. No se trata, por lo tanto, de tratar la objetividad como condición necesaria y anterior a la argumentación racional, como parece entender ATIENZA. POSTEMA acude a una ética discursiva muy similar a la de ATIENZA. Sin embargo, es el procedimiento a través del cual se dictan las decisiones públicas el que resulta definitorio para la objetividad del Derecho. Lo importante, por lo tanto, no es la moralidad sustantiva del argumento y su conformidad con una moral crítica, sino la estructura deliberativa que acoge ese argumento. Véase GERALD POSTEMA, “Objectivity Fit for Law”, cit., pp. 126-127. Si bien en el interior de una teoría más compleja sobre la acción comunicativa, es ese, al menos en mi opinión, el enfoque de HABERMAS, en la medida en que sostiene que la legitimidad del Derecho deriva del respeto a determinadas condiciones procedimentales que estructuran la deliberación pública. Es cierto que el conjunto de exigencias epistémicas de la teoría habermasiana (en aras de establecer la legitimidad del Derecho) es más profundo. Pero lo que me interesa resaltar es que tampoco en HABERMAS se ve la conexión entre el uso racional del lenguaje moral y la interpretación judicial de los términos abstractos de la Constitución. Al contrario, en su teoría ese uso racional se sitúa precisamente en el ámbito de una práctica deliberativa participativa (y no desde la perspectiva del juez). Véase JÜRGEN HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1996.

⁶¹⁹ A él le parece que eso sería la “privatización final”, la negación de la existencia de algo común. Referirse a la verdad no tiene por qué significar alguna suerte de *apelación* para negar el derecho de los demás a expresar opiniones distintas. La noción de verdad sería un ideal constitutivo de la política, necesario para que una discusión pública tenga sentido y no se diluya en intentos de manipulación o negociación. Véase FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 363.

⁶²⁰ Véase FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 364-365. Nótese que JOHN FINNIS, quizás el representante más destacado de la tradición jusnaturalista en la actualidad, tampoco renuncia a la noción de verdad o a la propia idea de objetividad moral. Pero nada de ello implica, según el autor, que la tradición del derecho natural clásico pretenda – a excepción de los pocos absolutos morales – decir nada sobre la *identificación* de respuestas morales correctas o verdaderas. A juicio de FINNIS, es clara la inexorable

con profundidad las posiciones de ATRIA o de POSTEMA con el fin de definir si en sí mismas son consistentes. Lo que intento demostrar es que esas formas de entender la objetividad, la verdad o la corrección contribuyen a poner en tela de juicio la aparente conexión entre la objetividad de la moral y la interpretación *judicial* de los derechos fundamentales.

A mi modo de ver, y para lo que de hecho interesa en este capítulo, sí podríamos admitir que son posibles juicios racionales respecto de la dimensión moral de los derechos fundamentales; sí podríamos asumir que es posible la existencia de juicios mejores, peores e incluso (conforme a MOORE) verdaderos o falsos. El Derecho, empero, se enfrenta a la inexorable circunstancia de la procedimentalización o formalización de lo que se discute sustantivamente⁶²¹. Aunque los participantes en una discusión tomen en serio el debate y acepten las reglas del discurso, el hecho del desacuerdo es persistente y, con ello, es también persistente la necesidad de resolver el desacuerdo a través de alguna clase de procedimiento, mediante una decisión institucionalizada y llevada a cabo autoritativamente.

Me parece conveniente – obviamente para aclarar y poner término al argumento – ilustrar esa cuestión con un ejemplo. ATIENZA opina que es moralmente injustificable cualquier distinción de trato entre españoles y extranjeros⁶²². Se refiere, en concreto, a lo que dispone el artículo 14 de la Constitución española⁶²³. Y a ese juicio él le atribuye, de conformidad con su objetivismo moral mínimo, un carácter objetivo, en el sentido de que su juicio podría ser aceptado por personas racionales involucradas en un proceso de argumentación también racional. Yo, por mi parte, discrepo de la posición de ATIENZA, sustantivamente. En mi opinión, hay muchos supuestos en los cuales es perfectamente adecuado conferir un trato diferenciado a los extranjeros⁶²⁴. Y creo además que podría

necesidad del recurso a las fuentes autoritativas. Véase JOHN FINNIS, “Natural Law and Legal Reasoning”, en ROBERT P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory: contemporary essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (pp. 134-157), p. 151. Por ello, FINNIS rechaza tanto la idea de ponderar bienes o derechos (que serían, a su entender, incommensurables) como la tesis dworkiniana de la respuesta correcta (cit., pp. 145-146).

⁶²¹ Véase BRUNO CELANO, “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”, *Doxa*, 24, 2001 (pp. 407-427), p. 408: “El Derecho es una institución que transforma, o al menos tiende a transformar, la solución de todo problema de justicia en una cuestión de ejecución de procedimientos predeterminados por parte de individuos predeterminados”.

⁶²² Así argumenta el autor: “Por lo demás, el art. 14 de la Constitución española (al igual que el equivalente de las otras Constituciones), sí que consagra una diferencia de trato, en mi opinión, de imposible justificación moral”. MANUEL ATIENZA, “Réplica a Pierluigi”, cit., p. 310.

⁶²³ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (Constitución de España, art. 14).

⁶²⁴ ATIENZA critica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que, según describe el autor, “ha establecido una distinción entre: los derechos que derivan de la dignidad de la persona (como la prohibición

justificar moralmente mi posición y pretender su corrección, otorgándole, en el sentido de ATIENZA, incluso un carácter objetivo. Esas serían nuestras posturas en primera persona. Sin embargo, y tomando en préstamo una observación de ATRIA, para el Derecho esas posiciones son relevantes no en primera, sino en *tercera persona*⁶²⁵.

La circunstancia de que ATIENZA y yo estemos en desacuerdo es relevante para el Derecho; el *status* que atribuimos a nuestros juicios morales, en cambio, no tanto. El hecho del desacuerdo es relevante porque, si necesitamos vivir juntos y si necesitamos una decisión común, que *cuenta* como nuestra, volveremos sin más a la pregunta institucional (¿quién y cómo va a decidir qué grado de acceso al sistema de salud se le concederá al extranjero?). Pero la objetividad que le otorgamos a nuestros juicios antagónicos no es relevante para el Derecho. Como máximo, ella nos ayuda a llevar a cabo una discusión genuina. Así, por mucho que hayamos tomado en serio la discusión, por mucho que rechazemos la idea de que nuestros juicios morales son la mera expresión de nuestras emociones o preferencias, la dimensión de lo político es, aquí, inescapable. Y es por ello que el llamamiento a la realización de *los derechos* es en sí mismo inocuo⁶²⁶.

de la tortura), que se aplicarían por igual a españoles y extranjeros; derechos (los políticos) de los que, simplemente, los extranjeros carecen; y derechos (como el derecho al trabajo y muchos derechos sociales) cuya aplicación consiente una modulación distinta según se trate de españoles o de extranjeros”. En mi opinión, empero, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece bastante razonable. Hay, es verdad, casos trágicos respecto de los cuales la prudencia recomendaría un análisis mucho más detenido. Pero la idea según la cual la sencilla diferencia de trato entre extranjeros y españoles no se vería respaldada por ninguna justificación moral es a mi juicio insostenible. Con la salvedad de los casos dramáticos y que merecerían una mirada humanitaria, me parece justificable que, por ejemplo, un doctorando brasileño que resida temporalmente en Madrid necesite acreditar la adquisición de un seguro de salud privado como requisito para que se le conceda el permiso de estancia. La toma de decisiones políticas – y, por consiguiente, el análisis sobre su justificación moral – se da en circunstancias concretas, dentro de las cuales se halla la escasez de recursos, la funcionalidad y operatividad del sistema público de sanidad, de educación, etc. A mi entender, sostener algo como la entrada casi indiscriminada de inmigrantes y, a la vez, rechazar la posibilidad de reducción del estándar de bienestar de la comunidad constituye, ahora sí, una postura moralmente injustificable. Quizás alguna suerte de “modulación”, tanto en lo que atañe al análisis de los requisitos para aceptar el inmigrante como en la definición del estándar de derechos prestacionales que se le concederá sea, al fin y al cabo, no sólo justificable sino inescapable.

⁶²⁵ Véase FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 343-344.

⁶²⁶ En realidad, ese llamamiento sólo es “inocuo” en el sentido aquí empleado; es decir, una vez que la definición del contenido de los derechos estriba en una cuestión de poder político (alguien debe definir ese contenido), la idea de “hacer avanzar la práctica” a través de los derechos es *en sí misma* inoperante. Sin embargo – y precisamente en virtud del hecho ineludible de que alguien va a definir qué cuenta como “hacer avanzar la práctica” – la idea conserva una operatividad, pienso, bastante potente. Si, por ejemplo, son los jueces, y en particular los jueces constitucionales, los que en última instancia van a definir el contenido de los derechos, entonces ese llamamiento se dirige hacia ellos, fundamentalmente. Si se construye un consenso entre las élites académico-judiciales (que suelen acercarse por razones intelectuales y también profesionales) acerca del contenido de la moralidad y si a ese consenso se le atribuye un carácter objetivo, entonces la lectura de la moralidad reflejada en ese consenso pasará a valer como *nuestra* lectura de la moralidad, esto es, pasará a contar como la lectura moral *de la comunidad*. Y todo ello sin que haya quedado claro a lo largo del proceso que se trata en definitiva del ejercicio de un genuino poder político. El contenido de la moralidad es determinado bajo la presuposición de que su definición resulta de un ejercicio de argumentación moral, cuyo resultado cualquier persona razonable podría aceptar. Con todo, si el consenso

Y la inocuidad persistirá aunque asumamos la objetividad de la moral incorporada en esos derechos.

Como sabemos, DWORKIN afirma que el Derecho es más bien un tema de *actitud* y no de poder⁶²⁷. Lo que el “argumento del desacuerdo” pone de manifiesto es que aunque aceptemos lo que nos prescribe el “constitucionalismo de los derechos” y por mucho que conservemos la *actitud* necesaria para “hacer avanzar la práctica” por medio de los derechos, lo que siempre alcanzaremos es la ineludible pregunta acerca de quién y cómo debe tomar las decisiones. La forma y la autoridad siempre cobran su relevancia. Por supuesto podrá haber razones para tener una *actitud* de compromiso con el “proyecto constitucional”. A mi juicio, comprender los derechos en términos de objetividad moral parece tener como principal finalidad alejarlos de la zona contingente y tormentosa de la política, como si la cuestión de la definición de su contenido y significado – asumida la racionalidad de esa empresa argumentativa – pudiera tratarse desde un punto de vista ajeno al poder. Pero la verdad es que eso no es así. El Derecho – y por supuesto *sus derechos* – es también y ante todo un tema de lo político, un tema intrínsecamente vinculado al problema de cómo ha de distribuirse el poder en nuestras comunidades.

político-moral en la comunidad de juristas (entre jueces, abogados y profesores) es ya demasiado amplio, la probabilidad de que el resultado de la argumentación moral sea considerado no razonable disminuye considerablemente. A mi juicio, eso es lo que podría explicar la razón por la que uno se siente en una posición cómoda para sostener como *objetivamente correcta* una opinión que solamente en su propio círculo podría parecer *objetivamente correcta*; opinión esta que, una vez trasladada al terreno ordinario de la política, se convertiría en un juicio moral controvertible y firmemente disputable. Sobre la correspondencia ideológica entre jueces y profesores, particularmente en el ámbito del derecho internacional, y su relación con el declinar de la democracia, véase JAMES ALLAN, *Democracy in Decline: steps in the wrong direction*, Montreal, Kingston, Londres, Ithaca, McGill-Queen’s University Press, 2014.

⁶²⁷ RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 413.

2. EL ARGUMENTO DE LA CONTINGENCIA Y CONTEXTUALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LA LEY

Como es notorio, la llamada “dificultad contramayoritaria” – que incluso antes⁶²⁸, pero sobre todo después de ALEXANDER BICKEL⁶²⁹, se ha convertido en una suerte de obsesión⁶³⁰ en el escenario académico estadounidense – consiste en un argumento democrático dirigido a socavar los pilares justificatorios de la *judicial review*. A grandes rasgos, se plantea una objeción democrática al control judicial de la ley cuando se pone en tela de juicio la legitimidad de los jueces para, ante la ausencia de *accountability* (y de otros factores de índole democrática), darles la última palabra acerca del significado de la Constitución⁶³¹. Tras el convincente y profundizado desarrollo de la idea de desacuerdo en la obra de JEREMY WALDRON, esa objeción se ha reforzado: si no estamos de acuerdo en temas político-morales, ¿por qué deberíamos aceptar que un conjunto de jueces solvente nuestro disenso? Con ese interrogante de trasfondo, el “argumento del desacuerdo” suele esgrimirse con el específico fin de poner de relieve la tensión entre democracia y constitucionalismo y, con ello, debilitar los cimientos de la *judicial review*.

Pero esa no es la finalidad que debe interesarnos aquí. Conviene traer a la memoria que el objetivo de este capítulo es articular una *concepción* del constitucionalismo bajo la cual tenga cabida la noción de deferencia hacia el legislador. En este sentido, tomaré en cuenta el debate sobre la justificación del control judicial de la ley no tanto dirigiendo

⁶²⁸ Basta con recordar que la cuestión de la legitimidad del control judicial de la ley ya se encontraba discutida, por ejemplo, en *El Federalista*, n. 78. HAMILTON subraya que el Poder Judicial es el más débil de los poderes, toda vez que no posee la función de dirigir el rumbo político del país. Pero admite que a los jueces corresponde (y debe corresponder) la función de declarar la invalidez de los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Véase ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON, JOHN JAY, *The Federalist Papers*, Middletown, DE, Coventry House Publishing, 2015, pp. 381-385. Véase también BARRY FRIEDMAN, “The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, *New York University Law Review*, 73, 1998 (333-433), pp. 373-381. FRIEDMAN subraya, respecto de lo que él denomina “*the first epoch*” de la dificultad contramayoritaria, el período de resistencia hacia el poder los jueces bajo el gobierno de Thomas Jefferson. El autor pone de relieve el recelo del presidente Jefferson con respecto a la supremacía judicial.

⁶²⁹ BICKEL, como se sabe, ha acuñado el término “*counter-majoritarian difficulty*”. Vid. ALEXANDER BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2 ed., N. Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16-22.

⁶³⁰ La expresión (así como la historia subyacente a la obsesión) puede verse en BARRY FRIEDMAN, “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five”, *Yale Law Journal*, 112, 2002 (pp. 153-259). Con arreglo a la misma idea y del mismo autor, véase BARRY FRIEDMAN, “The counter-majoritarian problem and the pathology of constitutional scholarship”, *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 03, 2001 (pp. 933-954).

⁶³¹ De manera más puntualizada, JUAN CARLOS BAYÓN aduce que “plantear la objeción democrática es reclamar una respuesta a la pregunta de qué es (y por qué) lo que puede sustraerse legítimamente a la decisión de la mayoría”. JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., p. 20.

la mirada hacia la conclusión de si dicho control es en definitiva justificable, sino más bien con el interés del que busca pistas. Por ello, la relación entre el “argumento del desacuerdo” y la objeción democrática al constitucionalismo merece un tratamiento sutilmente distinto. Se trata antes bien de dar un paso atrás no para inferir *necesariamente* del hecho del desacuerdo el carácter indefendible de la *judicial review*. Lo que el “argumento del desacuerdo” realmente pone de relieve es la inexorabilidad de una pregunta y no la inexorabilidad de la respuesta a esa pregunta. A mi juicio, eso es ya suficiente para articular una concepción del constitucionalismo al servicio de la política y, así pues, abrir paso a la deferencia al legislador.

Lo que acabo de apuntar merece ser aclarado con un poco más de detenimiento. En el debate constitucional anglosajón, y en particular dentro del ámbito británico, pero con implicaciones que van más allá de los límites territoriales, el término “constitucionalismo político” (*political constitutionalism*) suele contraponerse a la locución “constitucionalismo jurídico” (*legal constitutionalism*)⁶³² en un sentido casi siempre muy marcado: “*political*” es el constitucionalismo según el cual una decisión sobre el contenido de un derecho básico o fundamental debe tomarse por los órganos de representación política; por otra parte, “*legal*” consiste en una forma de constitucionalismo que otorga a los órganos judiciales la competencia para dar contenido a esos mismos derechos⁶³³.

⁶³² Véase, por ejemplo, GRAHAM GEE y GRÉGOIRE C. N. WEBBER, “What is a Political Constitution?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 30, n. 2, 2010 (pp. 273-299); ADAM TOMKINS, “The role of the courts in the political constitution”, *University of Toronto Law Journal*, v. 60, 2010 (pp. 01-22); RICHARD BELLAMY, “Political Constitutionalism and the Human Rights Act”, *I-CON*, v. 9, n. 01, 2011 (pp. 86-111); RICHARD BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, cit., p. 05; PAUL CRAIG, “Political Constitutionalism and the Judicial Role: a response”, *I-CON*, v. 9, n. 01, 2011 (pp. 112-131). La bibliografía a ese respecto es casi inabarcable. Con todo, merece la pena citar, por fin, el libro de ALISON YOUNG, bastante reciente y que acude a la distinción entre “*political constitutionalism*” y “*legal constitutionalism*” para trazar su hilo argumental. Vid. ALISON L. YOUNG, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 17 y 26.

⁶³³ TOMKINS, por ejemplo, aduce que el “constitucionalismo político” pone el acento en las formas y procedimientos políticos para el control del gobierno y la protección de los derechos, mientras que el “constitucionalismo jurídico” hace hincapié en la importancia de las formas e instituciones jurídicas para el alcance de esa misma finalidad. El autor llega a defender de manera bastante firme la “constitución política”. Véase ADAM TOMKINS, “The role of the courts in the political constitution”, cit., p. 02 y p. 21-22. Pero el énfasis en la respuesta acerca de quién debe controlar al gobierno o tomar la decisión acerca del contenido de los derechos fundamentales lleva el propio TOMKINS a matizar un poco su posición anterior y a sostener que, ante la fuerza de los cambios producidos por la *Human Rights Act*, el modelo británico ya no sería simplemente “*political*” o “*legal*”, sino más bien una especie de “*mixed constitution*”. Vid. ADAM TOMKINS, “What’s Left of the Political Constitution?”, *German Law Journal*, v. 14, n. 12, 2013, pp. 2275-2292). La idea de una mezcla entre elementos del constitucionalismo político y del constitucionalismo jurídico en el caso británico puede encontrarse también en GRAHAM GEE y GRÉGOIRE C. N. WEBBER, “What is a Political Constitution?”, cit., p. 294.

Es cierto que esa tajante disociación tropieza con la práctica, con las distintas maquinarias institucionales que disipan su solidez. A eso volveré a continuación. Lo importante, empero, es subrayar que tal dicotomía – que se mantiene al menos en cuanto *tipo ideal* – se traza sobre la base de la *respuesta* a lo que en la sección anterior se ha denominado “pregunta institucional”. En consecuencia, el “constitucionalismo político” se entiende como una respuesta concluyente a la insoslayable cuestión acerca de quién (y cómo) debe resolver nuestros desacuerdos morales. Y esa respuesta, todos sabemos, consiste en rechazar de inmediato la *judicial review* y, con ello, sostener la exclusiva legitimidad de los órganos de representación política para, mediante sus procedimientos democráticos, zanjar esos desacuerdos. El “constitucionalismo político”, así comprendido, se sirve del “argumento del desacuerdo” para robustecer la objeción democrática al “constitucionalismo jurídico”, cerrándose en una postura innegociable en favor de la legislación⁶³⁴.

Sin embargo, lo que de hecho necesita el “constitucionalismo político” que pretendo articular en esta tesis – entendido en cuanto *concepción*, esto es, en cuanto modo de comprender las relaciones entre *derechos, jurisdicción y legislación* – es sencillamente la pregunta institucional, cuyo carácter perenne no puede obscurecerse. Nótese que esta idea encuentra amparo, en mi opinión, incluso en un texto clásico que, en el debate académico británico, suele invocarse para defender “la constitución política”⁶³⁵, el modelo de *Westminster*, esto es, para defender una *respuesta* específica a la pregunta institucional. Se trata del ensayo de J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, de 1979⁶³⁶. GRIFFITH, es verdad, examina críticamente un conjunto de propuestas dirigidas a la incorporación de un *Bill of Rights* al Reino Unido y a la creación de una especie de

⁶³⁴ Me parece que esa es precisamente la posición de WALDRON en *Law and Disagreement*, en la medida en que se sirve del “argumento del desacuerdo” no tanto con el fin de poner de manifiesto la ineludibilidad de la pregunta institucional, sino para expresar su incondicional reproche a la *judicial review*. Luego veremos que esta posición sufrirá matizaciones dentro del pensamiento del propio autor, pero a mi entender el enfoque de *Law and Disagreement* implica fundamentalmente, como se ha dicho aquí, debilitar el cimiento de la *judicial review*. Creo que un hilo argumental similar puede observarse en MARK TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, N. Jersey, Princeton University Press, 1999, pp. 31-32. Tras poner de relieve el hecho del desacuerdo y expresar su posición favorable a la resolución de nuestros desacuerdos a través del proceso democrático, TUSHNET concluye de manera tajante que cualquier forma de supremacía judicial es implausible.

⁶³⁵ Véase, por ejemplo, K. D. EWING, “The Resilience of the Political Constitution”, *German Law Journal*, v. 14, n. 12, 2013 (pp. 2111 – 2136). Según el autor, toda la discusión acerca de la “constitución política” empieza con el artículo (que en realidad es una ponencia) de GRIFFITH aquí mencionado. La misma referencia a GRIFFITH puede verse en RICHARD BELLAMY, “Political Constitutionalism and the Human Rights Act”, cit., p. 89.

⁶³⁶ J.A.G. GRIFFITH, “The Political Constitution”, *The Modern Law Review*, v. 42, n. 01, enero de 1979 (pp. 01-21).

Corte Suprema dotada de competencia para interpretarlo. Su línea argumental estriba en demostrar que todo ello es un sinsentido⁶³⁷ y, por ello, tomarlo como un defensor de la supremacía parlamentaria me parece, en tal contexto, bastante apropiado.

Con todo, y a los efectos del tipo de discusión que aquí interesa, habría que investigar las razones esgrimidas por el autor para alcanzar esa conclusión. Hay más de una, por supuesto. Pero a mí me interesa resaltar simplemente la principal: la ineludibilidad de lo político. A juicio de GRIFFITH, el acto de interpretar y aplicar un *Bill of Rights* – cuyas normas aluden a lo que en el apartado anterior se ha llamado “conceptos esencialmente contestables” – entraña el ejercicio de un genuino poder político⁶³⁸. La inquietud de GRIFFITH radica en la necesidad de poner de manifiesto esa circunstancia, censurando cualquier intento de obscurecerla⁶³⁹. Según el autor, acudir a los “principios” incorporados a un *Bill of Rights*, tomándolos como razones normativas para la acción de los poderes públicos, no tiene sentido, porque es precisamente la aplicación concreta de esos principios lo que nos divide⁶⁴⁰.

GRIFFITH parece ser consciente de que el entusiasmo por la protección judicial de los derechos fundamentales estriba no necesariamente en el desprecio por la legislación y por la representación política, sino en la creencia de que los derechos fundamentales, si bien aluden a principios esencialmente morales, pueden quedar sustraídos del espacio resbaladizo e inconstante de la política⁶⁴¹. De ahí que GRIFFITH, de manera muy concienzuda, plantee una advertencia en cierto modo similar a la “advertencia de Kelsen”, señalando que la interpretación (o, si se quiere, la defensa) de un *Bill of Rights* por un conjunto de jueces no menoscaba el carácter político de tal actividad. Lo que se produce, en último término, es una operación de sencilla transferencia de poder político, que se desplaza de las manos de los políticos hacia las manos de los jueces⁶⁴². No deja de ser

⁶³⁷ J.A.G. GRIFFITH, “The Political Constitution”, cit., p. 14: “To my mind the whole story shows why we should not try to solve our problems by the application of such a Bill of Rights”.

⁶³⁸ Ello porque, siguiendo al autor, la forma en la que están redactados los catálogos de derechos constituye en realidad la formulación del conflicto político y no su resolución. J.A.G. GRIFFITH, “The Political Constitution”, cit., p. 14.

⁶³⁹ Y no es por casualidad que uno de sus blancos sea precisamente RONALD DWORKIN y su apuesta por el razonamiento moral (de los jueces) sobre la base de principios. Vid. J.A.G. GRIFFITH, “The Political Constitution”, cit., p. 11.

⁶⁴⁰ Aquí se pone de relieve con claridad la relación entre el “argumento del desacuerdo” y la “pregunta institucional”. Vid. J.A.G. GRIFFITH, “The Political Constitution”, cit., p. 20.

⁶⁴¹ “Law is not and cannot be a substitute for politics”. J.A.G. GRIFFITH, “The Political Constitution”, cit., p. 16.

⁶⁴² “(...) Written constitutions do not achieve it. Nor do Bills of Rights or any other devices. They merely pass political decisions out of the hands of politicians and into the hands of judges or other persons. To require a supreme court to make certain kinds of political decisions does not make those decisions any less political”. J.A.G. GRIFFITH, “The Political Constitution”, cit., p. 16.

interesante que GRIFFITH, un clásico defensor de la soberanía parlamentaria del Reino Unido, y KELSEN, el padre, por así decirlo, del “modelo europeo” de control de constitucionalidad, revelen su temor respecto de la misma clase de tiranía.

En efecto, ambos suministran respuestas diferentes al mismo interrogante de fondo, a la *pregunta institucional*, a la pregunta acerca del mejor diseño, de la mejor forma de distribuir el poder político. Y lo esencial, conviene reiterar, no radica en preferir una respuesta en lugar de otra. Todo lo que el “constitucionalismo político” necesita y de lo que no puede en absoluto prescindir es mantenerse como una concepción anclada en la inexorabilidad de la pregunta institucional⁶⁴³. El acuerdo entre KELSEN y GRIFFITH respecto de los peligros tiránicos involucrados en la interpretación *judicial* de los derechos resulta precisamente del hecho de que ambos dan por sentada dicha inexorabilidad. Es porque no podemos acudir directamente a la sustancia de un *Bill of Rights* por lo que necesitamos organizar institucionalmente el poder. Y la forma en la que llevamos a cabo esa organización traduce una contestación política – *normativa* – a un desafío también político.

En este contexto, la amenaza a la democracia y a la soberanía parlamentaria, siguiendo a GRIFFITH, no es tanto el *hecho puro* de la existencia del control judicial de la ley, sino la idea de que cuando uno ejerce dicho control sobre la base de derechos fundamentales lo que está haciendo es algo distinto de ejercer poder político. Los adversarios de GRIFFITH no son, al menos no explícitamente, detractores de la legislación, de la democracia o de la política parlamentaria. Lo que hacen es dejar los interrogantes políticos en la sombra, ignorando o minusvalorando el “argumento del desacuerdo” y, a la postre, el uso del poder en la interpretación y aplicación judicial de los derechos. Según se ha visto en el capítulo sobre el “constitucionalismo de los derechos”, ALEXY, DWORKIN y FERRAJOLI no ponen en tela de juicio la dignidad de la legislación o la importancia del procedimiento democrático. FERRAJOLI incluso introduce en el concepto de democracia una dimensión sustancial, o sea, modifica el concepto para sostener que la apelación

⁶⁴³ A mi juicio, K.D. EWING lo explica de manera concluyente: “The arrogance of the legal constitutionalists lies in their failure to acknowledge the political nature of the legal constitution”. K. D. EWING, “The Resilience of the Political Constitution”, cit., p. 2136. No estoy seguro de si se trata efectivamente de una cuestión de arrogancia. Lo cierto es que quienes obscurecen la pregunta institucional porque asumen una concepción anclada en el valor de los derechos y en su garantía jurisdiccional ignoran completamente un hecho insoslayable: aunque la Constitución incorpore un *Bill of Rights* y establezca alguna forma de *judicial review*, sigue siendo una “Constitución política”, en el sentido específico de que la aplicación de los derechos en ella recogidos entraña un inevitable ejercicio de poder político.

directa al valor de los derechos es, en realidad, la verdadera expresión de la democracia⁶⁴⁴.

Es por ello que el “constitucionalismo político” no puede contraponerse al “constitucionalismo de los derechos” simplemente poniendo de relieve el signo antidemocrático de la *judicial review*. La insistencia en plantear objeciones democráticas a las instituciones judiciales encargadas de interpretar la Constitución representa un acierto, pero también, en mi opinión, un error de enfoque⁶⁴⁵. El “constitucionalismo de los derechos” debe abandonarse no porque su resultado sea el control judicial de la ley, es decir, no porque abogue, al fin y al cabo, por una maquinaria institucional indeseable. El “constitucionalismo de los derechos” debe abandonarse porque, al hacer hincapié en la centralidad de la *sustancia* de los derechos para el razonamiento judicial, *oculta* enteramente el problema de la distribución del poder político y, en consecuencia, disuelve la forma, la estructura y la institucionalidad del Derecho. El “constitucionalismo de los derechos”, tal y como ha sido presentado en el capítulo anterior, no es un conjunto de argumentos en favor de un diseño institucional, sino una *concepción*, una forma de entender la Constitución, los derechos y, en última instancia, el propio Derecho. Es en este plano en el que debe moverse el “constitucionalismo político”.

Así establecidas las cosas, la concepción del constitucionalismo defendida en esta tesis no tiene por qué comprometerse con algo así como el modelo de *Westminster*. Se

⁶⁴⁴ Conviene hacer referencia – otra vez – a la muy acertada crítica de ANNA PINTORE a FERRAJOLI, precisamente en virtud de ese desprecio a las cuestiones de procedimiento, a la pregunta institucional: “No sorprende que quien sigue esta vía, incluso partiendo de una dirección opuesta a la iusnaturalista, llegue, de igual modo, a hacerse la ilusión de que la solidez de la sustancia exima de afrontar las cuestiones de procedimiento, o abra el camino a una consideración puramente <ejecutiva> de las mismas”. ANNA PINTORE, “Derechos insaciables”, cit., p. 254.

⁶⁴⁵ Según BARRY FRIEDMAN, la “patología” del académico obsesionado con la “dificultad contramayoritaria” deriva de su recelo en asumir que parte de su argumento contiene una naturaleza normativa y no meramente descriptiva. Lo que aqueja a FRIEDMAN es la obsesión con teorías constitucionales desarrolladas bajo la suposición de que simplemente se está describiendo el correcto significado de la Constitución. En su opinión, esa clase de académico – que además desea mantenerse fiel a la neutralidad metodológica – tiene una acentuada dificultad para aceptar que la Constitución es un marco abierto a la argumentación. Vid. BARRY FRIEDMAN, “The counter-majoritarian problem and the pathology of constitutional scholarship”, cit., p. 941. Puede interpretarse esa observación en un sentido más restringido, conectado con la disputa argumentativa, y concreta, acerca de la mejor concepción de los principios morales plasmados en la Constitución. Y eso sería acertado. Sin embargo, hay que reconocer que el mero hecho de asumir el carácter polémico de los principios constitucionales y, con ello, la necesaria discusión autoritativa sobre quién debe otorgarles contenido, implica la aceptación de una *concepción* del constitucionalismo, de una particular forma de concebir la dimensión de los derechos. Por ello, lo normativo no involucra sólo el problema de qué contenido concreto debe atribuirse a esos derechos, sino la propia disputa anterior entre las concepciones que pretenden suministrar una teoría plausible sobre la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales. De ahí el “error de enfoque” al que hago referencia, pues la conversación en términos de *control judicial sí o no* da por sentado que estamos todos hablando de lo mismo, que estamos todos asumiendo con claridad la inexorabilidad de la “pregunta institucional”.

trata, ante todo, de poner de manifiesto el ineludible ejercicio de poder político ínsito en la concreción de los derechos fundamentales. Esa es, así pues, la premisa. Y sobre la base de esa premisa deben comprenderse los distintos diseños institucionales que tratan de establecer la relación entre *derechos*, *jurisdicción* y *legislación*. Concebido de este modo, el “constitucionalismo político” es capaz de acoger modelos institucionales en los que el juez ejerza algún papel en la definición del contenido de los derechos. El “constitucionalismo político” puede convivir incluso con la competencia judicial para interpretar, con carácter final, el sentido de la Constitución⁶⁴⁶, siempre y cuando se entienda que ese es un esquema institucional contingente, que atiende asimismo a razones contextuales y que, en última instancia, constituye una respuesta al problema de la distribución del poder político.

Esa manera de comprender el “constitucionalismo político” conlleva una modificación en la propia articulación de la “dificultad contramayoritaria”, que ahora debe suscitarse en términos distintos. El presupuesto de la contingencia y contextualidad de la *judicial review* representa una forma de *replantear* la objeción democrática al constitucionalismo, que no necesita examinarse como si demandara sin más la incondicional defensa del legislador como intérprete final de los derechos. Y es bajo esa perspectiva que se vuelve posible establecer un diálogo y un enfrentamiento con el “constitucionalismo de los derechos”. Trataré de profundizar ese *replanteamiento* en la primera parte de este apartado, acudiendo a un modo de entender la justificación de la *judicial review* que hace hincapié, en definitiva, en la pregunta institucional, tal y como

⁶⁴⁶ A mi entender, esa no es la forma en la que RICHARD BELLAMY plantea su argumento en favor del “constitucionalismo político”. En sus palabras: “The crux is where *supremacy* lies – with the legislature, as political constitutionalists desire, or the judiciary, as legal constitutionalists wish, and how far judges make *judicial deference* to Parliament a central feature of their role” (la cursiva es mía). RICHARD BELLAMY, “Political Constitutionalism and the Human Rights Act”, cit., p. 88. La oración que involucra la segunda cursiva (*deference*) forma parte del núcleo del objeto de esta tesis. Y este capítulo es un intento de articular una concepción de constitucionalismo (a la que denomino “constitucionalismo político”) bajo la cual sea posible tomar en serio la deferencia al legislador. En cambio, y en contraste con la primera cursiva (*supremacy*) en la observación de BELLAMY, mi argumento no estriba en la cuestión de quién es el *supremo* intérprete de la Constitución. Aquí, la deferencia al legislador no depende de la afirmación de un diseño institucional que conserve la autoridad final del Parlamento para definir el significado de la Constitución. De no ser así, “el constitucionalismo político” no tendría nada que decir respecto de la relación entre derechos y jurisdicción en un sistema político que otorgara a los jueces dicha autoridad. En mi opinión, empero, “el constitucionalismo político” – rectamente entendido – sí tiene mucho que decir. Pero para que eso sea en fin posible, es necesario, insisto, disociarlo de esa conexión al parecer necesaria con la soberanía parlamentaria. A este propósito, creo que es aclarador el siguiente argumento de ADAM TOMKINS: “We need to view the courts as an instrument of the political constitution”. ADAM TOMKINS, “The role of the courts in the political constitution”, cit., p. 03. En resumidas cuentas, concebir los tribunales como instrumento de la “constitución política” significa poner el acento ante todo en la *concepción* de Constitución, en lugar de ponerlo en la institución que detiene la competencia para dar contenido a esa misma Constitución.

lo hizo GRIFFITH en su momento. A lo sumo, se traslada el debate sobre la legitimidad del control judicial de la ley a un ámbito anterior y, en mi opinión, bastante más relevante, una vez se subraya, como eje del argumento teórico, la ineludibilidad de lo político en la protección del catálogo de derechos, sea cual fuere el diseño finalmente adoptado.

En un segundo momento, voy a analizar, de manera breve, los distintos diseños institucionales que caen bajo el rótulo de “constitucionalismo débil”⁶⁴⁷. Conforme a ese modelo, los jueces ejercen algún rol en la interpretación de los derechos, pero no disponen de la última palabra. Esa circunstancia erige una singular relación entre jurisdicción y legislación, de tal modo que también se ha empleado la etiqueta “constitucionalismo dialógico”⁶⁴⁸ para clasificar, por ejemplo, el formato identificado en Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia. Con independencia de la corrección de las etiquetas, lo cierto es que la maquinaria institucional existente en estos países pone de manifiesto que la respuesta a la pregunta institucional no es tan sencilla y ya no puede concebirse en términos de *sí* o *no* al control judicial de la ley. En realidad, se establece una especie de *continuum*⁶⁴⁹, que contempla múltiples formas de organizar las relaciones entre jueces y legisladores en aras de dar contenido a la dimensión de los derechos fundamentales. Todo ello pone de relieve el hecho de que el *replanteamiento* de la “objeción democrática” no sólo arroja luz sobre el problema teórico de la justificación de la *judicial review*, sino que permite dar cuenta de los distintos modelos institucionales concretamente existentes.

⁶⁴⁷ Según MARK TUSHNET, “(...) the mark of weak-form review is that ordinary legislative majorities can displace judicial interpretations of the constitution in the relatively short run”. MARK TUSHNET, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, v. 101, 2003 (pp. 2781-2802), p. 2786. La distinción entre “constitucionalismo fuerte” (*strong-form*) y “constitucionalismo débil” (*weak-form*) alude, por ende, al ámbito de los diseños institucionales, es decir, a las diversas maneras de estructurar el control judicial de la ley. Véase también JUAN CARLOS BAYÓN, “Derechos, Democracia y Constitución”, *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, n. 01, 2000 (pp. 65-94). En este trabajo, BAYÓN proponía incondicionalmente el “constitucionalismo débil” como modelo de articulación institucional. Sin embargo, en un trabajo posterior matiza esa adhesión al admitir la idea de “dependencia contextual”. Vid. JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., pp. 45-46. Trataré de examinar con más detenimiento este último texto en este apartado.

⁶⁴⁸ Es usual atribuir al sistema institucional canadiense la inspiración para la construcción del “constitucionalismo dialógico”. Es de referencia obligada a este respecto, dado que vincula los mecanismos institucionales del *Charter* canadiense a la idea de diálogo institucional, PETER W. HOGG; ALLISON A. BUSHELL, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Review*, v. 35, n. 01, 1997 (pp. 75-124). Véase además ROBERTO GARGARELLA, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, diciembre de 2013 (pp. 01-32). Véase, en particular acerca de la conexión de la noción de “diálogo” con la posibilidad de respuesta del legislador respecto de una decisión judicial, ALISON L. YOUNG, *Democratic Dialogue and the Constitution*, cit., p. 18.

⁶⁴⁹ Esa expresión puede encontrarse (y en alusión al mismo argumento) en MARK TUSHNET, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, *Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003 (pp. 813-838) p. 820.

Frente a todo lo anterior, entiendo que ese modo de abordar la justificación del control judicial de la ley conserva un efecto colateral no despreciable. En culturas jurídicas donde nunca se ha oído hablar de “declaraciones de incompatibilidad” o de “cláusulas de *no obstante*”⁶⁵⁰ – en países donde se ha plasmado una cultura jurídica que no concibe la interpretación de los derechos fundamentales más allá de la esfera judicial – la idea de que la autoridad final de los jueces para interpretar la Constitución es una mera contingencia puede resultar bastante potente. Y la potencia de esta idea se intensifica aún más si esta cultura jurídica ha sido moldeada por el “constitucionalismo de los derechos”, porque no se tratará, entonces, solamente de una *costumbre* que tiende a dar por sentada la legitimidad de la *judicial review*, sino más bien de una realidad orientada por una concepción del constitucionalismo que *oculta* la pregunta institucional. En virtud de ello, el “argumento de la contingencia y contextualidad del control judicial de la ley” permite sacar de la sombra dicha pregunta y, en consecuencia, la parcela de poder político que entraña cualquier de las respuestas que se dé a ella.

2.1. La justificación del control judicial de la ley: pregunta institucional y dependencia contextual

JEREMY WALDRON denomina *Political Political Theory* a la teoría cuyo objeto es la propia política y en particular los medios a través de los cuales las instituciones albergan y enmarcan nuestros desacuerdos y organizan lo que es debido, lo que debe hacerse⁶⁵¹. En palabras sencillas: *Political Political Theory* es una teoría sobre nuestras instituciones; es, por ende, un modo de acercarse a los problemas políticos desde las herramientas procedimentales de las que se dispone para afrontarlos, en lugar de evaluarlos simplemente a través de disputas normativas sobre lo que es – sustantivamente – debido.

Tal vez *Political Political Theory* no se encuentre suficientemente desarrollada en la obra de WALDRON para que pueda llamársela propiamente *teoría*. Pero creo que ella

⁶⁵⁰ Como es sabido, la “declaración de incompatibilidad” es un instrumento propio de la maquinaria institucional del Reino Unido (pero no sólo del Reino Unido, como veremos) tras la *Human Rights Act*; a su vez, la “cláusula de no-obstante” es un singular instrumento del diseño institucional de Canadá.

⁶⁵¹ En palabras de WALDRON: “This is what I mean by *political political theory* – theory addressing itself to politics and to the way our political institutions house and frame our disagreements about social ideals and orchestrate what is done about whatever aims we can settle on”. JEREMY WALDRON, “Political Political Theory”, en JEREMY WALDRON, *Political Political Theory: essays on institutions*, Cambridge y London, 2006 (pp. 01-22), p. 06.

representa antes bien un cambio de énfasis, una modificación en el objeto de la teoría política y, más allá de todo y a los efectos del propósito de este capítulo, el trasfondo adecuado para entender – rectamente – la objeción del autor a la *judicial review*. WALDRON señala que una parcela significativa de las discusiones más relevantes en teoría política conserva un enfoque específico: los fines e ideales que deberían buscarse y promoverse en una buena sociedad⁶⁵². Dentro de ese panorama, no habría nada más relevante *políticamente* que debatir qué principios deberían regir una comunidad justa y en qué términos concretos – sustantivos – cabría definir el significado y alcance de tales principios. No es que dicho acercamiento sea en sí mismo irrelevante. Es evidente que no lo es. Pero al descuidar de las cuestiones institucionales la teoría desatiende, en cierto modo, una rama asimismo indispensable para cualquier comunidad política, por más que esté inspirada y dirigida por el mejor y más justo conjunto de principios.

Uno de los ejes justificatorios de esta tesis radica en la asunción de que ese diagnóstico es acertado. En efecto, la teoría jurídica también parece haberse desentendido de las cuestiones institucionales para fijarse en la dimensión sustantiva del Derecho, poniéndolo, a la postre, al servicio de los derechos. Siguiendo a WALDRON, se han dejado al margen los temas de “estructura constitucional”⁶⁵³ – federalismo, mecanismos de enmienda a la Constitución, bicameralismo, distribución de poderes en las relaciones entre jueces y legisladores – para involucrarse en la promoción del catálogo de derechos de la Constitución. La consecuencia de la consolidación de un paradigma como este es que no sólo se ignoran los valores propios de las instituciones – estabilidad, durabilidad, fidelidad, transparencia⁶⁵⁴ –, sino que se pasa a comprender el Derecho como un marco

⁶⁵² Se trata, según el autor, de lo que podría llamarse “el dominio de la justicia”. Vid. JEREMY WALDRON, “Political Political Theory”, cit., p. 03.

⁶⁵³ El autor subraya que la “estructura constitucional” es precisamente el conjunto de normas que confiere *operatividad* a la parte axiológica de la Constitución, poniendo de manifiesto, una vez más, que eso es así con independencia de la objetividad moral de los valores constitucionales. Así, aunque el interés del teórico de la política repose sobre cuestiones de justicia, igualdad, seguridad o libertad, no puede despreciar los mecanismos institucionales mediante los cuales se perseguirán esos ideales. Vid. JEREMY WALDRON, “Political Political Theory”, cit., p. 06-07.

⁶⁵⁴ La verdad, la transparencia y la fidelidad son, a juicio de WALDRON, valores que los procedimientos institucionales entrañan y que tienen una calidad *no-consecuencialista*. A modo de ilustración, el autor acude a la rigidez de las formas de un juicio para demostrar que el procedimiento protege una finalidad *no-consecuencialista*: la dignidad del imputado. Vid. JEREMY WALDRON, “Political Political Theory”, cit., p. 09. Además de ello, WALDRON menciona otros valores institucionales, que, si bien no se dirigen inmediatamente a la dimensión sustancial de la Constitución, se vinculan a la estabilidad y a la longevidad de la comunidad política. La ceremonia y lo simbólico aluden a la tradición y a la historia de una institución, poniendo en marcha la construcción de un argumento silencioso en favor de su estabilidad y durabilidad. Vid. JEREMY WALDRON, “Political Political Theory”, cit., p. 13.

para la argumentación moral, como si su estructura institucional y sus herramientas procedimentales constituyeran un asunto secundario.

En contraste con ese punto de vista, WALDRON advierte que es imprescindible comprender la importancia del *modo* en el que la Constitución organiza la actividad política, esto es, la *manera* por la que se convierte la deliberación pública (en la que tiene lugar, por supuesto, la argumentación moral) en una *empresa institucionalmente estructurada*⁶⁵⁵. Y aquí deseo anticipar, desde luego, una conclusión que se desarrollará con más detenimiento en el capítulo final de esta tesis: el juez deferente al legislador es el juez que, ante todo, se ve a sí mismo como parte de esta empresa estructurada. De ahí que tomar en serio la deferencia al legislador significa en definitiva tomar en serio la dimensión estructural del Derecho. En ese contexto, el juez ordinario, ubicado en una parte específica de este orden institucionalizado, podrá sentirse constreñido no tanto por la *corrección* de la ley que debe aplicar, sino por el hecho de que él – en cuanto juez ordinario – no se halla en una posición institucional adecuada para inaplicarla en favor de un argumento moral presuntamente correcto.

De conformidad con lo que ya hemos visto, una de las hipótesis de este trabajo consiste en afirmar que todo ello es implausible si se acepta el “constitucionalismo de los derechos” como la descripción adecuada de las relaciones entre *Constitución, legislación y jurisdicción*, porque, según he argumentado incluso con alguna insistencia, dicha concepción *oculta* enteramente el problema que WALDRON intenta poner de manifiesto al hacer hincapié en la dimensión institucional del Derecho. Y ello conlleva otra de las hipótesis cardinales de este trabajo, esto es, la idea de que la necesidad de poner el acento en la parte estructural u orgánica de la Constitución deriva del hecho del desacuerdo, resulta de la imposibilidad de acudir directamente a la esfera de los derechos para resolver la disputa respecto a qué clase de acción contará como la clase de acción jurídicamente debida. Es en virtud de esa circunstancia por lo que necesitamos, de manera inexorable, la “estructura constitucional”.

⁶⁵⁵ “We need to understand the importance of the way in which a constitution provides *housing* for the political activity of a society, establishing as in-between of furniture and formality so that public deliberation becomes a structured enterprise (...)”. JEREMY WALDRON, “Constitutionalism: a skeptical view”, en JEREMY WALDRON, *Political Political Theory: essays on institutions*, Cambridge y London, 2006 (pp. 23-44), p. 36. En este ensayo, WALDRON pone en tela de juicio el sentido *negativo* de la Constitución, es decir, el sentido estrictamente conectado con la limitación del poder. La “estructura constitucional” no solo constriñe el poder, sino que – y esa sería, de acuerdo con el autor, su función primordial – hace posible la formación pública de la opinión y de la voluntad, otorgando poder, de un modo estructurado, a la multiplicidad de voces dispersas por la comunidad. Este sería el sentido *afirmativo* de la Constitución. Vid. JEREMY WALDRON, “Constitutionalism: a skeptical view”, pp. 36-37.

Por lo tanto, la vinculación entre la “pregunta institucional” y el “argumento del desacuerdo” es la piedra angular del pensamiento de WALDRON y, por consiguiente, es lo que justifica su intento de elaborar una *Political Political Theory*⁶⁵⁶. Una vez se asume que, ante el hecho del desacuerdo, la pregunta institucional es inescapable, la discusión en torno a los procedimientos que traducen la distribución del poder político vuelve a la escena como un ingrediente basilar incluso en lo tocante a la protección de los derechos fundamentales. Siguiendo a WALDRON, no basta con proclamar la naturaleza intocable o sagrada del conjunto de principios que forman el suelo de la comunidad política⁶⁵⁷; es imprescindible, antes bien, determinar qué diseño institucional representaría el mejor modelo para garantizar que se los tomará en serio.

Pues bien, mi propuesta implica situar la inquietud de WALDRON con respecto a la *judicial review* en el interior de su *Political Political Theory*. Es comprensible que esa conexión resulte ahora obvia. Pero estimo que sólo lo es cuando se hace el camino de vuelta y se llega al punto en el cual, en orden a contestar la pregunta institucional, se discute qué rol podrían tener los jueces en la interpretación y aplicación de la Constitución. En una fotografía de “normalidad”⁶⁵⁸, por decirlo así, o bien se suele entender el control de constitucionalidad como una implicación necesaria e incluso conceptual de la normatividad de la Constitución, o bien (y a la inversa) se suele entender el reproche al control de constitucionalidad como el resultado inexorable de la afirmación del carácter político de la Constitución. Mi propuesta, en cambio, es sutilmente distinta. Evaluar la justificación de la *judicial review* con arreglo al objeto de la *Political Political Theory* – la institucionalidad y la forma del Derecho – permite ver con claridad que la Constitución *es siempre política*, porque el valor de los derechos no puede remplazar la necesidad de la pregunta institucional, sea cual fuere – insisto – la respuesta que se dé a la misma.

Sentada esa premisa, vayamos al debate teórico sobre la justificación del control judicial de la ley. En *The Core of the Case against Judicial Review*, WALDRON matiza su tesis anterior – plasmada sobre todo en *Law and Disagreement* – de que la *judicial review*

⁶⁵⁶ “It’s time to lay my own cards on the table. I think institutions are massively important. Exactly because we disagree in our ethical and political aims, we need to inquire into the structures that are to house and refine our disputes and the processes that are to regulate the way we resolve them”. JEREMY WALDRON, “Political Political Theory”, cit., p. 03.

⁶⁵⁷ Vid. JEREMY WALDRON, “Political Political Theory”, cit., p. 05.

⁶⁵⁸ Por “normalidad”, me refiero a una situación de asentada consolidación de un determinado modelo institucional, cuyo funcionamiento suele describirse como la implicación natural o bien de la normatividad de la Constitución o bien de la naturaleza política de la Constitución.

es incondicionalmente indefendible y pasa a esgrimir argumentos en favor de la siguiente tesis: “el control judicial de la ley es un modo inapropiado de decisión *final* en una sociedad *libre y democrática*”⁶⁵⁹. En una primera mirada, el cambio, si es que hubiese alguno, parece muy endeble. A fin de cuentas, la *judicial review* sigue siendo, a juicio de WALDRON, un modo de toma de decisión injustificable. Sin embargo, su replanteamiento de hecho entraña dos modificaciones en definitiva relevantes: (1) el término *decisión final* indica que el objeto de la crítica de WALDRON se restringe a la *strong-form of judicial review*, el modelo en el cual los jueces tienen la última palabra sobre la adecuación entre las leyes y los derechos; (2) por añadidura, la expresión *sociedad libre y democrática* apunta una condición a la solidez de esa objeción, es decir, ella colapsa si la comunidad política cuenta con una deficiencia democrática significativa.

En efecto, WALDRON establece con claridad que el blanco de su censura al control judicial de la ley es la *strong judicial review*⁶⁶⁰ y, por ello, presenta los rasgos definitorios de la relación entre jueces y legislación en ese tipo de modelo: o bien (1) los tribunales ostentan la autoridad para dejar de aplicar la ley en un caso particular (a pesar de que la ley en sus propios términos sea plenamente aplicable al caso); o bien (2) los tribunales poseen la competencia para modificar los efectos de la ley en aras de privilegiar una aplicación conforme a los derechos⁶⁶¹. Resulta oportuno resaltar que, al menos dentro de la clasificación que propone WALDRON, el modelo según el cual los jueces tienen la autoridad para invalidar la ley (y, por consiguiente, expulsarla del orden jurídico) no forma parte de la definición *standard* de la *strong judicial review*. Se trataría en realidad de un sistema aún más fuerte (*even stronger-form of judicial review*)⁶⁶², cuya ilustración paradigmática correspondería a las cortes constitucionales europeas.

Cabe agregar, además, otra distinción suministrada por WALDRON con el fin de delimitar aún más el tema. Como es notorio, no siempre la *judicial review* se dirige a la

⁶⁵⁹ La cursiva es mía y el fragmento es una traducción del original: “(...) judicial review of legislation is inappropriate as a mode of final decisionmaking in a free and democratic society”. JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1348.

⁶⁶⁰ “My target is strong judicial review”. JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1346.

⁶⁶¹ “In a system of strong judicial review, courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1346.

⁶⁶² JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1346-1347. WALDRON, además de hacer referencia al ejemplo de las cortes constitucionales de Europa, aduce que los tribunales americanos, al fin y al cabo y pese a que no sea esta la apariencia institucional, conservan una autoridad semejante, teniendo en cuenta el efecto práctico de sus decisiones.

resolución de cuestiones que involucran derechos fundamentales; esto es, el objeto del control judicial de la ley puede ser – y de hecho lo es muy a menudo – la parte orgánica de la Constitución. Piénsese, por ejemplo, en los conflictos sobre el reparto de tributos en un Estado federal. Aquí, no se trata de discutir concepciones político-morales de conceptos polémicos, sino de establecer las implicaciones del modelo federativo consagrado en la Constitución. Aunque pueda ser necesario definir una concepción de federalismo para solventar el conflicto enjuiciado, parece haber en efecto una diferencia clara entre razonar acerca de *límites estructurales* y razonar con arreglo a *derechos*⁶⁶³. En conclusión, la pregunta sobre el diseño institucional adecuado para hacer frente a los problemas de la organización del Estado y la pregunta sobre la mejor forma de dar cuenta de la dimensión de los derechos entrañan argumentos que no tienen por qué entremezclarse. En resumen y en coherencia con la discusión hasta aquí desarrollada, la atención de WALDRON se centra en las razones que han de tener en cuenta en aras de diseñar el procedimiento más apropiado para zanjar los desacuerdos en torno a derechos⁶⁶⁴.

Dentro de este marco, hay dos clases de razones que deben considerarse con la finalidad de definir ese procedimiento: las razones relacionadas con el resultado (*outcome-related*) y las razones relacionadas con el procedimiento (*process-related*)⁶⁶⁵. JUAN CARLOS BAYÓN, tras esgrimir argumentos para demostrar que la democracia constitucional no es una implicación necesaria del ideal de los derechos, remueve de la sombra la pregunta institucional (asumiendo, por ende, su inexorabilidad⁶⁶⁶) y llega a lo

⁶⁶³ Es importante tener en cuenta que, si bien se trata de un tema mucho más discutido y controvertido, lo que WALDRON llama *rights-oriented judicial review* es sólo una parcela de lo que se podría denominar *general constitutional review*. Otra parcela es, en efecto, la revisión judicial orientada hacia los límites estructurales del Estado. Véase JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1357-1358.

⁶⁶⁴ El autor lo deja muy claro al formular el siguiente interrogante, que baliza su hilo argumental: “(...) what are the reasons that need to be taken into account in designing or evaluating a decision-procedure for settling disagreements about rights?”. JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1372.

⁶⁶⁵ JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1372.

⁶⁶⁶ No es por casualidad que BAYÓN, antes de ingresar más directamente en la discusión de fondo institucional, esto es, antes de exponer las razones que deberían jugar un papel en la construcción de un procedimiento de decisión justificable, pone de relieve lo implausible de las concepciones de constitucionalismo que impiden ver con claridad la ineludibilidad de lo político. Al plantear una crítica a la noción de “esfera de lo indecible” que, como se ha visto, es propia del constitucionalismo garantista, advierte que el trazado de dicha esfera sólo puede llevarse a cabo precisamente a través de la política; no se trata, por ende, de un asunto extrapolítico. Por ello – concluye BAYÓN – asumir la democracia constitucional no significa asumir que los derechos se están sustrayendo a cualquier poder de decisión, porque la verdad es que simplemente se los está encomendando “a poderes de decisión distintos del de la mayoría”. JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., pp. 29-30. Lo que BAYÓN discute es en qué medida y bajo qué clase de razones

que él denomina *planteamiento rawlsiano*: “en la justificación de un diseño institucional el valor intrínseco del derecho de participación debe ser integrado en un balance que tome en cuenta también su valor instrumental para proteger el resto de nuestros derechos”⁶⁶⁷.

Ello significa, en primer lugar, que un procedimiento decisorio a través del cual se respeta “el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas⁶⁶⁸” posee un valor intrínseco cuyo peso debe apreciarse en el momento de establecer un diseño institucional. Si se asume – y creo que hay justificadas y no sólo intuitivas razones para hacerlo – que el procedimiento mayoritario da lugar a la participación de los miembros de la comunidad en los asuntos públicos y, por consiguiente, permite que las decisiones públicas resulten de un proceso que, tomando en préstamo el lenguaje de DWORKIN, trata a cada uno con igual consideración y respeto, me parece correcto atribuir a ese modelo un valor intrínseco. Sin embargo, y siguiendo a BAYÓN, ello no conlleva la aceptación de un procedimentalismo estricto. Un *planteamiento rawlsiano* lo que sostiene es que tanto el procedimentalismo estricto como el instrumentalismo estricto son posturas engañosas cuando el asunto es la articulación de un esquema institucional⁶⁶⁹.

Lo que sí es cierto es que, como lo dice claramente WALDRON, la preponderancia de las razones procedimentales (o del valor intrínseco del procedimiento) inclina la balanza hacia las legislaturas, hacia las *mayorías*⁶⁷⁰. Nótese que para que un planteamiento de esta naturaleza sea exitoso es necesario – y de hecho este ha sido el trayecto tanto de BAYÓN como de WALDRON – abandonar algunas caricaturas usuales y a la vez capciosas, como la muy propagada noción de “tiranía de la mayoría”. Ambos autores ponen en tela de juicio esa noción, rechazándola – a mi entender de modo convincente – con arreglo a dos argumentos principales: (1) la mayoría no tiene por qué

esa transferencia de poder político podría justificarse. Pero que se trata de poder político no cabe duda alguna. Mi objetivo al redactar esta nota es poner de manifiesto, una vez más, la necesidad de ubicar el debate en torno al diseño de las instituciones y de sus procedimientos en el espacio adecuado, que es, en esencia, el espacio teórico que permite que tal discusión tenga lugar.

⁶⁶⁷ JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., p. 62.

⁶⁶⁸ JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., p. 11.

⁶⁶⁹ Creo que eso queda claro en la argumentación de BAYÓN tras la lectura, por ejemplo, del siguiente pasaje: “Como he resaltado ya en varias ocasiones, para un planteamiento rawlsiano hay dos dimensiones relevantes para la evaluación de un procedimiento – la calidad de los resultados que es probable que produzca y la calidad del modo mismo en que se decide – y estas dos dimensiones son *irreducibles*”. JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., p. 63.

⁶⁷⁰ JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1386.

ser necesariamente refractaria a los derechos de las minorías; (2) aquello que las minorías reclaman como un derecho suyo no siempre es algo respetable, esto es, no siempre es algo que debería contar con el apoyo de la mayoría⁶⁷¹.

Por lo tanto, el proceso mayoritario no tiene por qué concebirse como algo tendencialmente dirigido hacia la potencial vulneración de los derechos fundamentales, lo que es tanto como decir, como ya se ha mencionado, que el ideal de los derechos no implica necesariamente la adopción de mecanismos de decisión contra-mayoritarios. Pero puede implicarlos. Y aquí ya no tanto debido al peso del valor intrínseco del procedimiento decisorio, sino más bien debido a su valor instrumental. Si es probable que el proceso mayoritario nos conduzca al respeto general del resto de nuestros derechos⁶⁷², entonces tendremos razones para preferir dicho mecanismo decisorio en lugar de otro; sin embargo, y pese a que el proceso mayoritario sea intrínsecamente valioso, tal vez haya

⁶⁷¹ Según WALDRON, si la tiranía resulta del rechazo de la mayoría a un derecho invocado por la minoría, entonces el problema es peliagudo y en realidad insoluble. Ello porque, dada la circunstancia del desacuerdo, la “tiranía” estará siempre en juego: los que están en contra del aborto pensarán que una decisión favorable al aborto es tiránica con respecto al feto; por otra parte, los *pro-choice* pensarán que la decisión que prohíbe el aborto representa una tiranía, una opresión a las mujeres. Con todo, si esto no es más que un desacuerdo razonable, acudir a la noción de “tiranía de la mayoría” es una salida claramente equivocada. El mismo razonamiento podría aplicarse a las acciones afirmativas, a la financiación privada de campañas políticas, etc. Vid. JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1396. JUAN CARLOS BAYÓN distingue la *minoría* en cuanto grupo numéricamente mayoritario de la *minoría* en cuanto colectivo marginado. Por lo que respecta al primer sentido, se utiliza del ejemplo del *apartheid* en Sudáfrica para demostrar que la única esperanza de un grupo numéricamente superior, pero rotundamente discriminado, puede ser precisamente el proceso mayoritario. En lo que atañe al segundo sentido de la palabra *minoría*, BAYÓN señala – acertadamente, creo – que “sencillamente no todas las pretensiones invocadas por minorías son respetables”. JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., p. 43.

⁶⁷² Aquí surge un problema a mi juicio relevante. El análisis del valor de los resultados no puede conducirnos hacia un dilema similar al que se establece cuando se argumenta con arreglo a la noción de “tiranía de la mayoría”: el que piensa que el derecho al aborto no se garantizará en la arena parlamentaria podría asignar al procedimiento mayoritario un valor instrumental muy bajo y, con ello, comprender que estaría justificada la adopción de un mecanismo contra-mayoritario. En palabras sencillas, el debate sobre el valor de los resultados no puede, para ser consecuente, reconducirse a la discusión sustantiva sobre el alcance y significado de los derechos fundamentales. Así que, a mi entender, el que acepta un *planteamiento rawlsiano* debe rellenar el factor “valor de los resultados” con ingredientes menos concretos, es decir, menos comprometidos con un determinado conjunto de resultados que uno puede entender, desde sus convicciones, políticamente más justo. Hay por lo menos dos maneras – conciliables – de hacer frente a esta cuestión. Una de ellas consiste en acotar el ámbito de los derechos que deben evaluarse en la esfera del valor instrumental del procedimiento. BAYÓN, por ejemplo, parece incluir en dicha esfera los derechos que garantizan la autonomía individual de las personas. Vid. JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., p. 45. Otra manera radicaría en analizar el valor de los resultados desde la perspectiva del respeto general de las mayorías a los derechos individuales, esto es, observando si habría una hostilidad contumaz hacia el resto de los derechos de los miembros del cuerpo político. Vid. JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1401. Aquí, si entendí bien el argumento de WALDRON, ya estaríamos ante los *non-core cases*, es decir, ante los casos no abarcados por la objeción a la *judicial review*. Sin embargo, según advierte el propio WALDRON, cabría pensar si la misma hostilidad mantenida por la mayoría no formaría parte asimismo de la comprensión política de los jueces. Vid. JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1404.

razones para entender que los derechos fundamentales gozarían de una protección más sólida si se adoptasen instrumentos contra-mayoritarios, cuyo ejemplo paradigmático es alguna modalidad de *judicial review*.

Este balance entre el valor de los resultados y el valor intrínseco de los procedimientos – que inevitablemente involucra, por ejemplo, la discusión acerca de la idoneidad del funcionamiento de la democracia – no puede llevarse a cabo sin tomar en consideración los diferentes rasgos sociopolíticos de cada comunidad política. Si de lo que se trata es del diseño de una estructura institucional y, en este marco, de evaluar, entre otras variables, la probabilidad de que las mayorías tomen en serio los derechos, pensarlo sin tener en cuenta el contexto constituye en realidad un sinsentido. Por esa razón, lo que un *planteamiento rawlsiano* en definitiva pone de relieve es la necesidad de aceptar la tesis de la dependencia contextual: “en diferentes condiciones sociales pueden estar justificados procedimientos de decisión distintos”⁶⁷³.

Esa idea se incorpora al núcleo de los argumentos de WALDRON, con lo cual su objeción al control judicial de la ley se convierte en una objeción condicional⁶⁷⁴. En su opinión, hay cuatro asunciones de las que depende la procedencia del reproche a la *judicial review*: (1) el funcionamiento razonablemente adecuado de las instituciones democráticas, incluido el órgano de representación elegido mediante sufragio universal; (2) la existencia de un conjunto de instituciones judiciales no-representativas e imparciales, cuyo funcionamiento sea asimismo razonablemente adecuado; (3) la presencia de un compromiso general con la idea de derechos individuales y con los derechos de las minorías; (4) la existencia de un desacuerdo sustantivo, persistente y de buena fe en una sociedad que discrepa precisamente porque toma en serio la dimensión de los derechos⁶⁷⁵. Recuérdese que se trata aquí de un conjunto de condiciones que,

⁶⁷³ JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., p. 45. La tesis de la dependencia contextual también es aceptada, por ejemplo, por MORESO, en un ensayo en el cual, tras manifestar su acuerdo respecto de esta tesis de BAYÓN, sostiene, entre otras cosas, que “la primacía de una Constitución que contiene una declaración de derechos goza de una justificación independiente del contexto”. Véase JOSÉ JUAN MORESO, “Acerca de los fundamentos del constitucionalismo”, en JOSÉ JUAN MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009 (pp. 145-150), p. 147. En otro escrito, MORESO desarrolla con más detenimiento este argumento, poniendo el acento, bajo la premisa de la dependencia contextual, en un conjunto de razones que podrían hacer preferible un sistema en el cual los derechos quedarán *atrincherados* (coto vedado) y que su protección fuera confiada a un Tribunal. Vid. JOSÉ JUAN MORESO, “Derechos y Justicia Procesal Imperfecta”, en JOSÉ JUAN MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009 (pp. 111-136).

⁶⁷⁴ “In cases which the assumptions fail, the argument against judicial review presented in this Essay does not go through”. JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1402.

⁶⁷⁵ JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1360.

plasmadas satisfactoriamente, menoscaban la justificación para la adopción del control judicial de la ley *en sentido fuerte*, dado que, como se ha visto, el blanco de WALDRON es la *strong judicial review*.

Sin embargo, un planteamiento como este no se halla inmune a la crítica. RICHARD FALLON, JR., al elaborar un argumento en defensa de la *judicial review*, pone en tela de juicio la tesis principal de WALDRON. Según el autor, puede que incluso en una sociedad bien ordenada y que tome en serio los derechos de sus miembros esté plenamente justificada la adopción de un mecanismo de decisión contra-mayoritario⁶⁷⁶. La reflexión de FALLON es profunda y no cabe discutirla aquí de manera detenida. Sin embargo, si entendí bien su planteamiento general, podrían extraerse dos conclusiones conectadas con el objeto de este capítulo: (1) el autor acepta que no hay ninguna conexión necesaria entre el ideal de los derechos y la *judicial review*⁶⁷⁷, pero esgrime argumentos – desde la perspectiva de quien se plantea una pregunta institucional⁶⁷⁸ – en favor del rol de los jueces en la protección de los derechos *incluso* en una sociedad *libre y democrática*; (2) el autor no rechaza la tesis de la dependencia contextual, sino que la profundiza con el intento de demostrar que los factores que juegan un papel en la justificación del procedimiento decisorio van más allá de las asunciones presentadas por WALDRON⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ RICHARD FALLON, JR., “The Core of an Uneasy Case against Judicial Review”, *Harvard Law Review*, 121, 2008 (pp. 1693-1736), p. 1706. El principal argumento del autor consiste en subrayar que, en una sociedad libre y democrática, la *strong judicial review* constituye, en general, un mecanismo importante en la protección de los derechos fundamentales, no sólo porque los jueces suelen estar en mejor posición para dictar decisiones sobre determinados derechos, sino también y sobre todo porque se construye un sistema con múltiples poderes de veto a los actos de gobierno potencialmente vulneradores de los derechos básicos de los ciudadanos. El autor añade que es menos problemática una protección excesiva a un derecho fundamental en comparación con una protección más débil. En mi opinión, el planteamiento es poco convincente. Creo que se asumen demasiadas cosas al presuponer que los jueces *tienden* a otorgar una protección más fuerte a los derechos fundamentales. A mi juicio eso es algo contingente y, de nuevo, totalmente dependiente del contexto. No me parece absurdo imaginar una hipótesis en la cual, sobre todo dentro de una sociedad libre y democrática, los legisladores ejerzan de modo satisfactorio (e incluso excesivo) su rol de proteger y dar efectividad a los derechos. Además de ello, ese tipo de planteamiento, si bien explícitamente no admite ninguna diferencia sustantiva entre la capacidad de jueces y legisladores para identificar y dar contenido a los derechos, creo que lo hace implícitamente. Y ello precisamente porque minusvalora la influencia del hecho del desacuerdo en la definición de *qué* significa proteger más a un derecho fundamental, reconociendo a los jueces, a la postre, una superior aptitud para solventar correctamente este tipo de desacuerdo.

⁶⁷⁷ “(...) I therefore want to say a few words about how my argument in favor of judicial review – which makes no assumption that courts are better than legislatures at resolving questions of rights correctly”. RICHARD FALLON, JR., “The Core of an Uneasy Case against Judicial Review”, cit., p. 1728.

⁶⁷⁸ El autor está discutiendo cómo debería diseñarse y administrarse un sistema de *judicial review*. Vid. RICHARD FALLON, JR., “The Core of an Uneasy Case against Judicial Review”, cit., p. 1728.

⁶⁷⁹ A los efectos del tipo de discusión desarrollada en esta tesis, no importa tanto si las cuatro asunciones de WALDRON son apropiadas o no. A mi modo de ver, puede que FALLON tenga razón y que la *strong judicial review* quizás esté justificada en una *determinada* sociedad libre y democrática. Con todo, me parece que al hacer hincapié en la contribución que la *judicial review* puede aportar a la legitimidad del sistema político y al poner el acento en algo así como la edificación de un diseño institucional en el que distintos órganos con distintas perspectivas ejerzan algún rol (incluso de veto) en la protección de los

Desde de la otra banda de los críticos, SEBASTIÁN LINARES, al tomar en cuenta los estudios de WALDRON y BAYÓN, argumenta que si en un determinado contexto no se dan las cuatro asunciones de WALDRON – que ni siquiera podrían distinguirse entre sí de manera concluyente – es muy probable que la jurisdicción constitucional no pueda *instrumentalizar* adecuadamente la protección de los derechos, con lo cual el control judicial de la ley se convertirá en un procedimiento decisorio injustificable sin más⁶⁸⁰. La creencia en una justicia constitucional “redentora” en una sociedad fracturada y no respetuosa con los derechos de sus miembros sería, por ende, una creencia ingenua⁶⁸¹. A mi modo de ver, se trataría en efecto de una creencia ingenua. Pero no me parece que un *planteamiento rawlsiano* y, con ello, la idea de dependencia contextual, implique esa clase de ingenuidad.

A decir verdad, si la objeción de LINARES radica en la *probabilidad* de que, en una sociedad endeble democráticamente y hostil a los derechos, la jurisdicción constitucional no produzca resultados aceptables para la protección del resto de los derechos de los ciudadanos, eso es algo que podría acomodarse dentro de la idea del “argumento de la contingencia y contextualidad del control judicial de la ley”. En una circunstancia tal, podría pensarse que el valor instrumental de un procedimiento *vía* jurisdicción es igual o inferior al valor instrumental de un procedimiento *vía* legislación, de tal modo que el peso del valor intrínseco del procedimiento mayoritario inclinaría la balanza hacia dicho modelo decisorio. El argumento de LINARES en realidad no es conceptual y, por lo tanto, no representa una objeción plausible a la posición de WALDRON y BAYÓN. Por mucho que sea sensato el juicio de probabilidad señalado por LINARES, su corrección es dependiente de una confirmación empírica y, así pues, enteramente subordinada al contexto.

derechos (RICHARD FALLON, JR., “The Core of an Uneasy Case against Judicial Review”, cit., pp. 1708-1709), el autor esgrime argumentos en favor de alguna modalidad de *weak judicial review* y termina por alejarse del blanco de WALDRON. Véase, con respecto a las diferencias entre ambos autores, MARK TUSHNET, “How Different are Waldron’s and Fallon’s Core Cases For and Against Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 30, n. 01, 2010 (pp. 49-70).

⁶⁸⁰ SEBASTIÁN LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., pp. 97-99. El autor sostiene que la cuestión de la legitimidad política del órgano que dispone de la última palabra para interpretar la Constitución debe enfrentarse desde una perspectiva general y abstracta. Sentada esa premisa y rechazada, en su línea argumental, la tesis de la dependencia contextual, LINARES concluye que el control judicial de la ley es injustificable, dada su ilegitimidad política en cualquier circunstancia. Seguidamente, añade que la revisión judicial es un hecho irremediable y pasa, en este sentido, a suministrar argumentos sobre cómo podría darse un uso correcto de la institución.

⁶⁸¹ SEBASTIÁN LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, cit., pp. 88-89. Véase, en el mismo sentido y en virtud de su escepticismo acerca de las virtudes contra-mayoritarias de las cortes constitucionales, ROBERT DAHL, “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, *Journal of Public Law*, 6, 1959 (pp. 279-295).

La tesis de la dependencia contextual es, a mi juicio, acertada⁶⁸². Y creo además que una de sus principales implicaciones consiste en poner de manifiesto la imposibilidad de una respuesta general o conceptual a la pregunta institucional⁶⁸³. Ello nos permite matizar en definitiva la distinción presentada al comienzo de este apartado, esto es, la distinción entre “*political*” y “*legal constitutionalism*”, entendida en cuanto conflicto o tensión entre dos modelos teóricos adversarios y que entrañan respuestas institucionales unívocas (de un lado, la última palabra le correspondería al legislador; de otro, le correspondería a los jueces). Si nos concentramos en esa distinción con el “argumento de la contingencia y contextualidad de la *judicial review*” de trasfondo, la mejor forma de concebirla radica simplemente en entenderla como una contraposición de respuestas – contingentes – a la pregunta institucional. Es que si la comprendemos en cuanto una división entre modelos teóricos de constitucionalismo, tendremos una percepción engañosa del problema institucional, porque lo enfrentaremos asumiendo (1) o bien que de la naturaleza política de la Constitución resulta la necesidad de otorgar la última palabra al legislador; (2) o bien que del ideal de los derechos deriva conceptualmente un modelo decisorio en el cual la última palabra le corresponde al juez.

En conclusión, el replanteamiento de la objeción democrática al constitucionalismo – llevado a cabo por autores como WALDRON y BAYÓN – permite dar cuenta de una serie de diseños institucionales concretos que en absoluto quedan restringidos por las etiquetas *legal* o *political* y que, más allá de todo, entrañan herramientas procedimentales que no pueden derivarse sencillamente de las premisas teóricas que usualmente justifican la supremacía judicial o la supremacía parlamentaria⁶⁸⁴. Pero ello sólo demuestra que el error está en plantear la discusión en

⁶⁸² Véase a ese respecto el esclarecedor artículo de WOJCIECH SADURSKI, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 02, verano de 2002 (pp. 275-299). En él, SADURSKI acepta la necesidad del balance entre el valor del procedimiento y el valor de los resultados que dicho procedimiento arroja, señalando que todo ello no puede evaluarse sin una consideración contextual, esto es, sin acudir a la tradición, a los rasgos sócioeconómicos y a la cultura política de la comunidad. Es lo que el autor llama *the fact-sensitivity* de una teoría del control judicial de la ley (cit., p. 282). SADURSKI rechaza expresamente la posibilidad de un planteamiento general o conceptual, es decir, de un planteamiento que implique una respuesta en abstracto al problema de la justificación de la *judicial review* (cit., pp. 298-299). Un ejemplo que en mi opinión ilustra con claridad la contingencia y contextualidad de la justificación del control judicial de la ley es la experiencia de Japón. Según ha sugerido DAVID LAW, debido a razones no solamente culturales e históricas, sino estrechamente conectadas con el funcionamiento de la burocracia judicial, la Corte Suprema japonesa suele ser institucionalmente poco relevante y demasiado auto-contenida. Véase DAVID S. LAW, “Why Has Judicial Review Failed in Japan?”, *Washington University Law Review*, v. 88, 6, 2011 (pp. 1.425-1466).

⁶⁸³ JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., p. 48.

⁶⁸⁴ Puede pensarse aquí en la doctrina del juez Marshall, plasmada, como es sabido, en *Marbury vs. Madison* (1803), según la cual la competencia de los jueces para llevar a cabo la *judicial review* deriva, si bien

esos términos. Si se acepta un *planteamiento ralsiano* y si se acepta la idea de dependencia contextual, se constata que hay en realidad un *continuum* de posibilidades de organización institucional, dentro del cual las relaciones de autoridad entre jueces y legisladores asumen matices variados. Tomar en consideración algunos de esos esquemas institucionales nos ayudarán a comprender por qué la Constitución es siempre política, por qué la pregunta institucional es inexorable y, en fin, por qué el “constitucionalismo político” requiere poner el foco en la parte estructural u orgánica de la Constitución.

2.1. Formas de “diálogo” entre jueces y legisladores: cuatro ejemplos de constitucionalismo débil

En la literatura académica que trata del constitucionalismo, el tema de la *weak-form of judicial review* no es precisamente una novedad, aunque efectivamente lo es en determinados contextos⁶⁸⁵. El artículo de HOGG y BUSHELL sobre la idea de *diálogo* entre legisladores y tribunales – a la luz, conviene subrayar, de la paradigmática experiencia canadiense – fue publicado en 1997, o sea, hace aproximadamente veinte años⁶⁸⁶. Desde

implícitamente, de la supremacía de la Constitución. Creo que no sería demiado afirmar que esa forma de razonar ha obtenido largo éxito político y se ha consolidado en diversas culturas jurídicas. Sin embargo, la idea de que una Constitución no puede considerarse (por razones conceptuales) suprema si no cuenta con la correspondiente garantía jurisdiccional está lejos de ser convincente. SANFORD LEVINSON, por ejemplo, sitúa *Marbury vs. Madison* en un contexto histórico específico y, en virtud de ello, sostiene que la importancia de sus lecciones está condicionada a necesidades determinadas por circunstancias políticas, subrayando, por ende, que tal vez en países en transición podría ser útil su enseñanza. Pero, nótese bien, no debido a la cuestión conceptual (que a él le parece incluso superflua), sino por razones estrictamente político-institucionales. Vid. SANFORD LEVINSON, “Why I do not teach *Marbury* (except to eastern europeans) and why you shouldn’t either”, *Wake Forest Law Review*, 38, 2003 (pp. 553-578). Esta relación conceptual entre supremacía y control (garantía jurisdiccional) es – a mi juicio acertadamente – criticada por NINO. En sus palabras, “el poder del control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una constitución suprema. Vid. CARLOS SANTIAGO NINO, *La constitución de la república deliberativa*, cit. p. 269. Un análisis concienzudo del tema puede encontrarse en JUAN CARLOS BAYÓN, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, cit., pp. 75-80. Se trata del apéndice (intitulado “Primacía, rigidez y control de constitucionalidad”) del artículo.

⁶⁸⁵ En efecto y a modo de ilustración, creo que no sería precipitado afirmar que la cultura jurídica brasileña no posee casi ninguna familiaridad con modelos institucionales que otorguen la última palabra sobre el sentido de la Constitución al legislador. La vinculación conceptual entre supremacía constitucional y garantía jurisdiccional de la Constitución suele ser en general aceptada, si no de modo analíticamente explícito, como parte de la comprensión silenciosa de los juristas. Hay, empero, excepciones. Véanse, por ejemplo, RODRIGO BRANDÃO, *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017; y CONRADO HÜBNER MENDES, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁶⁸⁶ PETER W. HOGG y ALLISON A. BUSHELL, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, cit. Según MARK TUSHNET, el trabajo de HOGG y BUSHELL ha impulsado, dada su prominencia, la discusión acerca de la idea de diálogo entre legisladores y tribunales. Vid. MARK TUSHNET, “New forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, cit., p. 830 (nota a pie de página n. 73). Comentario semejante puede encontrarse en KENT ROACH, “Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship”,

entonces, la discusión se ha agudizado y profundizado, de modo tal que el modelo de constitucionalismo en el cual los jueces juegan un papel *no final* en la interpretación del catálogo de derechos ha incorporado, como ya se ha hecho referencia⁶⁸⁷, cuando menos tres etiquetas distintas: además de “constitucionalismo débil” (o, más usualmente, *weak judicial review*), que es un término más general, se ha echado mano de la expresión “diálogo constitucional” o “constitucionalismo dialógico” y también del término en inglés *new Commonwealth model*⁶⁸⁸.

El objeto, empero, es el mismo. Hay una discusión teórica de fondo respecto de si este modelo representaría de hecho una auténtica forma de pensar el constitucionalismo y si, en consecuencia, traería consigo implicaciones normativas realmente originales⁶⁸⁹. Me permito, con todo, no ingresar en ese debate. En aras de hacer frente a mi problema general y en particular al problema específico de este capítulo, basta con asumir la premisa que hasta aquí se ha venido delineando: el peso de la pregunta institucional no puede aliviarse acudiendo a *respuestas*, elaboradas en abstracto, al problema del reparto del poder de interpretar la Constitución. Las respuestas son contextuales y la cuestión de cómo distribuir el poder político es ineludible.

En este sentido, la importancia del “constitucionalismo dialógico” no radica en su posible rasgo *conceptual* o en la *prescripción* de un modelo equilibrado, de un medio entre dos extremos. En realidad, la singularidad de la maquinaria procedimental de la *weak judicial review* pone de manifiesto la insoslayable relación entre la interpretación de los derechos y la distribución del poder político, sobremanera oscurecida bajo la seductora ilusión de lo indecible o del imperio de la razón. Sobre la base de ese enfoque,

Osgoode Hall Law Journal, v. 45, n. 01, 2007 (pp. 169-191) y también en CARISSIMA MATHEN, “Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on ‘Charter Dialogue Revisited’”, v. 45, n. 01, 2007 (pp. 125-146). Resulta oportuno señalar que el artículo de 1997 ha sido *revisitado* diez años después en PETER W. HOGG, ALLISON A. BUSHELL THORNTON y WADE K. WRIGHT, “Charter Dialogue Revisited: Or ‘Much Ado About Metaphors’”, *Osgoode Hall Law School Journal*, v. 45, n. 01, 2007 (pp. 01-65). Aparte de la actualización del análisis empírico, el artículo conserva el contenido (y, en general, las conclusiones) del argumento elaborado en el trabajo anterior.

⁶⁸⁷ Véanse las notas a pie de página n. 623 y 624.

⁶⁸⁸ Véase STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

⁶⁸⁹ ALISON L. YOUNG, *Democratic Dialogue and the Constitution*, cit., pp. 31-32. En realidad, este es el problema de investigación que se plantea la autora. Su respuesta consiste en sostener que el “constitucionalismo dialógico” en efecto representa un modelo normativo distinto, que, asentado sobre premisas normativas diferentes de las que se observan en el “constitucionalismo jurídico” (protección de los derechos) y en el “constitucionalismo político” (preservación de la democracia), contiene fundamentos conectados no sólo con la existencia, sino con el valor de las interacciones institucionales. Se trataría de lo que YOUNG denomina “dynamic approach” (cit., pp. 69 y 84). Para una conclusión en sentido opuesto (el modelo dialógico tendría simplemente un valor descriptivo y no normativo), véase LUC B. TREMBLAY, “The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures”, *I-CON*, v. 03, n. 04, 2005 (pp. 617-468).

voy a evaluar, de modo bastante breve, algunos de los mecanismos procedimentales que sitúan los sistemas de países como Canadá, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda en el espectro del “constitucionalismo débil”. Y ello no con la finalidad de demostrar que esos mecanismos ilustran un ideal teórico que valdría la pena prescribir. La finalidad es significativamente más modesta: lo que intento hacer es poner de relieve el sencillo hecho de que se trata, al fin y al cabo, tan solo de mecanismos.

2.2.1. Canadá y la singularidad de la “*notwithstanding clause*”

La sección 33 del *Charter of Rights* de Canadá (1982) ha introducido en el constitucionalismo comparado un elemento institucional en definitiva singular. La norma, tal y como está redactada⁶⁹⁰, establece una excepción a la aplicación de algunos de los derechos recogidos en el *Charter*. En palabras sencillas, la sección 33 otorga al parlamento canadiense o a las legislaturas de las provincias⁶⁹¹ el poder de dictar un acto normativo que tendrá operatividad *no-obstante* alguna de las disposiciones incluidas en la sección 2 o en las secciones 7 a 15 del catálogo de derechos.

Caen bajo la *notwithstanding clause*, en consecuencia, las libertades fundamentales (libertad de conciencia, religión, creencia, pensamiento, expresión y asociación); el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (incluidos los derechos básicos en el ámbito penal y procesal penal, como la prohibición de detención arbitraria y el derecho a la defensa, además de la prohibición de penas crueles y tratos inhumanos); y, finalmente, el derecho a la igualdad ante la ley (con lo cual se prohíbe la discriminación por razones de raza, etnia, sexo, religión, nacionalidad, edad y discapacidad física o

⁶⁹⁰ Así está redactada la sección 33:

“Exception where express declaration

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)”.

⁶⁹¹ Canadá es una federación formada por la unión de provincias y territorios. Es conveniente subrayar que la palabra “provincia”, aquí, tiene un significado distinto – en términos de organización político-territorial del Estado – del que puede encontrarse, por ejemplo, en la Constitución española.

mental, además de permitirse los programas de acción afirmativa). Así pues, todos esos derechos, según la redacción de la sección 33 del *Charter*, pueden ser ignorados por el legislador (federal o provincial) mediante el recurso a la cláusula de *no-obstante*. Nótese, además, que los derechos democráticos (como el derecho al voto), los derechos de movilidad (todo ciudadano tiene derecho a entrar, a permanecer y a salir del país) y los derechos lingüísticos (se establece el derecho al uso del inglés y del francés como idiomas oficiales) no quedan sometidos a ninguna excepción de aplicabilidad⁶⁹².

TSVI KAHANA pone el acento en dos exigencias que estructuran la operatividad de la *notwithstanding clause*⁶⁹³. La necesidad de su declaración expresa en el acto normativo dictado por el legislador (sección 33.1) y, por añadidura, lo que KAHANA llama “*the sunset mechanism*”, esto es, el hecho de que esa misma declaración de *no-obstante* caduca después de cinco años, con la posibilidad de su renovación por igual periodo (sección 33.3 y 33.4). La primera exigencia, además de evitar el uso subrepticio de la cláusula, no deja al legislador otra opción sino la de asumir la responsabilidad política por la promulgación de una legislación contraria al *Charter*. Es razonable pensar que los costes político-electorales del proceso de aprobación de una ley *con* la declaración de *no-obstante* son más elevados. La segunda exigencia, a su vez, garantiza la ocurrencia de un proceso electoral a lo largo de la vigencia de la declaración, que puede convertirse en un tema sensible en el debate público y, por consiguiente, afectar a la definición de la nueva legislatura⁶⁹⁴.

De todos modos, la sección 33, siguiendo a MARK TUSHNET, confiere a la Corte Suprema de Canadá un rol significativo en la interpretación constitucional sin atribuir a

⁶⁹² TSVI KAHANA explica que los derechos de movilidad y los derechos lingüísticos se conectan con la esencia del federalismo canadiense, de manera que su definición debe ser estable y, por ende, no dependiente de las interpretaciones del parlamento federal o de las legislaturas de las provincias. Vid. TSVI KAHANA, “Understanding the notwithstanding mechanism”, *University of Toronto Law Journal*, v. 52, 2002 (pp. 221-274), p. 232.

⁶⁹³ TSVI KAHANA, “Understanding the notwithstanding mechanism”, cit., p. 231.

⁶⁹⁴ TSVI KAHANA, “Understanding the notwithstanding mechanism”, cit., p. 231. Ese mecanismo de caducidad también ha sido subrayado por HOGG y BUSHELL, con arreglo a un ejemplo que ha involucrado a la provincia de Québec (donde la sección 33 ha sido en alguna medida relevante). Según nos cuentan los autores, Québec acudió a la cláusula de *no-obstante* como reacción a una decisión de la Corte Suprema (*Ford v. Québec*) que, a grandes rasgos, declaraba la invalidez de una ley provincial que impedía el uso de lenguas distintas del francés en los carteles de propaganda. La ley fue novamente dictada por la legislatura provincial y a ella se agregó la declaración de *no-obstante*. En 1993 dicha declaración alcanzó su caducidad y necesitaba, para que se mantuviera su vigencia, que se la renovara. Sin embargo, a esta altura las pasiones políticas que habían amparado la decisión legislativa anterior ya no gozaban de la misma intensidad, con lo cual el parlamento de Québec no sólo ha dejado de renovar la “*notwithstanding clause*”, sino que ha dictado una ley permitiendo el uso de otras lenguas (distintas del francés) en los “*outdoors*” de propaganda. Vid. PETER W. HOGG y ALLISON A. BUSHELL, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, cit., pp. 83-84.

sus fallos una autoridad completamente final⁶⁹⁵, una vez se reserva al legislador, dentro de determinados límites, la posibilidad de mantener la validez de una ley con independencia de lo que disponga el *Charter*. Esa peculiaridad, sumada a la estructura procedimental de la cláusula de *no-obstante*, ha dado lugar (según ya se ha mencionado repetidamente aquí) al debate en torno a la idea de diálogo constitucional, un paradigma centrado en el componente deliberativo del esquema institucional dirigido hacia la definición del contenido de los derechos⁶⁹⁶. En efecto, quizás sea probable que esa especie de diseño contribuya al incremento de la calidad deliberativa de las decisiones relacionadas con el catálogo de derechos. Con todo, incluso esa conclusión es controvertida y disputable.

El propio TUSHNET mantiene algún escepticismo respecto de la consolidación de modelos de “constitucionalismo débil”. En su opinión, esos diseños institucionales serían tendencialmente inestables, oscilando, en consideración a innumerables factores concretos, entre la supremacía parlamentaria y la supremacía judicial⁶⁹⁷. En este sentido, el sistema canadiense terminaría por acercarse a la *strong-form of judicial review*⁶⁹⁸. MORTON y KNOPFF, en un trabajo crítico del activismo judicial impulsado por el *Charter* de Canadá, han subrayado que la muy escasa utilización⁶⁹⁹ de la *notwithstanding clause*

⁶⁹⁵ MARK TUSHNET, “Alternative Forms of Judicial Review, cit., p. 2785. Cabe agregar que el carácter no final de la interpretación de la Corte Suprema estriba en la existencia de la sección 33; pero la Corte posee la competencia para declarar la invalidez de una ley contraria a la Constitución.

⁶⁹⁶ HOGG y BUSHELL ponen de relieve cuatro factores que, acorde con su tesis, demostrarían el rasgo dialógico del modelo canadiense: (1) la cláusula de *no-obstante*; (2) el texto de la sección primera del *Charter*, una vez estatuye que los derechos fundamentales en él recogidos quedan sometidos a límites justificables; (3) lo que los autores llaman “qualified rights”, cuya redacción entraña un necesario juicio de razonabilidad, permitiéndose un margen de acción al legislador; (4) la multiplicidad de medios de los que dispone el poder político para hacer operativos los derechos de igualdad. Vid. PETER W. HOGG y ALLISON A. BUSHELL, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, cit., pp. 83-91. A juicio de TSVI KAHANA, el paradigma teórico que mejor justifica y describe el sistema constitucional canadiense radica en la idea de desacuerdo deliberativo (*deliberative disagreement approach*). Vid. TSVI KAHANA, “Understanding the notwithstanding mechanism”, cit., p. 255.

⁶⁹⁷ Véase MARK TUSHNET, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, cit., p. 824.

⁶⁹⁸ MARK TUSHNET, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, cit., p. 837.

⁶⁹⁹ HOGG y BUSHELL aducen que, en la práctica, la sección 33 se ha convertido en una herramienta poco importante, observándose una severa resistencia respecto de su uso. Los autores sugieren que ello podría explicarse debido al *omnibus statute* dictado por Québec inmediatamente después de la promulgación del *Charter*. En resumidas cuentas, el parlamento de Québec creó una cláusula *standard*, mediante la cual se agregaba una declaración de *no-obstante* a cada ley provincial dictada entre 1982 y 1985. Vid. PETER W. HOGG y ALLISON A. BUSHELL, “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, cit., p. 83. En interesante contraste con esa (en general aceptada) comprensión sobre el desuso de la sección 33, véase TSVI KAHANA, “The notwithstanding mechanism and public discussion: Lessons from the ignored practice of section 33 of the Charter”, *Canadian Public Administration*, v. 44, n. 03, 2001 (pp. 255-291).

pone de manifiesto que, en la práctica, lo que se afirma que es un diálogo es en realidad un monólogo⁷⁰⁰. Según los autores, el *Charter* ha representado no tanto un cambio hacia el equilibrio en el reparto de los poderes de interpretar y aplicar los derechos fundamentales, sino más bien una revolución cuya consecuencia más marcada (y, en su opinión, indeseable) es el aumento elocuente del poder político de los jueces⁷⁰¹.

Según es posible notar, hay una disputa teórica expresiva entre los detractores del *Charter* y sus defensores; y en el interior de esa polémica se halla asimismo la discusión concerniente a las razones que explicarían el infrecuente uso de la cláusula de *no-obstante*⁷⁰². No voy a entrar a debatir esas cuestiones aquí. En cambio, y con independencia de tal disputa teórica, me parece apropiado extraer dos apuntes sobre la *notwithstanding clause* que, a mi entender, arrojan un poco de luz sobre el argumento cardinal de este capítulo. La primera nota alude a la redacción de la sección 33.1 del *Charter* y al hecho de que su texto, al fin y al cabo, refuerza un equívoco o, dicho de otro modo, una falsa conciencia en lo tocante a la interpretación legislativa de un catálogo de derechos. La segunda observación, por otra parte, estriba más en suscitar una curiosidad que propiamente en darle plena satisfacción: ¿por qué, en Canadá, se ha decidido contestar a la pregunta institucional con la *notwithstanding clause*? Vayamos, de modo bastante breve, a la primera cuestión.

⁷⁰⁰ F.L. MORTON y RAINER KNOPFF, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000, pp. 165-166. Los autores sostienen que el monólogo no deriva solamente de la ausencia de voluntad política o de la falta de atrevimiento del legislador, sino de la propia estructura del proceso legislativo. Una observación semejante, particularmente vinculada a la existencia de distintos *puntos de veto* en el procedimiento de aprobación de una ley en el sistema canadiense, puede verse en MARK TUSHNET, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, cit., p. 834. Véase también, en un análisis un poco más detenido, MARK TUSHNET, “Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World”, *University of Toronto Law Journal*, 53, 2003 (pp. 89-100).

⁷⁰¹ F.L. MORTON y RAINER KNOPFF, *The Charter Revolution and the Court Party*, cit., pp. 40-41 y pp. 57-58. De hecho, una de las tesis centrales del libro consiste en demostrar el carácter antidemocrático de la *Charter Revolution*, que, como se ha señalado, habría incrementado agudamente el poder político de los jueces. Más allá de ello, los autores trazan una red de relaciones que involucran jueces, *clerks*, activistas, profesores universitarios, medios de comunicación, etc. Con arreglo a elementos también empíricos, MORTON y KNOPFF intentan poner de manifiesto la creación de un consenso intelectual – a través de financiación universitaria, publicaciones e influencia mediática – que ha dado amparo a una agenda política determinada, que, sin embargo, se presentaría no propiamente como tal agenda, sino como resultado de la recta aplicación del *Charter* (cit., pp. 129-147). PETER HOGG ha formulado un reproche específico a las críticas de MORTON y KNOPFF, en especial en lo que atañe al presunto signo antidemocrático del *Charter*. HOGG acude a la noción de diálogo entre legisladores y tribunales, resaltando el hecho de que la última palabra, en el sistema canadiense, se deja al legislador, para rechazar la objeción democrática a la *Charter Revolution*. Además de ello, creo que es importante subrayar que HOGG adopta una noción de democracia no (o por lo menos no estrictamente) procedimental. Vid. PETER W. HOGG, “The Charter Revolution: Is It Undemocratic?”, *Forum Constitutionnel*, 12 (2001/2002), pp. 01-08.

⁷⁰² Véase JEFFREY GOLDSWORTHY, “Judicial Review, Legislative Override and Democracy”, *Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003 (pp. 451-472), pp. 469-469.

Al presentar la *notwithstanding clause* como un instrumento que permite al legislador ignorar determinadas secciones del *Charter* o introducir una excepción a su aplicación, me he concentrado intencionalmente en la redacción de la sección 33, no en lo que ella en realidad significa. Si se tiene presente, empero, la noción de desacuerdo y si se asume que los derechos emplazados en el *Charter* son conceptos polémicos – alrededor de los cuales orbitan una variedad de concepciones –, se infiere de la cláusula de *no-obstante* no un permiso para que el legislador vulnere o ignore un derecho, sino para que haga valer, con carácter final, su interpretación sobre él⁷⁰³. De no ser así, la sección 33 dejaría al legislador la posibilidad de dictar una ley que creara, por ejemplo, una pena cruel, algo explícitamente prohibido por el *Charter*.

Como es notorio, la palabra “cruel” guarda una vaguedad que abre paso a la discusión respecto de su correcto significado⁷⁰⁴. ¿Es cruel la cadena perpetua? ¿Y la pena de muerte para crímenes de sustantiva gravedad, también lo es? Es probable que la comunidad se encuentre en permanente desacuerdo acerca de esa suerte de cuestión. Y es asimismo probable que ese disenso se irradie hacia los tribunales y legislaturas. Por lo tanto, en lugar de interpretar la *notwithstanding clause* como una autorización para que el legislador vulnere derechos fundamentales, debe interpretársela como un reconocimiento del desacuerdo razonable acerca del contenido y alcance de esos derechos⁷⁰⁵. La redacción de la sección 33 parece crear una falsa oposición entre quienes toman en serio el catálogo de derechos (los tribunales) y quienes no lo toman y, lo que es más grave, tienden a vulnerarlo (los legisladores)⁷⁰⁶. En cambio, el mecanismo de *no-obstante* debe concebirse como una herramienta de reacción legislativa, dentro de un contexto en el cual hay una disputa en torno a la mejor manera de atribuir forma concreta a conceptos político-morales.

⁷⁰³ Véase JEFFREY GOLDSWORTHY, “Judicial Review, Legislative Override and Democracy”, cit., pp. 467/468. Según subraya el autor – muy acertadamente – lo que en efecto se supera mediante el uso de la cláusula de *no-obstante* no es el *Charter* mismo, sino su aplicación judicial. Es decir: no se trata de ignorar o vulnerar un derecho, sino de menoscabar la interpretación judicial de tal derecho, remplazándola, dentro de los límites de la cláusula misma, por la interpretación del legislador. En la misma línea argumental, véase ALISON L. YOUNG, *Democratic Dialogue and the Constitution*, cit., p. 120.

⁷⁰⁴ Véase JEREMY WALDRON, “Vagueness in Law and Language: some philosophical issues”, cit., p. 539.

⁷⁰⁵ Véase MARK TUSHNET, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, cit., pp. 819/820.

⁷⁰⁶ Véase JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1357. A juicio de WALDRON, la sección 33 (o más precisamente su texto) requiere del legislador una representación equivocada en lo referente a su posición sobre el significado de los derechos. La redacción de la sección 33 es a menudo indicada como una de las razones para su muy baja utilización. Vid. STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 110.

Acorde con un *planteamiento rawlsiano*, la *notwithstanding clause* puede explicarse con arreglo al balance justificatorio entre razones procedimentales e instrumentales, a las cuales se agrega – de manera intrínseca – la idea de dependencia contextual. Ello nos invita a plantear una segunda observación: ¿por qué se ha decidido introducir la sección 33 en el *Charter*? A ese interrogante no voy a dar una respuesta mínimamente concluyente. Pero es interesante acudir a la explicación de JANET HIEBERT y al uso de la noción de compromiso en tres sentidos distintos⁷⁰⁷: (1) compromiso como necesidad política, ante las dificultades para alcanzar un acuerdo – del cual dependía la aprobación del *Charter* – entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales; (2) compromiso de principios, en consideración al desacuerdo sobre el contenido y alcance de los derechos⁷⁰⁸; (3) compromiso entre ideales constitucionales rivales, teniendo en cuenta la discrepancia entre distintas formas de entender el rol de la Constitución y de los poderes encargados de interpretarla y aplicarla.

Bajo el mismo punto de vista, PETER RUSSELL señala que no se habría aprobado el *Charter* en 1982 si no hubiese introducido la cláusula de *no-obstante*. El *premier* canadiense de aquel momento (Pierre Trudeau) declaró tajantemente su disconformidad con la sección 33, pero se vio ante la necesidad de coordinar una concertación política, entre otros, con el *premier* de la provincia de Alberta y con el *premier* de la provincia de Saskatchewan⁷⁰⁹, para quienes la importancia de la democracia parlamentaria impedía el apoyo a un modelo de *strong judicial review*, en el cual la última palabra *siempre*

⁷⁰⁷ JANET L. HIEBERT, “Compromise and the Notwithstanding Clause: Why the Dominant Narrative Distorts our Understanding”, en JAMES B. KELLY y CRISTOPHER P. MANFREDI (eds.), *Contested Constitutionalism: reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009 (pp. 107-128). El tercer sentido del término “compromiso” (concerniente a la concepción de constitucionalismo o a la *idea* de Constitución) es particularmente importante para HIEBERT y, en su opinión, constituye un rasgo definitorio del proceso político de aprobación del *Charter* y de introducción de la *notwithstanding clause*. HIEBERT accede a las razones presentadas en su momento por Alan Blakeney (*premier* de la provincia de Saskatchewan), que, precisamente en virtud de su compromiso con la protección de los derechos, mantenía un severo escepticismo respecto de la *strong judicial review*. Su recelo político radicaba en la posibilidad de que los tribunales interpretaran los derechos de manera demasiado conservadora, ya que – y ello lo reconocía expresamente el *premier* – el lenguaje del *Charter* era dúctil y, con ello, pasible de innumerables interpretaciones. De ahí se concluye, siguiendo a HIEBERT, que el reconocimiento del hecho del desacuerdo y del rol del parlamento en la protección y aplicación de los derechos ha formado parte de la controversia en torno a la promulgación del *Charter*. (cit., pp. 112-113).

⁷⁰⁸ Por lo que respecta a este punto, véase TSVI KAHANA, “Understanding the notwithstanding mechanism”, cit., p. 223.

⁷⁰⁹ En palabras de RUSSELL: “Without it, Pierre Trudeau would not have had the support of nine premiers for his patriation package, and we would not have had the Charter in 1982”. PETER H. RUSSELL, “The Notwithstanding Clause: The Charter’s Homage to Parliamentary Democracy”, *Policy Options*, febrero de 2007 (pp. 65-68), p. 66. Comentario semejante puede encontrarse en JANET L. HIEBERT, “Compromise and the Notwithstanding Clause: Why the Dominant Narrative Distorts our Understanding”, cit., p. 115.

correspondería a los jueces. Al parecer, no es que se prefiriera incondicionalmente un sistema cercano a la supremacía parlamentaria. La cuestión – en el seno de una negociación política delicada – anidaba en evitar que el parlamento *perdiera por completo* el poder de dar la palabra final sobre el significado de los derechos básicos de los ciudadanos, aunque pudiera ser realmente escasa la utilización de dicho poder⁷¹⁰.

Para concluir, creo que el ejemplo de Canadá ilustra con claridad el papel que juega el *contexto* en la definición y justificación de un diseño institucional. Por añadidura, la experiencia canadiense pone de relieve, a mi juicio de manera indefectible, que la dimensión de los derechos se establece precisamente a través de la política; y es a través de la política que se diseña la maquinaria procedimental que permite la concreción de esos mismos derechos. La *notwithstanding clause* quizás constituya el ejemplo más firme de lo implausible de construcciones teóricas como la “esfera de lo indecidible”. El *Charter* canadiense resulta del compromiso, lo que es tanto como decir que se origina de la esfera de *lo decidible*. Y la sección 33 – que es la expresión de tal compromiso – sienta sus bases sobre la premisa del desacuerdo, con lo cual se demuestra, en definitiva, la permanencia de *lo decidible* en el proceso de protección y aplicación del catálogo de derechos.

2.2.2. Reino Unido: la revisión judicial vía interpretación y declaraciones de incompatibilidad

En la introducción a esta sección, o sea, en las primeras líneas en las que me ocupé del “argumento de la contingencia y contextualidad del control judicial de la ley”, se ha acudido a algunas de las lecciones del texto “*The Political Constitution*”, de J.A.G. GRIFFITH, y se ha comentado que el autor planteaba – ya en 1979 – críticas a las

⁷¹⁰ Quizás la práctica constitucional canadiense haya demostrado, en efecto, que la palabra “diálogo” no representa la mejor expresión para describir la maquinaria institucional introducida con el *Charter*. Con todo, ello no quiere decir que la sencilla existencia de la sección 33 no influya en las relaciones entre legisladores y tribunales. Es posible que autores como TUSHNET lleven la razón al sostener que la estructura del proceso político impide el uso frecuente de la cláusula de *no-obstante*. Pero también me parece plausible que, siguiendo a PETER RUSSELL, se reserve el uso del mecanismo para situaciones en las que haya, de manera evidente y sustancial, una discrepancia entre la interpretación judicial de los derechos y la comprensión (casi siempre silenciosa) de la mayoría del pueblo. Vid. PETER H. RUSSELL, “The Notwithstanding Clause: The Charter’s Homage to Parliamentary Democracy”, p. 68. En palabras sencillas, podría entenderse la importancia de la cláusula de no-obstante no tanto en términos de su uso, sino más bien en razón de su propia existencia, como “mecanismo en la sombra”. Esto es, la sencilla existencia del mecanismo reduciría los incentivos al activismo de la Corte Suprema, que podría verse rutinariamente contestada por el legislador en el caso de que se convirtiera en un tribunal activista.

propuestas de incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) al sistema inglés⁷¹¹. En contra de esta perspectiva se situaba, por ejemplo, RONALD DWORKIN, que años más tarde vendría a esgrimir argumentos específicos en favor de un *Bill of Rights* para Reino Unido⁷¹². Así pues, puede decirse que en el ambiente británico había, tal y como nos ha enseñado HIEBERT en el caso de la experiencia canadiense, un desacuerdo en torno a la concepción del constitucionalismo, a la *idea* de Constitución.

En efecto, la tradición de soberanía parlamentaria, robustamente consolidada en la historia del Reino Unido, ha agudizado la resistencia al proceso de incorporación del catálogo europeo de derechos⁷¹³. Tanto es así que el propio DWORKIN proponía una solución de compromiso, una modalidad de revisión judicial notoriamente *weak*, en algún sentido incluso semejante a la que se había establecido en Canadá⁷¹⁴. Y el compromiso vendría, según nos cuenta FELDMAN, cuando el Partido Laborista, tras resultar elegido en mayo de 1997, publicó un informe (*White Paper*) intitulado “*Rights Brought Home: The Human Rights Bill*”, para seguidamente introducir una propuesta legislativa en el parlamento inglés⁷¹⁵. El propio informe ya contenía una solución lejana a la *strong-form of judicial review*, es decir, manteniendo la última palabra sobre la validez de las leyes en

⁷¹¹ J.A.G. GRIFFITH, “The Political Constitution”, cit., pp. 12-13.

⁷¹² Véanse RONALD DWORKIN, *A Bill of Rights for Britain: Why British Liberty Needs Protection?*, Londres, Chatto & Windus, 1990 y, sobre la base del primer texto, RONALD DWORKIN, “Does Britain Need a Bill of Rights?”, en RONALD DWORKIN, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, N. York, Oxford University Press, 1996 (pp. 352-371). El conjunto de argumentos manejado por DWORKIN estriba, resumidamente, en dos aspectos: su concepción constitucional (y, por ello, no puramente mayoritaria de la democracia) y la necesidad de proteger las libertades individuales de las amenazas llevadas a cabo, en su opinión, por sucesivos gobiernos conservadores. Es interesante resaltar que GRIFFITH tampoco era conservador, pero – aparte de la discusión teórica de fondo – mantenía un severo escepticismo respecto de la protección de los derechos mediante el incremento del poder de los jueces. Vid. J.A.G. GRIFFITH, “The Political Constitution”, cit., p. 18.

⁷¹³ En palabras de FRANCESCA KLUG: “There was a concern across the political spectrum, and in judicial as well academic circles, that incorporating broad human rights standard into UK law would lead to the demise of the British system of Parliamentary supremacy (or sovereignty) over courts without the transparency that preceded such constitutional earthquakes in other jurisdictions”. FRANCESCA KLUG, “Judicial Deference under the Human Rights Act 1998”, *European Human Rights Law Review*, 2, 2003 (pp. 125-133), p. 126.

⁷¹⁴ En efecto, DWORKIN llega a sugerir una *weak-form* de control judicial de la ley. Al tener en cuenta los recelos con respecto al desplazamiento de poder político hacia los tribunales (que él, empero, no cree justificables), propone algo similar a la *notwithstanding clause* canadiense, señalando que podría pensarse en un sistema en el cual el legislador británico tuviera la posibilidad de mantener la validez de una ley aunque ella fuera contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Nótese que él no supone aquí el desacuerdo en torno a la interpretación del *Bill of Rights* y, por consiguiente, no trata esa *weak-form* como una especie de modelo dialógico. Prueba de ello es que DWORKIN reconoce – y para él este es un buen argumento para que se adopte su propuesta – que, en la práctica, la *weak* se convertiría en *strong*, ante los costes políticos que tendría el parlamento para declarar su intención de *vulnerar* la CEDH. Vid. RONALD DWORKIN, “Does Britain Need a Bill of Rights?”, cit., pp. 359-362.

⁷¹⁵ DAVID FELDMAN, “The Human Rights Act 1988 and constitutional principles”, *Legal Studies*, 19, 1999 (pp. 165-206), pp. 169-170. Véase también AILEEN KAVANAGH, *Constitutional Review under the Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 01-04.

manos del parlamento⁷¹⁶. Así como se ha observado en Canadá, el Reino Unido también posee su ingrediente contextual y su salida de compromiso, dos elementos definatorios en la edificación del esquema institucional a través del cual se llevaría a cabo la interpretación y aplicación del *Bill of Rights*.

La *Human Rights Act* (HRA), promulgada en 1998, entró en vigor en octubre de 2000 y representa la incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos al sistema doméstico británico⁷¹⁷. Su texto, a pesar de no ser muy extenso, contiene algunas disposiciones que no se conectan directamente con el objeto de este capítulo. Nuestra mirada debe conducirnos, entonces, tanto a las herramientas procedimentales que permiten dar contenido a los derechos como, en particular, a los vínculos institucionales entre jueces y legisladores. Si es este el camino, cabe centrarse fundamentalmente en la sección 3 y en la sección 4 de la HRA⁷¹⁸. Mediante el recurso a la sección tercera, la revisión judicial asume una naturaleza “interpretativa”, en un sentido que especificaré a continuación; por otra parte, en lo que atañe a la sección cuarta, se pone de manifiesto el rasgo *weak* de la *judicial review* británica, una vez se instituye un control judicial débil, otorgándose a los tribunales la posibilidad de emitir únicamente “declaraciones de incompatibilidad”, preservándose, a la postre, la competencia exclusiva del parlamento en lo tocante al juicio autoritativo sobre la validez de las leyes.

La redacción de la sección 3 estatuye en síntesis lo siguiente: en la medida de lo posible, la ley debe interpretarse y aplicarse de modo *compatible* con los derechos de la Convención⁷¹⁹. Dentro de la misma sección se aclara que el producto de esa interpretación

⁷¹⁶ El informe se encuentra íntegramente disponible en el siguiente enlace: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263526/rights.pdf. Último acceso en 19.12.2017. La cuestión de la última palabra ha sido evaluada de modo explícito en dicho informe. El gobierno ha hecho constar su reconocimiento respecto de la histórica soberanía parlamentaria británica, poniendo de relieve, además, que distintos modelos (como los de Canadá, Hong Kong y Nueva Zelanda) han sido comparativamente examinados.

⁷¹⁷ No tomaré en consideración aquí las posibles consecuencias de la salida del Reino Unido de la Unión Europea (el llamado “*Brexit*”), no sólo porque hasta la fecha no se sabe con claridad qué efectos tendrá ese proceso en lo que atañe a la *Human Rights Act* (HRA), sino también porque esa circunstancia no posee especial relevancia para el argumento que intento desarrollar. Mi interés radica meramente en el diseño institucional que se ha implementado para tornar operativa la incorporación del catálogo de derechos. Si el esquema institucional se modifica o si se deroga la HRA el recurso a la experiencia británica no pierde su utilidad. Al contrario, ello simplemente demostraría la estrecha vinculación entre la dimensión de los derechos y la dimensión de la política, además de poner de manifiesto el carácter contingente de un procedimiento decisorio determinado.

⁷¹⁸ Para una descripción de las principales características de la HRA, sobre todo en lo que atañe a las secciones 3 y 4, véase STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., pp. 157-161.

⁷¹⁹ Así reza la sección 3 (en realidad la 3.1): “So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”.

no acarrea ninguna consecuencia para la validez o eficacia de las leyes vigentes. Pero es precisamente en virtud de ello por lo que el tema del poder de los jueces, tras la HRA, no es un tema de competencia para controlar *formalmente* la validez de las normas. Es antes bien un asunto relacionado con los efectos de la implementación – creo que resulta apropiado decirlo así – de cierto deber de *interpretación conforme*. A causa de dicho deber, el juez británico se ve ante la obligación de formular un juicio de compatibilidad entre la legislación doméstica que él considera aplicable al caso enjuiciado y los derechos recogidos en la Convención. El problema – ya sabemos – es que la construcción de tal juicio no es sencilla⁷²⁰. El *hecho del desacuerdo* es peculiarmente agudo en la interpretación de un *Bill of Rights*.

No es mi intención entrar a discutir profundamente las implicaciones de la sección tercera de la HRA. Pretendo hacerlo con algún detenimiento en la cuarta y última parte de esta tesis. Es interesante subrayar, sin embargo, que también aquí vuelve al escenario la “advertencia de Kelsen”. A menudo se exigirá de los jueces británicos la concreción de formulaciones abstractas, es decir, la traducción de conceptos polémicos en concepciones político-morales adjudicables, lo que incrementa el riesgo de la transferencia de poder contenido en “la advertencia”. Y todo ello se convierte en un problema aún mayor si el escenario (como, en mi opinión, resulta ser el caso inglés) es verdaderamente hostil a esa suerte de desplazamiento de poder político. En resumidas cuentas, es justamente en virtud del potencial transformador⁷²¹ del mecanismo interpretativo de la sección tercera – y en particular a causa de su carácter informal y poco transparente⁷²² – por lo que se ha puesto en tela de juicio, a mi entender de modo plausible, el carácter *weak* de la *judicial review* de Reino Unido⁷²³.

⁷²⁰ Es verdad que esa complejidad parece matizarse en razón de la obligación, contenida en la sección 2 de la HRA, de tomar en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ello puede, es cierto, reducir la incertidumbre acerca de la forma de interpretar los derechos de la Convención. Pero también puede incrementar la objeción democrática a la HRA y socavar su *weak-form*, dado que se estará plasmando, de manera un tanto difusa, la interpretación del TEDH en el orden jurídico doméstico, lo que es tanto como decir que, vía interpretación, podría debilitarse progresivamente la soberanía parlamentaria. Por lo que respecta al tema y en particular ante la observación de que los tribunales domésticos tienden a ser deferentes a la jurisprudencia del TEDH, véase RICHARD BELLAMY, “Political Constitutionalism and the Human Rights Act”, cit., p. 97.

⁷²¹ Creo que una satisfactoria aclaración del significado de ese rasgo transformador (o, por lo menos, potencialmente transformador) puede encontrarse en MARK ELLIOTT, “Parliamentary sovereignty and the new constitutional order: legislative freedom, political reality and convention”, *Legal Studies*, v. 22, n. 03, septiembre de 2002 (pp. 340-376), p. 347.

⁷²² Me refiero a la ausencia de transparencia únicamente en un sentido comparativo, definiendo como parámetro de comparación el procedimiento legislativo.

⁷²³ Véase AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, I-CON, v. 13, n. 04, 2013 (pp. 1008-1039). El objetivo del texto de KAVANAGH consiste en poner en tela de juicio la solidez de la distinción, acuñada por MARK TUSHNET, entre *weak* y *strong*

La segunda herramienta que tienen los jueces para controlar la compatibilidad de la legislación doméstica con la Convención se encuentra plasmada en la sección 4 de la HRA, que reza sencillamente lo siguiente: los tribunales, una vez convencidos de que la ley vulnera un derecho de la Convención, pueden emitir una *declaración de incompatibilidad*⁷²⁴. Esa declaración no genera, según ya se ha comentado, ningún efecto en la esfera de validez y eficacia de la ley impugnada. Aquí – de manera semejante al sistema canadiense – la última palabra le corresponde al legislador⁷²⁵. Con todo, hay que tener en cuenta una diferencia nada despreciable: en el Reino Unido los tribunales no poseen la competencia para invalidar la ley. En Canadá, en cambio, la Corte Suprema sí la tiene⁷²⁶. Es decir: aunque, posteriormente, prevalezca la eventual declaración de *no obstante* del legislador, la decisión judicial sobre la validez de una norma se reviste de naturaleza autoritativa. Los jueces ingleses, a su vez, cuentan solamente con la posibilidad de reconocer y declarar una incompatibilidad, sin que de ella resulten cambios ni en el orden normativo ni en las posiciones jurídicas de las partes en conflicto.

Resulta indispensable apuntar que el análisis de la sección 4 no puede llevarse a cabo al margen de su intrínseca conexión con la sección 3. Es que ante dos instrumentos de revisión distintos – la interpretación y la declaración de incompatibilidad – surge el interrogante acerca de cómo y en qué orden utilizarlos. Me parece clarificadora la explicación de AILEEN KAVANAGH, al subrayar que se ha consolidado en los tribunales británicos un principio general según el cual se debe privilegiar, siempre y cuando sea

judicial review. Con arreglo a la sección tercera de la HRA, la autora teje una serie de argumentos con el fin de demostrar que, en la práctica, el modelo británico de *judicial review* quizás no sea realmente débil. En particular, KAVANAGH critica la afirmación de MARK TUSHNET sobre el presunto carácter *weak* de instrumentos puramente interpretativos de revisión judicial. De hecho, TUSHNET presenta los mecanismos puramente interpretativos, a ejemplo de los que existen en Nueva Zelanda y Reino Unido, como los más débiles instrumentos de *judicial review* y, seguidamente, añade la observación de que, entre ambos, el de Reino Unido es un poco más fuerte. Véase MARK TUSHNET, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, cit., pp. 820/821.

⁷²⁴ Así está redactada la sección 4 (en realidad, las secciones 4.1 y 4.2) de la *Human Rights Act*:

“(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility”.

⁷²⁵ Me parece muy didáctica y sintética la explicación de TOMKINS acerca de la declaración de incompatibilidad. Según TOMKINS, una vez emitida la declaración de incompatibilidad, el parlamento revisará el acto normativo en cuestión con el fin de adoptar uno de estos tres caminos: (1) mantener íntegramente el texto de la ley, (2) introducirle una enmienda o (3) rechazar completamente la ley, declarando finalmente su invalidez. Vid. ADAM TOMKINS, “The role of the courts in the political constitution”, cit., p. 21.

⁷²⁶ Véase MICHAEL PERRY, “Protecting Human Rights in a Democracy: what role for the courts?”, *Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003 (pp. 635-698), p. 670.

posible, el uso del deber interpretativo de la sección tercera⁷²⁷; en consecuencia, la emisión de declaraciones de incompatibilidad conserva un carácter subsidiario, esto es, constituye un último recurso⁷²⁸. De ahí se desprende un razonamiento en dos pasos⁷²⁹. En primer lugar, el juez se plantea la duda respecto a la vulneración de un derecho de la CEDH. Si la respuesta es positiva, debe, en un segundo paso, preguntarse si es entonces posible interpretar la ley *de conformidad* con la Convención. Si la respuesta es afirmativa, se está aplicando la sección tercera. En cambio, si resulta negativa la respuesta, o sea, si la incompatibilidad es tan aguda que el mecanismo interpretativo no es capaz de removerla, se echa mano, como último recurso, de la sección 4, emitiéndose la correspondiente declaración de incompatibilidad.

Hay, por ende, una influencia recíproca entre las secciones tercera y cuarta de la HRA. Y es precisamente esa relación la que parece explicar el infrecuente uso de las declaraciones de incompatibilidad. En la medida en que el lenguaje dúctil de los derechos le ofrece al juez un amplio margen de construcción interpretativa, se crea un incentivo para la utilización de la *interpretación conforme*. Y tal incentivo se incrementa si se toma en consideración el hecho de que la sección cuarta no suministra ningún remedio inmediato a la parte que se considere que ha sufrido con la vulneración de un derecho que la Convención le garantiza⁷³⁰. La declaración de incompatibilidad, por lo tanto, deja las cosas como están. Por otra parte, la sección 3 posee un atributo modificativo relevante y en alguna medida subrepticio: relevante porque se le reconoce al individuo litigante un derecho que la legislación británica – *prima facie* – no le reconocería; subrepticio porque todo ello se mueve en un terreno supuestamente jurídico, como si se tratara de la *recta*

⁷²⁷ AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1022.

⁷²⁸ Eso es lo que justifica la opinión de KAVANAGH según la cual es la sección tercera el instrumento más importante en lo tocante a la protección de los derechos de la Convención. Vid. AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1032. Idéntica conclusión puede verse en STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 182.

⁷²⁹ Vid. AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1016.

⁷³⁰ Resulta oportuno reproducir la observación de KAVANAGH: “So, ironically, it is precisely the remedial emptiness of the declaration of incompatibility which may lead the UK courts to adopt highly creative and interventionist interpretations in order to fill the remedial gap. In some of the most controversial cases of judicial rectification under §3, the courts were clearly motivated by a concern that prospective legislation following a declaration of incompatibility would leave individual litigants empty-handed and cause them substantial injustice”. AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1022.

interpretación de cláusulas jurídicas, sin que, a diferencia de lo que sucede con la sección 4, se impulse la intervención institucional del legislador⁷³¹.

Me gustaría, a modo de conclusión, añadir dos comentarios más. El primero de ellos trata de los mecanismos institucionales de las secciones 10 y 19 de la HRA⁷³². Según se ha explicitado, la declaración judicial de incompatibilidad remite la cuestión al parlamento británico. Bajo la aplicación de la sección 10⁷³³, el ministro encargado del acto normativo impugnado tiene la posibilidad – si considera que hay razones relevantes para hacerlo – de echar mano de un remedio inmediato (“*remedial action*”), cuya finalidad consiste en remover la incompatibilidad de manera rápida, a través de un procedimiento legislativo no-ordinario (“*fast-track legislative procedure*”). A su vez, la sección 19⁷³⁴ también se conecta con el ámbito de las relaciones institucionales entre

⁷³¹ El problema democrático que involucra el uso de la sección tercera es, a mi juicio, peliagudo. Según nos cuenta KAVANAGH, los tribunales británicos han incorporado una comprensión *expansiva* de su labor interpretativa. En palabras más sencillas, no se trata solamente de concretar el significado de un conjunto de palabras dúctiles, sino de otorgarles contenido con arreglo a métodos de interpretación que permiten al juez ir más allá del sentido claro de la ley. Por ello, KAVANAGH realmente tiene razón al poner de manifiesto que esa *cultura interpretativa* puede modificar – subrepticamente, cabe agregar – el Derecho. Nótese que, al acudir a la herramienta interpretativa de la sección tercera, el tribunal no sólo *declara* una incompatibilidad; su labor es, por decirlo así, positiva, una vez se da un paso adelante y se corrige la vulneración identificada. A decir verdad, el recurso a la sección tercera se vuelve prácticamente indistinguible de una enmienda a la legislación. Vid. AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1018 y p. 1022. Acorde con la opinión de TOMKINS, uno de los métodos de aplicación de carácter “*open-ended*” es el juicio de proporcionalidad. Vid. ADAM TOMKINS, “The role of the courts in the political constitution”, cit., p. 04. En la misma línea argumental se encuentra FELDMAN, cuya opinión destaca que el deber interpretativo de la sección tercera no se dirige a zanjar ambigüedades textuales o a identificar la intención del legislador. Se trata en realidad de una labor mucho más creativa. Vid. DAVID FELDMAN, “The Human Rights Act 1988 and constitutional principles”, cit., p. 185. Pese a todo ello, hay quienes prescriben la utilización acentuada de la sección 3, justamente con el fin de conferir una protección más intensa a los derechos y ante la justificación de que, a fin de cuentas, el parlamento siempre tiene la última palabra. Véase GAVIN PHILLIPSON, “Deference, Discretion, and Democracy in the Human Rights Era”, *Current Legal Problems*, v. 60, 2007 (pp- 40-78), p. 76. Una discusión sugerente sobre la sección tercera, especialmente al poner de manifiesto la necesidad de hacer hincapié en la concepción de constitucionalismo que, incluso bajo esa suerte de deber de interpretación conforme, podría permitir la preservación de la soberanía parlamentaria, puede hallarse en RICHARD BELLAMY, “Political Constitutionalism and the Human Rights Act”, cit., pp. 103-105.

⁷³² Sobre esos dos mecanismos, véase RICHARD BELLAMY, “Political Constitutionalism and the Human Rights Act”, cit., pp. 98-100. Véase también MARK ELLIOTT, “Parliamentary sovereignty and the new constitutional order: legislative freedom, political reality and convention”, cit., pp. 347-349.

⁷³³ La sección 10 estatuye el *power to take remedial action* y así queda redactada la subsección 10.2: “If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility”.

⁷³⁴ Conviene transcribir la redacción de la sección 19:

“(1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill—

(a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or

(b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill.

legisladores y jueces, haciendo posible acudir, de modo similar a lo que ocurre en Canadá, a la noción de “diálogo”⁷³⁵. Se instituye, con arreglo a dicha sección, la obligación ministerial de “sellar” cada propuesta legislativa con una de las siguientes etiquetas: “*statement of compatibility*” o “*statement of incompatibility*”. Como se percibe, se reserva al gobierno la posibilidad de proponer una ley a sabiendas (a su juicio, por supuesto) de que es incompatible con un derecho de la CEDH.

De modo similar a lo que sucede en torno a la “*notwithstanding clause*” canadiense, la inexistencia de “*statements of incompatibility*” por parte del gobierno británico⁷³⁶, además de la regular y usual deferencia del parlamento a las (si bien escasas) declaraciones de incompatibilidad dictadas por los tribunales⁷³⁷, parece justificar el escepticismo de MARK TUSHNET en lo concerniente a la estabilidad de la *weak-form of judicial review*. En el caso de Reino Unido, también se sugiere que, en la práctica, se estaría ante un sistema de constitucionalismo fuerte. Aquí, la inestabilidad radicaría en la tensión entre la estructura institucional y su funcionamiento real. En teoría, el sistema se encuentra diseñado para preservar la palabra final del parlamento, aunque, en la práctica, el *locus* de la política termine por aceptar la incompatibilidad puesta de relieve por el *locus* jurisdiccional, lo que, en último término, parece indicar que la palabra final sobre el contenido y alcance de los derechos queda fatalmente en manos de los jueces. Y ese

(2) The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate”.

⁷³⁵ BELLAMY y KAVANAGH prefieren la expresión “división del trabajo”. Véanse RICHARD BELLAMY, “Political Constitutionalism and the Human Rights Act”, cit., p. 111 y AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1038. Pero los rasgos dialógicos del modelo británico tras la incorporación de la Convención se han puesto de relieve, por ejemplo, por JANET HIEBERT, especialmente en lo que atañe al rol desarrollado por el *Joint Committee on Human Rights* (JCHR), un órgano del parlamento cuya función radica en el examen de la compatibilidad entre los proyectos de ley y los derechos de la Convención. Vid. JANET L. HIEBERT, “New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?”, *Texas Law Review*, v. 82, 2004 (pp. 1963-1988), p. 1978 y, sobre todo, JANET L. HIEBERT, “Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?”, *I-CON*, v. 04, n. 01, 2006 (pp. 01-38). Desde una perspectiva distinta, ADAM TOMKINS acude al ejemplo del *Joint Committee on Human Rights* para recalcar el hecho de que puede haber, en el seno del debate parlamentario, deliberación racional en lo concerniente a los derechos. Vid. ADAM TOMKINS, “The role of the courts in the political constitution”, cit., pp. 19-20.

⁷³⁶ En realidad, se ha echado mano del *statement of incompatibility* solamente en una oportunidad (en la introducción del *Communication Bill* en el año 2002). Véase AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1029. Véase también JANET L. HIEBERT, “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”, *The Modern Law Review*, v. 69, 2006 (pp. 07-28), pp., 24-25.

⁷³⁷ Véase AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1025. De acuerdo con su investigación, habían sido emitidas en total 21 declaraciones finales de incompatibilidad, casi siempre seguidas de una posterior respuesta positiva (si bien no siempre eficaz o suficiente) del parlamento.

tipo de argumento se ve reforzado ante los efectos de la sección tercera y de su deber de *interpretación conforme*.

Todo ello nos lleva finalmente al segundo, breve y último comentario. MICHAEL PERRY señala muy acertadamente que la comparación entre el modelo británico y el modelo canadiense no puede ignorar un hecho significativo: el sistema jurídico del Reino Unido posee una doble dimensión – doméstica y transnacional⁷³⁸. Por ello, la evaluación de las relaciones entre jueces y legisladores debe considerar el hecho de que, en la esfera transnacional, es un tribunal (TEDH) el que conserva la última palabra sobre los derechos de la Convención. Ello no acarrea consecuencias únicamente *formales*, vinculadas a la precedencia de la decisión de orden supranacional en virtud de una obligación de derecho internacional. Siguiendo a AILEEN KAVANAGH, el parlamento, frente al temor de una probable condena en Estrasburgo y en aras de evitar desgastes políticos sustanciales, tiende a acoger las declaraciones de incompatibilidad emitidas *vía* sección 4⁷³⁹. Nótese, en conclusión, que el ingrediente transnacional representa un elemento más – y sumamente relevante – en esa compleja relación entre jueces y legisladores, dentro de la cual el énfasis en la última palabra parece menoscabarse y, a la postre, carecer de capacidad orientadora⁷⁴⁰.

2.2.3. Nueva Zelanda y Australia: el constitucionalismo más débil

A mi juicio, tanto en términos de estructura institucional como en lo tocante a la operatividad de las herramientas procedimentales, las experiencias de Canadá y Reino

⁷³⁸ MICHAEL PERRY, “Protecting Human Rights in a Democracy: what role for the courts?”, cit., pp. 671-673. MARK TUSHNET aduce que, en cierto modo, lo que hacen los tribunales británicos es un ejercicio de predicción sobre lo que decidiría el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si estuviera en su lugar. Vid. MARK TUSHNET, “New forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, cit., p. 836.

⁷³⁹ Además de una especie de precaución o juicio de probabilidad respecto de una futura decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hay asimismo la presión de los medios, que tratarían las declaraciones de incompatibilidad *como si fueran* decisiones autoritativas, vinculantes y que, por lo tanto, merecerían el respeto y la obediencia del parlamento. Véase AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1029.

⁷⁴⁰ Sobre este punto en particular, véase AILEEN KAVANAGH, “A Hard Look at the Last Word”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 04, 2015 (pp. 825-847). KAVANAGH concluye, a mi juicio de modo muy acertado y, cabe agregar, de conformidad con uno de los ejes del argumento que intento construir en este trabajo, que en la evaluación de la operatividad de los diseños institucionales (y, especialmente, en el análisis sobre el carácter débil o fuerte del constitucionalismo) juega un papel cardinal la *cultura jurídica* o, lo que es lo mismo, un rango informal integrado por una matriz de doctrinas (“*matrix*”: la expresión es de la autora) sobre cómo debe comprenderse y, a la postre, interpretarse el Derecho. Véase AILEEN KAVANAGH, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, cit., p. 1038. Para un argumento similar, véase también ROBERT LECKEY, *Bill of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 155.

Unido, tras la incorporación, respectivamente, del *Charter* y de la *Human Rights Act*, resultan ser las más interesantes dentro del campo del llamado “constitucionalismo débil”. Y ello porque parece haber realmente un hiato entre lo que se ha ideado institucionalmente y lo que en definitiva sucede en la práctica en torno a la concreción del catálogo de derechos. Y es la discusión acerca de ese hiato la que suministra ingredientes muy sugerentes para un análisis más general, esto es, para una comprensión respecto de la compleja naturaleza de las relaciones entre *derechos*, *jurisdicción* y *legislación*. Mi impresión es que, si bien Australia y Nueva Zelanda normalmente son tomadas como prototipos de *weak-form of judicial review*, su práctica institucional suele ser más estable y, con ello, menos susceptible a las oscilaciones que despiertan un interés teórico más inmediato⁷⁴¹. Por esa razón y con el propósito de poner término a esta sección, me acercaré a esos dos modelos de manera concisa y con finalidad esencialmente descriptiva.

Puede afirmarse sin grandes matizaciones que, en comparación con el Reino Unido y Canadá, Nueva Zelanda y Australia representan los más débiles sistemas de revisión judicial con arreglo a derechos. WALDRON, por ejemplo, sitúa a Nueva Zelanda en el extremo más débil⁷⁴². GARDBAUM, a su vez, dibuja un espectro en el que es Australia el que ocupa ese lugar⁷⁴³. Obviamente esa precisión carece de relevancia y lo importante es preguntarse por qué ambos países, siguiendo a TUSHNET, representan los ejemplos más cercanos al modelo de *Westminster*, a la pura soberanía parlamentaria⁷⁴⁴. Por lo que respecta a Australia, la respuesta quizás sea más evidente. Se trata, nótese bien, de un país que a nivel nacional no cuenta con ninguna clase de *Bill of Rights*⁷⁴⁵. Pese a que la discusión en torno a la promulgación de una carta de derechos haya tenido lugar en el

⁷⁴¹ Para una comparación entre la experiencia de Nueva Zelanda y la experiencia de Australia, en atención a la cultura jurídica de ambos países y a la forma en la que han ido evolucionando la aplicación de sus catálogos de derechos, véase CLAUDIA GEIRINGER, “What’s the story? The instability of the Australasian bills of rights”, *I-CON*, v. 14, n. 01, 2016 (pp. 156-174).

⁷⁴² JEREMY WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, cit., p. 1356.

⁷⁴³ Según el autor, el espectro, desde el constitucionalismo más fuerte hacia el más débil, sería el siguiente: Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia. Vid. STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 230.

⁷⁴⁴ MARK TUSHNET, “New forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, cit., p. 815.

⁷⁴⁵ Véase STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 204. DIXON, en cambio, sostiene que Australia sí cuenta con un *Bill of Rights*, si bien significativamente restringido. Sobre la cultura jurídica “formalista” en Australia y sobre la resistencia respecto de una reforma dirigida hacia el incremento de su *Bill of Rights*, véase el muy sugerente artículo de ROSALIND DIXON, “An Australian (partial) bill of rights”, *I-CON*, v. 14, 2016 (pp. 80-98).

debate público reciente⁷⁴⁶, Australia se mantiene como una de las pocas naciones que no han cedido a esa muy asentada tendencia internacional⁷⁴⁷.

Lo interesante en la maquinaria institucional australiana es que, a pesar de no haber un catálogo de derechos de rango nacional, hay control judicial con respecto a lo que, según ya hemos comentado, WALDRON denominaría “estructura constitucional”. En ese sentido, el parámetro de revisión judicial no es un conjunto de principios morales. Es el legislador el responsable de definir, soberanamente, qué cuenta como *libertad*, *dignidad* o *igualdad*. El parámetro del control de constitucionalidad es, por ende, todo lo que involucra la separación de poderes y todo lo concerniente a los conflictos federativos. Dicho de otra manera, y conforme a GARDBAUM, el sistema australiano posee una naturaleza híbrida⁷⁴⁸: en lo que atañe a derechos, se ha consolidado una tradición esencialmente parlamentaria; por otra parte, ante las cuestiones de estructura del Estado y de división del poder político, la última palabra le corresponde al poder judicial.

Cabe agregar, sin embargo, que tal singularidad no impide el control político respecto de la compatibilidad de la legislación con los derechos emplazados en tratados internacionales o desarrollados en el *Common Law*⁷⁴⁹. Además de ello, el orden jurídico australiano cuenta con una serie de leyes dirigidas hacia la protección de un conjunto significativo de derechos; y muchas de esas leyes, conviene añadir, se relacionan con directivas plasmadas en instrumentos internacionales⁷⁵⁰. En lo que atañe, por lo tanto, al control político sobre la base de derechos (pese a que no se encuentren recogidos en un *Bill of Rights* específico), puede mencionarse, a modo de ilustración, que el parlamento australiano, siguiendo el ejemplo del Reino Unido, también cuenta con un *Joint*

⁷⁴⁶ Para un recorrido histórico en lo referente a la controversia política sobre la introducción de un catálogo de derechos nacional, véase ANDREW BYRNES, HILARY CHARLESWORTH Y GABRIELLE MCKINNON, *Bills of Rights in Australia: history, politics and law*, Sydney, UNSW Press, 2009, pp. 23-35.

⁷⁴⁷ “No national bill of rights of any sort”, es la descripción suministrada por JAMES ALLAN y conectada con una valoración positiva, según la cual la introducción de un *Bill of Rights* significaría, a grandes rasgos, un declive en términos democráticos. Vid. JAMES ALLAN, *Democracy in Decline: steps in the wrong direction*, cit., p. 34. El autor apunta, además de eso, que la influencia del modelo suizo en el diseño institucional australiano y, con ello, el dificultoso proceso de enmienda a la Constitución (se requiere un referéndum nacional) contribuyen a explicar el fracaso en la promulgación de un *Bill of Rights* (cit., pp. 35-36). Para una opinión en buena medida contraria a la de ALLAN, esto es, menos escéptica en torno a la incorporación de un catálogo de derechos (entendidos en tanto que valores compartidos por la comunidad) en la Constitución, véase ELISA ARCIONI y ADRIENNE STONE, “The small brown bird: Values and aspirations in the Australian Constitution”, *I-CON*, v. 14, n. 01, 2016 (pp. 60-79).

⁷⁴⁸ STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 204.

⁷⁴⁹ STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 205.

⁷⁵⁰ Con respecto a ese conjunto de leyes y en lo concerniente a las más diversas formas de protección de los derechos humanos en Australia, véase ANDREW BYRNES, HILARY CHARLESWORTH Y GABRIELLE MCKINNON, *Bills of Rights in Australia: history, politics and law*, cit., pp. 36-40.

Committee on Human Rights (JCHR)⁷⁵¹. La labor de ese comité consiste en la elaboración de informes intraparlamentarios que, a su vez, pueden convertirse en declaraciones de compatibilidad o incompatibilidad destinadas únicamente al examen legislativo.

De todos modos, la ausencia de un *Bill of Rights* es una peculiaridad que se da al nivel nacional. De ahí que el tema de la *judicial review* sobre la base de derechos suele encontrarse en la reciente experiencia institucional de dos subdivisiones administrativas: en el Territorio de la Capital Australiana (ACT), cuyo *Bill of Rights* es de 2004 y en el estado de Victoria, que ha promulgado su catálogo de derechos en 2006⁷⁵². Según GARDBAUM, ambas declaraciones de derechos son muy similares entre sí y contienen disposiciones inspiradas en el núcleo de la *Human Rights Act* británica⁷⁵³. Con ello, se ha otorgado a los jueces el poder para emitir declaraciones de incompatibilidad, además de atribuirles un deber interpretativo anclado en una cláusula que, a grandes rasgos, estatuye que la legislación local debe interpretarse, en la medida de lo posible, *de conformidad* con los derechos humanos⁷⁵⁴.

Como puede advertirse, el mecanismo interpretativo es muy similar al británico. Pero no es idéntico. Y no lo es porque tanto en el estado de Victoria como en el Territorio de la Capital Australiana se ha añadido a esa cláusula un elemento más en torno a la expresión “posible”. Se ha agregado el término “*legislative purpose*”⁷⁵⁵. Dicho de modo breve y sencillo, el texto de la sección que trata de la herramienta interpretativa intenta acotar su propio ámbito de aplicación; es decir, la interpretación no debe ser simplemente *posible*; ella solo es posible si respeta y está acorde con la intención o propósito de la legislación. Se establece, por lo tanto, una condición de posibilidad a la *interpretación*

⁷⁵¹ GARDBAUM señala que las funciones del comité australiano son más restringidas en comparación con las del JCHR de Reino Unido. Vid. STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 205.

⁷⁵² Véase ANDREW BYRNES, HILARY CHARLESWORTH Y GABRIELLE MCKINNON, *Bills of Rights in Australia: history, politics and law*, cit., pp. 73-138. Sobre algunos de los principales rasgos del *Bill of Rights* del Territorio de la Capital Australiana, véase JANET L. HIEBERT, “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”, cit., p. 16.

⁷⁵³ STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 206. Si bien no es el caso de reproducirlas aquí, GARDBAUM destaca diez diferencias entre los dos modelos australianos y la *Human Rights Act* de Reino Unido, pese a sus evidentes (y, a mi juicio, comparativamente más relevantes) semejanzas (cit., pp. 207-209).

⁷⁵⁴ Una descripción en detalle acerca de las peculiaridades de esos dos mecanismos institucionales puede verse en ANDREW BYRNES, HILARY CHARLESWORTH Y GABRIELLE MCKINNON, *Bills of Rights in Australia: history, politics and law*, cit., pp. 79-81 y pp. 114-119.

⁷⁵⁵ Así está redactada la sección 32.1 del *Bill of Rights* del estado de Victoria (la cursiva es mía): “So far as it is possible to do so *consistently with legislative purpose*, all statutory provisions must be interpreted in a way that is compatible with human rights”. De modo muy similar, así reza la sección 30 de la carta de derechos del Territorio de la Capital Australiana (la cursiva es mía): “So far as it is possible to do so *consistently with its purpose*, a Territory law must be interpreted in a way that is compatible with human rights.”

conforme que la vincula directamente a la legislación. Es cierto que la eficacia de esa suerte de restricción textual puede ponerse en tela de juicio. Con todo, es interesante observar que se ha intentado evitar o por lo menos suavizar el potencial efecto creativo (y, en consecuencia, modificativo) del deber de interpretar la ley con arreglo a derechos⁷⁵⁶.

Lo que suele concluirse respecto del modelo australiano es que, en efecto, el impacto de la introducción de los dos *Bill of Rights* se hace más visible en el proceso legislativo, ante el incremento de la calidad deliberativa y en virtud del control político – intraparlamentario – sobre la base del catálogo de derechos⁷⁵⁷. Según GARDBAUM, los tribunales terminan por jugar un papel realmente restringido, preservándose la tradición parlamentaria en lo concerniente a la definición del contenido de los derechos. Prueba de ello es el infrecuente uso de las declaraciones de incompatibilidad y, más allá de todo, la plasmación de una concepción limitada y de autocontención judicial en lo tocante al recurso a la herramienta interpretativa⁷⁵⁸.

Por lo que respecta finalmente a Nueva Zelanda, el objeto de análisis se centra en el *New Zealand Bill of Rights Act* (NZBORA), promulgado en 1990. Ante todo, resulta oportuno señalar que el sistema neozelandés no cuenta con una Constitución escrita, formal, de tal modo que el NZBORA es un catálogo de derechos de rango legislativo (*statutory Bill of Rights*), no constitucional⁷⁵⁹. Ello quiere decir que, en rigor, el procedimiento para reformarlo no es distinto del procedimiento legislativo ordinario⁷⁶⁰. Además de ello, tal y como se ha visto en los ejemplos de Reino Unido y Australia, no se otorga a los tribunales ninguna autoridad para invalidar una ley considerada incompatible

⁷⁵⁶ Véase STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 208 y p. 219.

⁷⁵⁷ STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., pp. 217-218. Acerca del incremento de la calidad deliberativa, sobre todo a causa del deber parlamentario de formulación de una declaración de compatibilidad o incompatibilidad respecto de cada ley propuesta, véase ANDREW BYRNES, HILARY CHARLESWORTH Y GABRIELLE MCKINNON, *Bills of Rights in Australia: history, politics and law*, cit., p. 158.

⁷⁵⁸ STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 220. En el mismo sentido, véase JANET L. HIEBERT, “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”, cit., p. 16.

⁷⁵⁹ Un análisis interesante respecto de las relaciones entre el carácter *no escrito* de las constituciones de Nueva Zelanda y Reino Unido y las modificaciones generadas por el funcionamiento de sus respectivos catálogos de derechos puede verse en MARK ELLIOTT, “Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution”, *New Zealand Law Review*, 2011 (pp. 591-623). Para una idea esclarecedora e interesante respecto de cómo debería entenderse la Constitución (no escrita) de Nueva Zelanda (en términos de preservación de una determinada cultura jurídica y de un conjunto de instituciones) y de cómo dicha Constitución hoy en día se ve amenazada, véase JANET MCLEAN, “The unwritten political constitution and its enemies”, *I-CON*, v. 14, n. 01, 2016 (pp. 119-136).

⁷⁶⁰ Vid. STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 129.

con el *Bill of Rights*⁷⁶¹. La última palabra se encuentra completamente en manos del legislador.

Si bien esta afirmación es inevitablemente imprecisa, creo que, a fin de cuentas, resulta plausible considerar el constitucionalismo neozelandés como el más débil entre todos los anteriores. En primer lugar, el *Bill of Rights* es en sí mismo modesto, en la medida en que contiene un conjunto en cierto modo reducido de derechos. Pongamos por caso la ausencia de un derecho específico a la propiedad y a la privacidad, además de no haber mención a ningún derecho de tipo socioeconómico⁷⁶². En segundo lugar y sobre todo, el NZBORA es básicamente un *Bill of Rights* interpretativo, es decir, no se trata sólo de que a los jueces no les corresponde llevar a cabo juicios sobre la validez de las leyes; en realidad tampoco se les otorga poderes para declararlas por lo menos incompatibles con los derechos fundamentales⁷⁶³. De ahí que sus eventuales consideraciones acerca de la relación entre la legislación y los derechos no influyen, por lo menos desde un punto de vista formal o procedimental, en las deliberaciones legislativas. Dicho de otra manera, el sistema no está diseñado para exigir una respuesta legislativa tras una declaración judicial.

Por ello, el NZBORA suele clasificarse como un *Bill of Rights* esencialmente interpretativo⁷⁶⁴, lo que es tanto como decir que su función principal consistiría en orientar a los jueces a privilegiar una interpretación de la ley que sea consistente con el catálogo de derechos. En efecto, ello es básicamente lo que prescribe la sección 6 del NZBORA⁷⁶⁵. De conformidad con lo que se ha puesto a examen al acudir a la experiencia británica, todo lo importante aquí es identificar el uso que los jueces hacen de ese tipo de

⁷⁶¹ Es lo que estatuye la sección 4 del NZBORA:

“No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights), —

(a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or

(b) decline to apply any provision of the enactment—

by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights”.

⁷⁶² Sobre ello, véase STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., pp. 131-132.

⁷⁶³ En efecto, el sistema no cuenta con una autorización formal para que los jueces dicten declaraciones de incompatibilidad. Véase, por ejemplo, JANET L. HIEBERT, “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”, cit., p. 14.

⁷⁶⁴ Véase KENT ROACH, “Common Law Bills of Rights as Dialogue between Courts and Legislatures”, *University of Toronto Law Journal*, v. 55, n. 3, 2005 (pp. 733-766), p. 752. De modo concluyente, GARDBAUM señala: “In short, the NZBORA is the prototype of an interpretative rather than an overriding or supreme bill of rights”. STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 132.

⁷⁶⁵ Así está redactada la sección 6: “Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.”

instrumento interpretativo. Utilizarlo como primer recurso y con arreglo a métodos creativos de interpretación puede convertir un modelo *weak* en *strong*. Sin embargo, se ha subrayado que en Nueva Zelanda los jueces han asumido una postura moderada y restringida en términos de interpretación⁷⁶⁶, conservándose cierta deferencia hacia el legislador en lo que atañe a la concreción del contenido y alcance de los derechos. En la opinión de GARDBAUM, se ha plasmado una práctica de revisión judicial sin supremacía judicial⁷⁶⁷.

A decir verdad y con independencia de todo ello, el análisis en torno al carácter meramente interpretativo del NZBORA no resulta tan sencillo, con lo cual tampoco es concluyente⁷⁶⁸. Ello es así debido cuando menos a dos razones. En primer lugar, debe matizarse la afirmación según la cual los jueces no están autorizados a emitir declaraciones de incompatibilidad. El sistema, es cierto, carece de una previsión expresa en ese sentido. Con todo, hay una discusión relevante sobre el tema, impulsada, nótese bien, por algunas sentencias de la Corte Suprema de Nueva Zelanda, que ha llegado a afirmar que los jueces – bajo la vigencia del NZBORA – tienen el deber implícito de poner de manifiesto una eventual inconsistencia de la ley aplicable con algún o algunos de los derechos del *Bill of Rights*⁷⁶⁹. Como es notorio, lo que se extrae de la observación *pura* de la maquinaria institucional no siempre es lo que se concluye después de evaluar su funcionamiento.

La segunda razón – y, a mi juicio, la más importante – radica en la influencia del NZBORA en el proceso político de elaboración de las leyes. Según han comentado

⁷⁶⁶ Véase STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 136. No obstante esa suele ser la percepción general acerca del comportamiento judicial, MARK ELLIOTT advierte que los jueces neozelandeses empiezan a distanciarse de una postura deferente en la medida en que absorben, si bien con recelos, la doctrina de la proporcionalidad. Vid. MARK ELLIOTT, “Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution”, cit., p. 608. En un sentido similar al de ELLIOTT, JAMES ALLAN opina que los jueces neozelandeses, mediante el uso de la herramienta interpretativa, empiezan a hacer proliferar la incertidumbre en el orden jurídico. Vid. JAMES ALLAN, “The Effect of a Statutory Bill of Rights where Parliament is Sovereign: The Lesson from New Zealand”, en T. CAMPBELL, K.D. EWING y A. TOMKINS, *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, (pp. 375-390), pp. 387-388.

⁷⁶⁷ STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 151.

⁷⁶⁸ MARK ELLIOTT pone sobre la mesa un conjunto de ingredientes que deben considerarse con el fin de establecer esa clasificación, que, por lo general y sin una consideración detenida con relación al contexto, puede volverse estéril. Vid. MARK ELLIOTT, “Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution”, cit., p. 617.

⁷⁶⁹ Para un estudio en profundidad acerca de los orígenes y las consecuencias de esa declaración *informal* de inconsistencia (seguido de una sugerencia para que se promueva una reforma capaz de formalizarla y de promover el ideado “diálogo” entre jueces y legisladores), véase CLAUDIA GEIRINGER, “On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act”, *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 40, 2009 (pp. 613-647).

acertadamente GARDBAUM y HIEBERT, el control político con arreglo a derechos es por lo general una huella de los sistemas de “constitucionalismo débil” y que se hace visible con más claridad en los modelos aún más débiles, como los de Australia y Nueva Zelanda⁷⁷⁰. Un buen ejemplo de ello estriba en el rol del *Attorney-General* bajo la sección 7 del NZBORA⁷⁷¹, que le atribuye la función de advertir al parlamento cada vez que se introduce una propuesta de ley a primera vista contraria a los derechos recogidos en el *Bill of Rights*⁷⁷². Según nos cuenta GARDBAUM, entre 2001 y 2004 el *Attorney-General* ha emitido siete informes indicando la incompatibilidad entre las leyes neozelandesas y la prohibición de discriminación por razones de sexo, hasta que en 2004 el parlamento ha promulgado la *Civil Union Act*, con el fin de eliminar la inconsistencia⁷⁷³.

Pues bien, quizás Nueva Zelanda ilustre con más claridad un modelo en el cual los jueces poseen un rol restringido y *no final* en la interpretación y aplicación de los derechos. Puesto que mi objetivo es reflexionar sobre la posibilidad de la vinculación del juez a la ley en un sistema de derechos, prescribir algo como la maquinaria institucional neozelandesa podría resultar atractivo. Hay un *Bill of Rights* y parece haber deferencia al legislador. Pero establecer las cosas en esos términos sería un equívoco. En la definición

⁷⁷⁰ Se trata del reconocido impacto del *Bill of Rights* en el proceso político de países como Nueva Zelanda y Australia (en las versiones regionales aquí evaluadas). Véanse STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 147 y JANET L. HIEBERT, “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”, cit., p. 14.

⁷⁷¹ La sección 7 reza así:

“Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,—
(a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or
(b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill,—
bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights”.

⁷⁷² Un comentario sobre la función del *Attorney-General* puede hallarse en JANET L. HIEBERT, “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”, cit., p. 14 y p. 26. HIEBERT muestra su escepticismo respecto al impacto de los informes de inconsistencia elaborados por el *Attorney-General* en la actividad parlamentaria. A su entender, el hecho de que el gobierno a menudo discrepa o ignora ese informe jurídico (HIEBERT usa el término “legal analysis”) puede indicar una influencia débil del NZBORA en la cultura política. En mi opinión, esa es sólo una de las posibilidades. Hay que tener en cuenta, empero, que una respuesta negativa a una indicación de inconsistencia no necesariamente implica desprecio por los derechos fundamentales o, mejor dicho, no necesariamente significa que el poder político no ha razonado sobre la base de derechos. Además de ello, cabe añadir que un informe acerca de la compatibilidad de una ley con un derecho fundamental puede ser visto como algo *no jurídico*, es decir, como algo un poco lejano a un análisis estrictamente jurídico. A fin de cuentas, ¿no es (también) debido a la naturaleza controvertida y disputable del contenido de los derechos por lo que los modelos de *weak-form of judicial review* mantienen la última palabra en manos del legislador? Quizás esa percepción *no jurídica* sobre la concreción de los derechos del NZBORA explique el hecho de que el legislador neozelandés, según comenta ELLIOTT, no suele ser tan deferente a las declaraciones *judiciales* de incompatibilidad como lo es el legislador británico. Vid. MARK ELLIOTT, “Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution”, cit., p. 612. No cabe ignorar, por lo que respecta a este aspecto y siguiendo también a ELLIOTT, la cardinal influencia del orden supranacional en el sistema británico (cit., p. 596).

⁷⁷³ STEPHEN GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, cit., p. 142.

de las relaciones de poder entre jueces y legisladores juegan un papel ingredientes múltiples, de tal modo que ni siquiera la conclusión sobre quién tiene la última palabra resulta sencilla.

Con el “argumento de la contingencia y contextualidad del control judicial de la ley” he intentado poner de relieve que hay distintas formas – contingentes – de contestar a la pregunta institucional y que cada una de ellas es enteramente dependiente de su contexto. Con el fin de ilustrar ese argumento, me pareció oportuno acudir a la maquinaria procedimental de países que, ante sus tradiciones y circunstancias históricas, han incorporado mecanismos de decisión notablemente singulares. No pretendo sostener, cabe recalcar, que tales diseños sean cualitativamente superiores. Su mérito – a los efectos de lo que aquí importa – está en poner claramente de manifiesto que una decisión con arreglo a derechos supone distribución de poder político. Por ello resulta más delicado, en sistemas de asentada soberanía parlamentaria, otorgar alguna parcela de ese poder a los jueces: el desplazamiento se hace notar con claridad. Bajo una sedimentada cultura de supremacía judicial, en cambio, dicho poder puede obscurecerse. Pero su naturaleza política es la misma, con independencia de quién finalmente lo ejerza.

3. EL ARGUMENTO DEL ESCEPTICISMO EN TORNO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo con lo que hemos visto en la sección anterior, el trazado de las circunstancias que harían justificable la implantación del control judicial de la ley en aras de proteger y concretar los derechos está lejos de ser sencillo. No es sólo que haya un conjunto en larga medida indefinido de elementos contextuales que tendrían que tomarse en cuenta en el balance de razones. Habría que considerar, asimismo, – y los modelos de “constitucionalismo débil” lo enseñan – las variadas formas de articular la distribución de poder político, lo que es tanto como decir que hablar de control judicial de la ley en términos generales es aludir más a una idea que a una forma concreta de diseño institucional. De todos modos, una concepción del constitucionalismo *al servicio de la política* y que, con ello, suponga la inexorabilidad de lo político en la definición del contenido y alcance de los derechos, debe preguntarse si hay realmente razones para dar por sentado el hecho de que, por lo general, el legislador no suele tomar en serio los derechos de los ciudadanos.

Me he referido a este problema muy tangencialmente al examinar el *argumento* anterior, al señalar – siguiendo a WALDRON y a BAYÓN – que no se podría asumir sin más, como una especie de dato conceptual, que la mayoría es una amenaza a los derechos. Pero creo que cabría avanzar un poco más en esta afirmación. Estoy de acuerdo con RAN HIRSCHL cuando subraya que hay una exitosa difusión, sobre todo a nivel académico, de la creencia acerca de la necesidad de otorgar a los jueces el poder para llevar a cabo la protección de los derechos fundamentales⁷⁷⁴. La hemos constatado en la introducción al “constitucionalismo de los derechos”. Es como si el *valor instrumental* que forma parte de un *planteamiento rawlsiano* siempre inclinara la balanza hacia la jurisdicción, como si irremediablemente necesitáramos de un procedimiento no-mayoritario capaz de consolidar el ideal moral de los derechos o, para decirlo de otra manera, las promesas constitucionales. También estoy de acuerdo con HIRSCHL en que debe matizarse significativamente esa creencia⁷⁷⁵.

Con el propósito de hacerlo, intentaré acudir a una línea argumental – a menudo anclada en análisis empíricos – destinada a arrojar un poco de escepticismo sobre la idea de protección *judicial* de los derechos fundamentales. En realidad, estimo que al aceptarse el *hecho del desacuerdo*, la *contingencia y contextualidad de la judicial review* y, por ende, la *inexorabilidad de la pregunta institucional*, es natural que surja algún grado de escepticismo, visto que se pone de relieve que el tema de los derechos no es un tema ajeno a la política. Pero también es verdad que no hace falta ser un escéptico en términos de protección judicial de los derechos para aceptar el “constitucionalismo político” desarrollado en esta tesis, porque esa concepción de constitucionalismo no exige tal postura escéptica como resultado de sus premisas. De ahí se sigue, a mi juicio, que un planteamiento como este tiene una función menos teórica y más persuasiva. Es decir, si hay una confianza excesiva en el rol de los jueces para modificar la realidad mediante el manejo de un catálogo de derechos, parece apropiado desarrollar un argumento escéptico y de finalidad persuasiva.

⁷⁷⁴ “The belief that judicially affirmed rights are a force of social change removed from the constraints of political power has attained near-sacred status in public discussion”. RAN HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007, p. 01.

⁷⁷⁵ RAN HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, cit., pp. 211-214. Uno de los ejes de la argumentación esgrimida por HIRSCHL es la “tesis de la preservación de la hegemonía”, según la cual la transferencia de las grandes cuestiones políticas a los tribunales representa una estrategia política dirigida hacia el mantenimiento del *statu quo*, ya que verdaderas transformaciones sociales no se llevan a cabo por la vía judicial.

Voy a organizar este planteamiento con arreglo a dos argumentos distintos, pero estrechamente conectados. El primer de ellos es un argumento *positivo*, que hace hincapié en la capacidad general de los legisladores (esto es, de la mayoría) para llevar a cabo la difícil tarea de garantizar y proteger los derechos individuales. Tomaré en cuenta, en una presentación sucinta, el examen de escenarios en los que ha sido el parlamento el que ha tenido un papel prominente en la protección de los derechos. En un segundo momento, intentaré articular un argumento *negativo*. Aquí, mi idea es acceder brevemente a la ya clásica discusión acerca de la *justiciabilidad* de los derechos sociales, una discusión – cabe comentar – que se hace presente de manera relevante en el debate teórico español. Con arreglo a la experiencia de países que han apostado por mecanismos de constitucionalismo “fuerte” – y quizás “muy fuertes”, añadiría yo –, la idea es poner en tela de juicio la confianza en el rol de los jueces para concretar las promesas constitucionales vinculadas a la mejora de los indicadores socioeconómicos de la comunidad.

3.1. La protección legislativa de los derechos individuales

En “*Sham Constitutions*”, DAVID LAW y MILA VERSTEEG, a través de una aproximación metodológica propia de la ciencia política, acceden a la experiencia concreta de regímenes autocráticos con el fin de indagar si verdaderamente se ha puesto en marcha la implementación de las promesas contenidas en sus cartas de derechos⁷⁷⁶. La conclusión no llega a ser sorprendente, pero tampoco deja de ser reveladora. Si bien esos países cuentan con un *Bill of Rights* y a menudo con tribunales encargados de su garantía, el sistema político no está organizado para respetar los derechos individuales, esto es, no hay una estructura y tampoco una práctica institucional dirigida a protegerlos. Algunos de los Estados donde con mayor énfasis se declara la prohibición de torturar resultan ser también donde más se tortura⁷⁷⁷. Por ello, los autores entienden que estamos ante constituciones “falsas” o “cínicas”. Es decir: no es que por razones político-sociales haya un abismo entre la promesa y la realidad; la verdad es que ni siquiera hay intención en

⁷⁷⁶ DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “*Sham Constitutions*”, cit., pp. 919-923. En realidad, el análisis de algunos regímenes antidemocráticos es sólo uno de los objetivos del trabajo. Los autores también ponen a examen países marcados por guerras civiles y otros de muy bajo desarrollo económico-social. Esos serían algunos de los factores que contribuirían al incumplimiento severo de los derechos emplazados en las correspondientes constituciones.

⁷⁷⁷ DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “*Sham Constitutions*”, cit., pp. 867-868.

cumplir con la promesa. Las constituciones sirven de mera propaganda, de una fachada para alentar los órganos internacionales⁷⁷⁸.

La relación entre el funcionamiento de la política y el respeto por los derechos civiles parece obvia a la luz de regímenes autocráticos. Es improbable que se respeten derechos básicos donde se reprime la participación política y no se siembran los valores del Estado de Derecho⁷⁷⁹. Pero esa es – nótese bien – una lección también aplicable a países democráticos en los que se sobrestima la conexión entre la protección de los derechos y la revisión judicial. Así que el estudio de LAW y VERSTEEG puede leerse desde una perspectiva sutilmente distinta. No se trata sólo de subrayar que la introducción de una carta de derechos donde *no hay* compromiso con la democracia es algo infecundo. Se trata más bien de recalcar, siguiendo a RICHARD BELLAMY, que es precisamente donde *hay* ese compromiso con la democracia donde muy probablemente se observará un alto nivel de respeto por los derechos individuales⁷⁸⁰. Por lo tanto, la constitucionalización de los derechos fundamentales no parece ser condición necesaria (y tampoco suficiente) de su plasmación y respeto en el seno de la comunidad⁷⁸¹; el adecuado funcionamiento de una estructura institucional *al servicio* de la política, sí.

Nada en lo anterior implica el rechazo de la *judicial review* como instrumento idóneo para alcanzar resultados positivos en la protección de los derechos. Ya se ha insistido en que eso obedece a un balance de razones y a su contexto. Sin embargo, y de nuevo de acuerdo con BELLAMY, es habitual sobrestimar esos resultados, infravalorando, por consiguiente, lo que se ha logrado en las legislaturas⁷⁸². Esa discusión es particularmente interesante en Estados Unidos, donde se ha consolidado la tradición de

⁷⁷⁸ DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “Sham Constitutions”, cit., pp. 919.

⁷⁷⁹ El respeto por los valores del Estado de Derecho suele conectarse con un nivel más consistente y perenne de protección de los derechos individuales. A ese respecto y con mención particular a los países de *Common Law*, véase DAVID S. LAW y MILA VERSTEEG, “Sham Constitutions”, cit., p. 920. A mi juicio, esa conexión es fundamental. BELLAMY acude a la idea de “moralidad interna del Derecho” de FULLER con el fin de poner de manifiesto los rasgos más elementales de un auténtico Estado de Derecho (la generalidad y universalidad de las leyes, su carácter prospectivo y sólo excepcionalmente retroactivo, además de su publicidad y claridad). Ese conjunto de ingredientes es capaz de producir estabilidad y reducir considerablemente la arbitrariedad. Resulta evidente, por lo tanto, que la satisfacción de esas condiciones torna probable el respeto por los derechos individuales, que, en su esencia, representan una garantía contra el arbitrio. Vid. RICHARD BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, cit., pp. 59-61.

⁷⁸⁰ RICHARD BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, cit., p. 02 y pp. 80-81. Aquí, el autor presenta las condiciones cívicas y democráticas – igualdad en el *status* político y no dominación entre los ciudadanos – que permiten que se consolide el *rule of law* y, en consecuencia, el respeto por los derechos civiles.

⁷⁸¹ Sobre ello, véase ADAM S. CHILTON y MILA VERSTEEG, “Do Constitutional Rights Make a Difference?”, *American Journal of Political Science*, v. 0, n. 0, 2015, pp. 01-15.

⁷⁸² RICHARD BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, cit., p. 10.

la *judicial review*. LARRY KRAMER tiene una opinión semejante a la de BELLAMY, señalando que se suele ignorar lo que la Corte Suprema ha hecho de nefasto en su historia – como en *Dred Scott* o en la aguda resistencia a una legislación de bienestar social – para poner el acento en sus éxitos más conocidos y que robustecen la supremacía judicial⁷⁸³.

Pongamos por caso a *Dred Scott*. MARK TUSHNET nos cuenta⁷⁸⁴ resumidamente que Dred Scott era un esclavo que, tras vivir algunos años con su propietario en Minnesota, donde estaba prohibida la esclavitud, postula su libertad ante los tribunales después de volver a Missouri, donde se permitía la esclavitud. La Corte Suprema – en 1857 – desestima la demanda, sobre la base de que una persona de piel negra, a la luz de la Constitución, no podría considerarse *ciudadana*. En consecuencia, tampoco se le ha reconocido a Scott el derecho a demandar ante un tribunal federal y, además de ello, se ha declarado que el Congreso no poseía autoridad para abolir la esclavitud en todos los territorios. En *Dred Scott*, nadie pondría en tela de juicio la conclusión de que los tribunales no han logrado proteger a una minoría. Al contrario, se ha reforzado su condición subyugada. Lo interesante aquí – y esa circunstancia la resalta TUSHNET – es que en aquel momento había un esfuerzo de los poderes elegidos para debilitar y poner término a la esclavitud. Pocos años después de *Dred Scott* el presidente Abraham Lincoln hizo un discurso en contra de la supremacía judicial, subrayando que los temas vitales de la comunidad no podrían cristalizarse en decisiones de la Corte Suprema⁷⁸⁵.

En efecto, LOUIS FISHER argumenta que el reproche a la esclavitud se ha originado en el pueblo y se ha organizado debido a su capacidad asociativa⁷⁸⁶. Los legisladores, añade FISHER, han puesto en marcha una serie de iniciativas para menoscabar esa injustificable institución, antes mismo de aprobar su prohibición en todos los territorios (1862). Como es sabido, en 1865 el Congreso promulgó la Décima Tercera Enmienda, estableciendo finalmente la abolición de la esclavitud⁷⁸⁷. Y fue mediante sucesivas leyes como se ha logrado disminuir la desigualdad entre blancos y negros en aquel periodo. Y todo ello, subraya FISHER, enfrentándose a la oposición judicial⁷⁸⁸. Según la interpretación del autor, la Corte Suprema ha dictado un conjunto significativo de

⁷⁸³ Véase LARRY D. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, N. York, Oxford University Press, 2004, pp. 229-230.

⁷⁸⁴ MARK TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, cit., p. 08.

⁷⁸⁵ Véase MARK TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, cit., pp. 08-09. Véase también LOUIS FISHER, *Congress protecting individual rights*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 2016, pp. 51-52.

⁷⁸⁶ LOUIS FISHER, *Congress protecting individual rights*, cit., pp. 49-50.

⁷⁸⁷ LOUIS FISHER, *Congress protecting individual rights*, cit., pp. 52-53.

⁷⁸⁸ LOUIS FISHER, *Congress protecting individual rights*, cit., pp. 54-55.

decisiones (*Civil Right Cases*) que ha abierto paso a la plasmación de la doctrina “*separate but equals*”, ratificada por la Corte en el caso *Plessy v. Ferguson* (1896), en el cual se declaró la constitucionalidad de una ley del Estado de Lousiana que determinaba que las compañías de trenes deberían suministrar acomodaciones separadas (pero iguales) para blancos y negros⁷⁸⁹.

Como es notorio, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de esa doctrina de segregación racial en el célebre *Brown v. Board of Education* (1954). Y de hecho resulta llamativo que *Brown* haya generado tanto interés entre constitucionalistas y *Plessy* (o incluso *Dred Scott*) no tanto. Pero esa es una indagación meramente retórica. Lo interesante a los efectos de nuestra discusión radica en preguntarse por el verdadero alcance de *Brown*. TUSHNET, por ejemplo, reconoce su importancia sobre todo a nivel ideológico, en cuanto declaración autoritativa de la ilegalidad de la segregación institucionalizada. Con todo, mantiene un razonable escepticismo en lo que atañe a los efectos *materiales* generados por esa sentencia⁷⁹⁰. BELLAMY es un poco más preciso y puntualiza que el cambio real solamente empezó tras la promulgación por el Congreso de la *Civil Rights Act* (1964) y de la *Voting Rights Act* (1965)⁷⁹¹.

El argumento no alcanza a mostrar la irrelevancia de *Brown*, pero, tal y como lo demuestra estadísticamente ROSENBERG, solamente diez años después de la sentencia (y bajo la *Civil Rights Act*) se vio un proceso real de ruptura de la segregación en las escuelas⁷⁹². En lo concerniente a los estados del sur, ROSENBERG es todavía más enfático, señalando que en los diez años posteriores a *Brown* el cambio fue ínfimo: “el Tribunal ordenó el fin de la segregación pero la segregación se mantuvo”⁷⁹³. Así que, tras analizar cuantitativamente la reducción de la discriminación (en los transportes públicos, en la enseñanza, en la vivienda), el autor concluye que – aisladamente – los tribunales son impotentes para llevar a cabo reformas sociales⁷⁹⁴. El impacto de sus decisiones solamente se hace notar cuando también funciona la política, la actuación concertada de los poderes elegidos⁷⁹⁵.

⁷⁸⁹ LOUIS FISHER, *Congress protecting individual rights*, cit., pp. 58-59.

⁷⁹⁰ MARK TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, cit., p. 136.

⁷⁹¹ RICHARD BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, cit., p. 44.

⁷⁹² GERALD N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1991, pp. 49-51.

⁷⁹³ “The Court ordered an end to segregation and segregation was not ended”, GERALD N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, cit., p. 52.

⁷⁹⁴ GERALD N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, cit., pp. 70-71.

⁷⁹⁵ FISHER ofrece a mi juicio una visión aún más escéptica. Está de acuerdo con BELLAMY, ROSENBERG y TUSHNET respecto del muy bajo impacto social de las decisiones judiciales conectadas con la segregación

ROSENBERG extiende esa conclusión al tema de los derechos de las mujeres, poniendo de manifiesto la intensa actividad del parlamento y del gobierno en aras de acabar con la discriminación por razones de género⁷⁹⁶. En 1963 el Congreso aprobó la *Equal Pay Act*, según la cual se prohibía la distinción salarial entre hombres y mujeres siempre que se tratara, a grandes rasgos, del mismo puesto y de los mismos encargos. El año siguiente – en el seno de la ya mencionada *Civil Rights Act* – los legisladores reforzaron dicha prohibición. ROSENBERG añade que en los 1970 el poder ejecutivo dictó un conjunto valioso de normativas dirigidas hacia la misma finalidad⁷⁹⁷. A su vez, los tribunales ganaron notoriedad tras *Roe v. Wade* (1973), en el cual la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la criminalización del aborto en los tres primeros meses del embarazo. Pero incluso en ese caso la política parece cobrar su relevancia.

Siguiendo de nuevo a ROSENBERG, si la legalización del aborto lo que busca es proteger a las mujeres de procedimientos arriesgados, garantizándose así su integridad física, ello solo puede hacerse operativo a través de la creación de políticas sociales consistentes⁷⁹⁸. En cambio, lo que ha sucedido tras *Roe v. Wade* – según la interpretación de FISHER, BELLAMY y del propio ROSENBERG – fue la división de la sociedad, la agudización de una polarización que antes no se hacía notar con tanta claridad, lo que ha vuelto más dificultoso el proceso de consolidación del cambio jurídico⁷⁹⁹. Uno podría

racial, pero hace hincapié en el hecho de que las fuerzas sociales, además de la presión internacional, impulsaron a la Corte Suprema a decidir lo que decidió en *Brown*. Es decir, de acuerdo con FISHER, no es cierto que el tribunal dependa de la política sólo después de la sentencia; la política parece dirigir todo el proceso de reconocimiento y garantía de un derecho en los tribunales. LOUIS FISHER, *Congress protecting individual rights*, cit., pp. 61-65.

⁷⁹⁶ GERALD N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, cit., pp. 205-207.

⁷⁹⁷ GERALD N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, cit., pp. 206-207. El autor pone el acento en la creación (1961) y fortalecimiento del *Citizen's Advisory Council on the Status of Women*. Véase también LOUIS FISHER, *Congress protecting individual rights*, cit., p. 85.

⁷⁹⁸ GERALD N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, cit., pp. 195-199. Según el autor, la efectividad de la decisión de la Corte Suprema ha dependido en definitiva del mercado. Sin una articulación clara y eficaz del poder político, los hospitales han encontrado en el aborto una forma de aumentar sus ganancias.

⁷⁹⁹ Véanse LOUIS FISHER, *Congress protecting individual rights*, cit., p. 81 (el autor hace uso del término “*miscalculation*” para referirse a la sentencia); RICHARD BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, cit., p. 44 (BELLAMY es tajante: el cambio real solamente se logra mediante la legislación y el control judicial de la ley puede promoverlo o dificultarlo); GERALD N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, cit., pp. 184-189. El argumento de ROSENBERG merece una mirada más detenida. El autor subraya, con arreglo a una investigación empírica, que antes de *Roe v. Wade* se notaba un apoyo más general a la descriminalización del aborto (el consenso en torno a la interrupción del embarazo en los supuestos de violación y riesgo para la salud de la madre era, en su opinión, evidente) y que la sentencia de 1973 precipitó un movimiento contrario y progresivamente robusto. Pero eso no es lo más interesante. Según el autor, antes de *Roe v. Wade* ya se habían propuesto – a nivel de los estados – múltiples proyectos de ley en orden a legalizar el aborto. En tal contexto, 18 estados habían aprobado leyes en tal sentido hasta 1973 y, cabe agregar, se estima que 600.000 abortos se habían realizado de manera plenamente legal. Tal vez alguna matización resulte necesaria: me parece que el argumento no alcanza a mostrar que, por lo menos por lo que respecta a los

sostener que *Roe v. Wade* como mínimo ha provocado el debate en torno al tema, impulsando a los poderes elegidos a tomarlo en serio. Eso es plausible, pero también matizable. Como sabemos, esa clase de decisión es polémica porque no puede tomarse imparcialmente. El que decide inevitablemente toma partido. Aunque sea un tribunal el que lo haga, no se pone término al desacuerdo político-moral⁸⁰⁰. Y si el asunto es singularmente sensible, la decisión judicial – sobre todo si posee carácter final – puede incrementar el desacuerdo. Es decir, tal vez se produzcan posturas radicales que, al fin y al cabo, impidan la concreción política de lo que se ha reconocido *judicialmente* como un derecho.

En definitiva, la política parece ser indispensable para la eficaz defensa de los derechos. Piénsese, para concluir, en el ejemplo de los países de *weak-form of judicial review* que hemos examinado en el apartado anterior. Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido y Australia son democracias sólidas y con innegable cultura de respeto por los derechos individuales. El fenómeno de la *judicial review* con arreglo a derechos es relativamente reciente en esos países. En Australia, que ni siquiera cuenta con un *Bill of Rights* a nivel nacional, los poderes elegidos han logrado establecer un modelo exitoso de protección *parlamentaria* de los derechos individuales, dentro del cual el federalismo y la organización bicameral, precisamente por salvaguardar un gobierno constitucional y responsable, juegan un papel definitorio en la garantía de los derechos⁸⁰¹. Este es el contexto en el que TOM CAMPBELL pone el acento en el hecho de que Australia, pese a la ausencia de un *Bill of Rights*, cuenta con una legislación desarrollada en orden a la protección de un conjunto sustantivo de derechos⁸⁰².

Todo esto parece confirmar que la mayoría es por lo general idónea en su capacidad de proteger los derechos individuales. Se equivoca como también se equivocan

estados en los que el aborto era considerado un delito, *Roe v. Wade* no haya suprimido un obstáculo importante para la plasmación del derecho reconocido por la Corte Suprema, con independencia del hecho de que las políticas públicas sanitarias solo podrían llevarse a cabo por el legislador.

⁸⁰⁰ RICHARD BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, cit., p. 44.

⁸⁰¹ Véase BRIAN GALLIGAN y F.L. (TED) MORTON, “Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights”, en T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY y ADRIENNE STONE (Eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights*, Aldershot, Ashgate, 2006 (pp. 17-39), pp. 28-29. Véase, especialmente en lo que atañe a la estructura institucional australiana y a su influencia en la consolidación de un gobierno constitucional (limitado por los derechos individuales), JOHN UHR, “The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights”, en T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY y ADRIENNE STONE (Eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights*, Aldershot, Ashgate, 2006 (pp. 41-59), pp. 55-56.

⁸⁰² Véase TOM CAMPBELL, “Human Rights Strategies: An Australian Alternative”, en T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY y ADRIENNE STONE (Eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights*, Aldershot, Ashgate, 2006 (pp. 319-341), p. 321. Pese a ello, CAMPBELL defiende la adopción de un *Bill of Rights* democrático en Australia, esto es, cuya defensa les corresponda primariamente a los legisladores.

los tribunales. Pero hay razones para pensar que si la política funciona bien, esto es, si encuentra una estructura institucional que fomenta la participación y hace operativa la decisión, el rol de los tribunales en la protección de los derechos fundamentales puede resultar menos importante de lo que pudiera parecer en un principio. Lo inverso difícilmente podría asegurarse. El buen funcionamiento de la política es en definitiva imprescindible para la efectividad, aceptación y plasmación social de las decisiones judiciales que reconocen o garantizan un derecho fundamental. Tal y como se percibirá a continuación, el mismo razonamiento resulta aplicable – quizás con mayor razón – al terreno de los derechos sociales.

3.2. La protección judicial de los derechos sociales

LUÍS PRIETO SANCHÍS, en un trabajo relativamente reciente⁸⁰³, revisita el tema de los derechos económicos, sociales y culturales (aquí me referiré simplemente a “derechos sociales”), deteniéndose en la cuestión de su *justiciabilidad*. Con independencia del trazado dogmático elaborado por el autor, que perfila los rasgos distintivos de esa clase de derechos⁸⁰⁴, es indudable que su dimensión prestacional resulta la más interesante en nuestro contexto de investigación. Si una Constitución contiene normas sobre derechos a prestaciones positivas – como las que se relacionan con la salud, la educación o la vivienda – es natural que se plantee la pregunta respecto de su exigibilidad; es decir, es natural preguntarse en qué medida y con qué alcance podría el particular reclamar una de esas prestaciones ante los tribunales, en cuanto un derecho genuinamente suyo. Se trata de un asunto peliagudo y que ha generado una discusión profunda no sólo sobre la posibilidad misma de la justiciabilidad, sino también respecto de la propia existencia de algo así como un derecho social⁸⁰⁵. Pero eso no forma parte de mi objeto de estudio.

⁸⁰³ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, *Jueces para la democracia*, n. 86, 2016 (pp. 47-59). El texto se encuentra disponible electrónicamente en el siguiente enlace (como ponencia presentada en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino): <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Prieto%20Sanchi%CC%81s.pdf>. Último acceso en 06 de febrero de 2018. Utilizaré como referencia el texto en formato electrónico.

⁸⁰⁴ En realidad, PRIETO toma en préstamo la distinción dogmática elaborada por ROBERT ALEXY. En este marco, los derechos a acciones positivas del Estado serían prestaciones en sentido amplio, que abarcarían los derechos a protección, los derechos a organización y procedimiento y finalmente los derechos a prestaciones en sentido estricto (los derechos sociales). Vid. ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., capítulo noveno.

⁸⁰⁵ Véase FERNANDO ATRIA, “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones*, n. 04, 2004 (pp. 15-59). El argumento general de ATRIA es más complejo, pero a grandes rasgos supone la existencia de una irremediable contradicción entre el significado político de los derechos sociales y su ejercicio en cuanto derechos subjetivos, que deben garantizarse con independencia de la comunidad. Para una crítica a ese

El tema de la justiciabilidad, en cambio, resulta cardinal. No tanto en términos de si en efecto *son* justiciables los derechos sociales, como si se tratara de un problema ontológico, sino en lo concerniente a su aspecto prescriptivo, que reformula la cuestión en aras de indagar si – y en qué medida – *deben ser* justiciables esos derechos. Mi intención no consiste en suministrar una respuesta concluyente a esa pregunta, sino más bien en elaborar un argumento escéptico complementario al anterior. En España, por ejemplo, este tipo de indagación me parece vital, dado que – en contraste con otros documentos constitucionales que atribuyen a los derechos sociales el *status* de derechos fundamentales y les aseguran justiciabilidad – la Constitución sitúa lo que suele denominarse “derechos sociales” en el campo de los “principios rectores de la política social y económica”. Por eso es plausible poner en cuestión si lo que se denomina “principio rector” puede a la postre convertirse en un derecho judicialmente exigible.

Tomemos como ejemplo el derecho a la salud. La Constitución Española, en su artículo 43.1, sencillamente estatuye: “se reconoce el derecho a la protección de la salud”. Pero inmediatamente en el art. 43.2 añade que son los poderes públicos los que han de establecer – mediante ley – la organización de su prestación⁸⁰⁶. Es decir, es al legislador a quien se le encarga concretar la forma de protección y garantía de la salud. En consecuencia, no parece inmediatamente derivable del texto constitucional la existencia de un derecho subjetivo a prestaciones individualizadas, lo que es tanto como decir que el destinatario debe someterse a la política diseñada concretamente por los poderes públicos. De ahí se sigue que el derecho a la salud no es en definitiva *justiciable*, mientras que por tal se entienda que el art. 43.1 de la Constitución de por sí no le confiere al ciudadano derecho a prestación alguna. Que el particular pueda interponer una demanda para discutir, por ejemplo, el respeto a los criterios de acceso a una política pública es una

planteamiento, véase CARLOS BERNAL PULIDO, “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”, *Discusiones*, n. 04, 2004 (pp. 99-144).

⁸⁰⁶ Art. 43.2: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

cosa⁸⁰⁷. La política es la que habría fijado el parámetro normativo⁸⁰⁸. En cambio, que ese mismo ciudadano pueda acudir *directamente* a la Constitución para reclamar una prestación de salud específica, es otra. Es de esto de lo que estamos hablando.

LUÍS PRIETO sostiene que los derechos sociales deben considerarse justiciables. En lo que atañe al derecho positivo español, PRIETO es consciente de las dificultades a las que debe hacer frente esa posibilidad y admite que la garantía jurisdiccional de los principios rectores reposaría en una construcción teórica algo “tortuosa”⁸⁰⁹. Pero está claro que en su opinión la protección judicial de los derechos sociales es una exigencia de un, para decirlo con sus palabras, “constitucionalismo rematerializado”⁸¹⁰. En el seno de una “constitución de principios” nada queda sustraído al control jurisdiccional; y lo más interesante – a mi juicio y en orden a ilustrar el argumento general de este capítulo – es que eso *es así* aunque la parte orgánica de la Constitución estatuya que eso *no es así*. Según PRIETO, bajo el “constitucionalismo rematerializado” (que es otra forma de nombrar el “constitucionalismo de los derechos”) ya no es rígida la forma escalonada del orden jurídico. Antes bien, impera “una concepción más compleja y, si se quiere, más cooperativa de las fuentes del Derecho”⁸¹¹.

⁸⁰⁷ El Tribunal Constitucional Español (Auto 239/2012, Conflicto positivo de competencia 4540-2012; Auto 114/2014, Recurso de Inconstitucionalidad 7089-2013), en un contexto de crisis económica y de puesta en marcha de una serie de políticas de austeridad por el gobierno, tuvo que decidir si era justificable, a la luz de la Constitución, restringir, por razones de ahorro económico, el acceso de extranjeros no residentes en España al sistema sanitario. Quizás se trata de una intervención judicial modesta y que, a mi juicio, se relaciona más con el alcance del derecho a no ser discriminado que propiamente con los límites del derecho a la salud, si bien es de hecho muy tenue el trazado de esta demarcación.

⁸⁰⁸ Eso es básicamente lo que reza el artículo 53.3 de la Constitución Española al referirse a la normatividad de los principios rectores emplazados en el capítulo tercero: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

⁸⁰⁹ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, cit., p. 18. Cabe agregar que PRIETO se está refiriendo a la justiciabilidad por la vía del recurso de amparo; y lo “tortuoso” de esa interpretación radica en el hecho de que, según la Constitución, los principios rectores están excluidos del ámbito de tal recurso. Resulta oportuno señalar que PRIETO ya planteaba ese argumento en un artículo más antiguo, subrayando igualmente lo heterodoxo de esa interpretación del texto constitucional, que él, empero, cree apropiada y deseable. Véase LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 22, septiembre-diciembre de 1995 (pp. 09-57), p. 45.

⁸¹⁰ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, cit., p. 21. Un “constitucionalismo rematerializado” entraña, según el autor, la irradiación o impregnación de todo el sistema jurídico por los principios y valores constitucionales, de tal modo que “sencillamente ha desaparecido la autonomía del legislador a propósito de cualquier materia”. Entre la vastísima bibliografía existente sobre los derechos sociales y su justiciabilidad, creo que merece la pena hacer referencia a un enfoque distinto y que parte de presupuestos en gran medida antagónicos a los de PRIETO: véase FRANCISCO J. LAPORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema”, en J. BETEGÓN, F. J. LAPORTA, L. PRIETO y J. R. DE PÁRAMO (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004 (pp. 297-326).

⁸¹¹ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 56.

Me permito desarrollar brevemente un paréntesis. Por mucho que un autor como PRIETO intente tomar en serio la “estructura constitucional”, la verdad es que si uno le pregunta si bajo la Constitución Española son *justiciables* los derechos sociales su respuesta sólo puede ser una: si se acepta el “constitucionalismo de los derechos” como la concepción que describe la relación entre *derechos, legisladores y jurisdicción*, sí, por supuesto⁸¹². Es que bajo esa concepción dicha relación se moldea de manera dúctil y una respuesta en términos estrictamente procedimentales carece completamente de sentido. A decir verdad, la única respuesta que es segura es la que afirma la competencia del juez para “proteger” un derecho fundamental. Pero dicha respuesta no resulta de una lectura de la parte orgánica del texto constitucional⁸¹³. Deriva de la aceptación de las premisas del “constitucionalismo de los derechos”. Creo que eso justifica, una vez más, mi firme insistencia en replantear los términos de la discusión. Al preguntarme si los derechos sociales deben ser justiciables lo que pretendo formular es una indagación de carácter institucional (¿deben los jueces tener la *competencia* para tomar ese tipo de decisión?). Así, tal interrogante debe ser entendido bajo el “constitucionalismo político”.

En ese sentido, si uno se propone elegir a PRIETO como interlocutor en este tema, debe ser consciente de que su indagación no posee inspiración exactamente institucional, porque lo que finalmente prevea la Constitución en términos procedimentales tendrá como máximo un *peso* en el balance justificatorio general. Y no es por casualidad que encuentre en ALEXY el amparo teórico para defender sobre todo dos cosas: (1) que los derechos sociales son demasiado importantes como para dejar que dependan de la mayoría⁸¹⁴; (2) que el alcance de la tutela judicial de esos derechos debe definirse mediante un balance que tome en cuenta los principios en juego⁸¹⁵. De acuerdo con ALEXY, el balance se establece entre un principio de tenor material – como es el caso del derecho a la salud – y un principio formal, como lo es la competencia presupuestaria del legislador⁸¹⁶. En resumidas cuentas, la ponderación representa el criterio definitorio del

⁸¹² Nótese bien: si ni siquiera se empezara la respuesta con una locución condicional como “si se acepta”, ello querría decir que la aceptación sería ya tan profunda y autoevidente que suscitar la condición sería un sinsentido, resultaría, por ende, ininteligible. En una hipótesis como esa, el “sí, por supuesto” es la única respuesta plausible.

⁸¹³ De nuevo: la Constitución es prescindible.

⁸¹⁴ Eso lo dice claramente PRIETO. Véase LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, cit., pp. 21-22. Pero se trata de una formulación que puede hallarse con claridad en ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 494.

⁸¹⁵ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, cit., p. 20.

⁸¹⁶ Véase ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 495.

alcance de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales⁸¹⁷, con relativa independencia de la distribución de poder político diseñada en la Constitución.

Creo que aquí puedo cerrar el paréntesis y, con el fin de dar seguimiento al objetivo de esta sección, aislar una afirmación de PRIETO que, apartada de su concepción del constitucionalismo, puede traducirse en una afirmación de matiz institucional. Ante la premisa del carácter fundamental de los derechos sociales, el autor aduce que hay razones para “depositar su tutela en la institución de garantía por excelencia, que es la jurisdicción, constitucional pero también ordinaria, que resulta ser con diferencia la más idónea para defender los derechos”⁸¹⁸. Esa es una afirmación sustantiva y que en realidad constituye la premisa de quienes piensan que es una buena idea instrumentalizar la jurisdicción al servicio de los derechos. ABRAMOVICH y COURTIS – en su clásica “*Los derechos sociales como derechos exigibles*” – construyen una sólida argumentación con el fin de socavar la idea de que todo lo que involucra políticas sociales y prestaciones públicas debe restringirse al dominio de la política y de la administración. Más allá de eso, los autores trazan un mapa de estrategias procesales que podrían volver operativa la protección judicial de los derechos sociales. Y añaden que todo ello requiere “un cierto activismo judicial”⁸¹⁹.

Ahora bien, ¿es de hecho la jurisdicción la institución más idónea para proteger los derechos sociales? Vayamos otra vez al ejemplo del derecho a la salud. En Brasil, la Constitución, en su artículo 196, prevé que “la salud es derecho de todos y deber del Estado, que se garantiza mediante políticas sociales y económicas (...)”⁸²⁰. La redacción se parece en buena medida a la del artículo 43.2 de la Constitución Española, una vez reserva a las políticas sociales – que evidentemente se elaboran por los poderes públicos – la función de garantizar tal derecho. Resulta plausible, por lo tanto, sostener que *garantizar* el derecho a la salud significa elaborar y ejecutar un programa público para la comunidad. Pese a ello, se ha consolidado en Brasil una cultura jurídica que hace hincapié

⁸¹⁷ Para una crítica de esa conexión entre el juicio de proporcionalidad y la definición de quién y cómo debe decidir sobre el contenido y alcance de un derecho social, véase FERNANDO ATRIA, “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, *Discusiones*, n. 04, 2004 (pp. 145-176), p. 158.

⁸¹⁸ LUÍS PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, cit., p. 21.

⁸¹⁹ VÍCTOR ABRAMOVICH Y CHRISTIAN COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 46. El conjunto de estrategias procesales puede hallarse en el capítulo tercero del libro.

⁸²⁰ Traducción libre de una parte del art. 196 de la Constitución de Brasil, que reza así: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Conviene subrayar que el artículo 198 trata de la organización del sistema público de salud, universal y jerarquizado, con división de competencias entre los entes de la federación.

en la dimensión subjetiva del derecho a la salud, con lo cual también se ha asentado inequívocamente su justiciabilidad. En este contexto, se permite al ciudadano reclamar ante un juez ordinario una prestación de salud individualizada, con independencia de lo que se haya trazado en la política social⁸²¹.

A grandes rasgos, por lo menos tres premisas dan amparo a esa práctica⁸²²: (1) la idea de que los derechos fundamentales son auto-aplicables, esto es, su normatividad deriva de la Constitución y no depende de ulterior desarrollo legislativo; (2) los derechos son además indisponibles y, con ello, su aplicación es incondicionada; (3) el argumento de la escasez de recursos financieros no prevalece ante la protección de la salud. En esa perspectiva, la concesión judicial de un tratamiento médico individual no toma en consideración la política pública. El parámetro normativo del juez no es en absoluto la legislación que organiza universalmente el sistema, sino más bien la Constitución misma. De modo sucinto, puede decirse que el juez brasileño, en lo tocante al derecho a la salud, ha asumido una función casi ejecutiva, es decir, todo lo que hace es *garantizar* la prestación a quien la necesite.

Llama la atención que no se trata solamente de colmar lagunas de la política social o de hacer frente a los casos trágicos, como los supuestos que involucran procedimientos experimentales en otros países como último recurso para mantener a alguien con vida. La justiciabilidad y la función garantizadora han adquirido un nivel tan intenso que peticiones poco ortodoxas, onerosas o de urgencia cuestionable han llegado a aceptarse en los tribunales. Basta con mencionar algunas de ellas: hidroterapia, *homecare*, acupuntura, oxigenoterapia, fecundación *in vitro*, medicinas contra disfunción eréctil e incluso equinoterapia⁸²³. No cabe duda, por lo tanto, de que en Brasil se han

⁸²¹ Si uno se propone describir lo que en realidad sucede en la aplicación del derecho a la salud en Brasil tendría que tomar en serio esa circunstancia. La intensidad de la intervención judicial es tan severa y al mismo tiempo tan alejada del mundo de las políticas públicas que, nótese bien, se llega a dispensar incluso la comprobación de la vulneración del derecho por parte de los poderes públicos o, dicho de otra manera, se declara prescindible la prueba de que el tratamiento demandado no se encuentra accesible en el sistema de salud. Con ello, el Poder Judicial se ha convertido en la puerta de entrada del ciudadano a las prestaciones públicas. Un análisis más detenido puede verse en BRUNO IRION COLETTI y PEDRO DA SILVA MOREIRA, "Constitutionalism and Judicialization of Politics: the 'judicial' right to healthcare in Brazil", *Panorama of Brazilian Law*, año 03, n. 03-04, 2015 (pp. 358-393).

⁸²² Sobre el recurso a esas tres premisas en la práctica de los tribunales, me permito citar un estudio mío acerca del tema: PEDRO DA SILVA MOREIRA, "O imponderável direito à saúde: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy", *Revista Juris Plenum: Direito Administrativo*, v. 01, n. .1, 2014 (pp. 51-73). El texto se encuentra asimismo disponible en el siguiente enlace: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ca3a9be77f7e8870>. Último acceso en 06.02.2018.

⁸²³ Véase BRUNO IRION COLETTI y PEDRO DA SILVA MOREIRA, "Constitutionalism and Judicialization of Politics: the 'judicial' right to healthcare in Brazil", cit., pp. 361-362. En ese texto, pueden encontrarse las referencias a las decisiones respecto de cada uno de esos ejemplos.

derrumbado los obstáculos a la justiciabilidad del derecho a la salud, reconociéndose ampliamente su dimensión subjetiva. Por otra parte, sí caben dudas respecto del impacto social de esa cultura de judicialización de la salud o, dicho de otra manera, resulta fundamental preguntarse si, en aras de promover un mayor nivel de bienestar en la sociedad, de hecho resulta decisivo un papel fuerte y activo de los tribunales.

En Brasil, no hay ninguna evidencia de que la intensa justiciabilidad haya modificado los indicadores conectados con la protección de la salud. Al contrario, simplemente se ha transferido un problema político de la comunidad hacia la rutina de los tribunales. En uno de los estados de la federación, un 60% del presupuesto público vinculado a la compra y distribución de fármacos ha sido reservado al cumplimiento de órdenes judiciales⁸²⁴, lo que es tanto como decir que el Poder Judicial – obviamente sin asumir la responsabilidad política de llevar a cabo elecciones disyuntivas complejas – ha llegado a convertirse en administrador de los recursos públicos. En términos de igualdad general, el papel activo de los jueces en la protección de la salud ha generado dos sistemas públicos distintos y extremadamente desiguales⁸²⁵: uno – administrado por los tribunales – capaz de garantizar *incondicionalmente* prestaciones individuales; y otro – dirigido y regulado por los poderes elegidos – naturalmente acotado por la realidad presupuestaria y por la contingencia de la política, es decir, falible.

No quiero con ello aducir que la protección jurisdiccional de los derechos sociales es *siempre* una mala idea. Pero me parece que de lo anterior pueden extraerse cuando menos dos sencillas conclusiones. En primer lugar, siguiendo a HIRSCHL y ROSEVAR, que incluso acuden a un ejemplo brasileño para ilustrar su argumento, si la idea es promover la igualdad a través de prestaciones públicas que mejoren el nivel de vida de la población, la experiencia sugiere que la política es indefectiblemente el espacio adecuado para

⁸²⁴ Véase BRUNO IRION COLETTI y PEDRO DA SILVA MOREIRA, “Constitutionalism and Judicialization of Politics: the ‘judicial’ right to healthcare in Brazil”, cit., p. 364.

⁸²⁵ Acerca del incremento en la desigualdad relativa al acceso a las prestaciones de salud, véase OCTAVIO L. M. FERRAZ, “Brazil, Health Inequalities, Rights and Courts”, en ALICIA ELY YAMIN y SIRI GLOPPEN (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Cambridge, Harvard University Press, 2011 (pp. 76-102). Nótese que la desigualdad incluye asimismo un ingrediente regional. El autor señala que en los estados del sur y sudeste (que poseen indicadores económicos más elevados) se ha constatado la proporción de una demanda judicial por 11.902 habitantes. En contraste, al examinarse los datos de la región nordeste (mucho menos desarrollada socioeconómicamente) se ha encontrado la proporción de una demanda judicial por 177.704 habitantes (cit., pp. 88-90). Es plausible pensar que en regiones más ricas el acceso a la tutela judicial es más amplio, mientras que en regiones más pobres dicho acceso resulta mucho más dificultoso. En consecuencia, si por la vía judicial se transfieren más recursos públicos a lugares donde hay más bienestar socioeconómico, es razonable concluir que se incrementan las desigualdades sociales. Y ello se agudiza si se toma en cuenta que los más pobres seguirán acudiendo a un sistema público falible y a menudo muy deficiente, ya que su puerta de entrada no se encuentra en los tribunales.

lograrlo⁸²⁶. En segundo lugar, y esta vez siguiendo a TUSHNET, puede ser deseable que los tribunales tengan algún papel en la concreción de ese objetivo. Pero es muy probable – como lo demuestra el caso de Brasil – que el resultado general sea infecundo si se comprenden los derechos sociales como derechos indisponibles, que deben alejarse del poder político. En la opinión de TUSHNET, tribunales débiles (*weak courts*), cuya participación en la protección de los derechos sociales, además de *no-final*, sea orientada hacia el perfeccionamiento de políticas públicas, tal vez contribuyan, al fin y al cabo, a la consolidación de derechos fuertes (*strong rights*)⁸²⁷.

4. EL ARGUMENTO DEL POSITIVISMO PRESCRIPTIVO

Conviene traer a la memoria cuál es el objetivo primordial de este capítulo: elaborar una concepción del constitucionalismo bajo la cual sea posible tomar en serio la vinculación del juez a la ley. En orden a finalizar el trazado de dicha concepción, “el argumento del positivismo prescriptivo” resulta en definitiva cardinal. Y lo es porque, como intentaré poner de manifiesto a continuación, constituye un elemento de enlace entre el “constitucionalismo político” y la idea del *juez deferente*, que trataré de desarrollar en el capítulo final. Lo dicho hasta aquí indica que esa deferencia no descansa en la afirmación o negación del control judicial de la ley y tampoco depende del rechazo a la incorporación de un catálogo de derechos. Es muy importante subrayar que esta tesis se preocupa por dar una respuesta al problema de la vinculación del juez a la ley desde el punto de vista del Estado Constitucional, con lo cual debe suponerse la constitucionalización de derechos fundamentales formulados en tanto que principios.

⁸²⁶ Véase RAN HIRSCHL y EVAN ROSEVAR, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: socioeconomic rights and political realities”, en TOM CAMPBELL, K. D. EWING y ADAM TOKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights: Skeptical Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (pp. 207-228). Los autores, además de poner de manifiesto el hecho de que países como Dinamarca, Suecia y Finlandia poseen muy elevado grado de compromiso con los derechos socioeconómicos sin contar con una cultura de protección judicial de los derechos, subrayan que en Canadá la plasmación de un amplio y eficaz sistema de salud no deriva de la garantía judicial, sino más bien de un muy asentado compromiso público con la protección de tal derecho (cit., pp. 212-213). Por lo que respecta al ejemplo de Brasil, los autores opinan que lo que de hecho ha mejorado los indicadores sociales ha sido la creación de una exitosa política social (la llamada “bolsa familia”) por el gobierno y no tanto la garantía jurisdiccional (fuerte) de los derechos sociales (cit., p. 214). Resulta oportuno añadir que en este texto HIRSCHL y ROSEVAR someten a examen la experiencia de un conjunto de países en desarrollo económico, alcanzando la conclusión de que en realidad los tribunales aportan muy poco a la protección de los derechos sociales. En su opinión, la fórmula del éxito consiste en la conjunción entre un proceso electoral estable, un mercado económico consolidado y una planificación que concentre la inversión pública en ciencia, educación y salud (cit., pp. 222-223).

⁸²⁷ Esa es esencialmente la tesis de TUSHNET en su obra “*Weak Courts, Strong Rights*” (MARK TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2008).

La idea del juez deferente sí depende, en cambio, de una forma particular de comprensión del fenómeno jurídico, a la que llamaré – consciente del posible desajuste de la etiqueta – “positivismo prescriptivo”⁸²⁸. De acuerdo con BRUNO CELANO, podría definirse esa clase de positivismo como “la tesis según la cual la separación de los enunciados jurídicos y de los juicios morales es algo positivo, algo valioso y cuya consecución debe ser alentada”⁸²⁹. Según advierte el propio CELANO, se trata de una definición mínima, que radica en la idea de que hay razones normativas para preferir un Derecho que pueda identificarse sin arreglo a juicios morales y que, por lo tanto, sea pasible de descripción a-valorativa. De ahí se sigue que el problema de la separación entre el Derecho y la moral es asimismo un problema normativo, que alude a cómo *debe ser* el Derecho.

En contraste con esta perspectiva se encuentra el “positivismo descriptivo”, que también podría llamarse conceptual o metodológico. Según BAYÓN, se trata aquí del positivismo en su matiz analítico, cuyo cometido es a la vez descriptivo y general⁸³⁰. Es decir, su objeto se restringe a la identificación de las propiedades necesarias del Derecho – en cualquier sistema jurídico imaginable – a través del análisis conceptual. Esa forma de concebir el positivismo se ha desarrollado sobre todo a partir de una conocida aserción de AUSTIN en su célebre *The Province of Jurisprudence Determined* (1832): “la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra”⁸³¹. En realidad, esa es una afirmación que anida cualquier modo de comprensión del positivismo jurídico. Sin

⁸²⁸ Por lo general, lo que aquí se denomina “positivismo prescriptivo” suele asimismo denominarse “positivismo ético” o “positivismo normativo”. No cabe duda de que hasta el momento no se ha encontrado una etiqueta ideal, pero me parece que la utilización del término “positivismo normativo”, por lo menos en comparación con la expresión “positivismo prescriptivo”, resulta más desorientadora, en particular debido al hecho de que también suele llamarse “positivismo normativo” a la tradición que simplemente trata el Derecho en cuanto norma o sistema de normas. Sobre las varias razones para evitar el término “normativo” en orden a presentar la idea aquí desarrollada, véase JUAN CARLOS BAYÓN, ¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?, en JORDI FERRER BELTRÁN, JOSÉ JUAN MORESO y DIEGO M. PAPAYANNIS (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012 (pp. 17-39), p. 25.

⁸²⁹ BRUNO CELANO, “Positivismo jurídico normativo, neutralidad y estado de derecho”, en JORDI FERRER BELTRÁN, JOSÉ JUAN MORESO y DIEGO M. PAPAYANNIS (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012 (pp. 243-277), p. 245. CELANO advierte que esa definición consiste en una adaptación de la definición suministrada por WALDRON. Además de ello, creo que es conveniente añadir que CELANO suministra una definición del “positivismo normativo”, pero no la suscribe personalmente. Esto puede verse con claridad en un texto de MORESO, en el que pone de manifiesto que la posición de CELANO alude a lo que podría llamarse “positivismo normativo incluyente”. Véase JOSÉ JUAN MORESO, “Con la plomada de Lesbos. Celano sobre *Rule of Law* y particularismo”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, n. 13, 2016 (pp. 01-23), pp. 17-18.

⁸³⁰ JUAN CARLOS BAYÓN, ¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?, cit., p. 18.

⁸³¹ La frase en original es muy conocida: “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another”. JOHN AUSTIN, *The Province of Jusirprudence Determined*, editado por W. E. Rumble, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 157.

embargo, en su vertiente analítica la separación entre el Derecho y la moral se entiende como un problema conceptual, acotado por una metodología descriptiva y que reposa sobre una indagación acerca de cuál *es* la correcta descripción del Derecho⁸³².

Como es natural, el “positivismo metodológico”⁸³³ es conscientemente limitado, esto es, no pretende decir nada, aportar nada respecto de cómo debe comprenderse o aplicarse el Derecho. Y es precisamente por ello por lo que, según se ha visto en la introducción a este capítulo, FERNANDO ATRIA señala que el positivismo contemporáneo (esencialmente analítico) se ha desatendido de las cuestiones – normativas – que definían al positivismo en su origen⁸³⁴. FREDERICK SCHAUER coincide con ATRIA en este punto y, en virtud de ello, intenta llevar a cabo un rescate de esa olvidada tradición⁸³⁵. Según SCHAUER, por lo menos desde de JEREMY BENTHAM el positivismo jurídico es una teoría respecto de cómo *debe ser* el Derecho, lo que es tanto como decir que los fundamentos del positivismo *benthamita* son normativos, político-morales y, cabe adelantar, indisolublemente relacionados con la pregunta acerca del mejor régimen, sobre la manera más adecuada de organizar el poder político.

Es en este contexto donde se percibe con más claridad la conexión del “constitucionalismo político” con el “positivismo prescriptivo”. Porque nuestro problema es enteramente dependiente de la cuestión acerca de cómo debe comprenderse y aplicarse el Derecho. De ahí que el “positivismo metodológico” se mueva en definitiva en un plano distinto, claramente ajeno a lo que se está discutiendo aquí. Ahora bien, aunque necesitemos una concepción prescriptiva del positivismo, no es en absoluto evidente cuál es su significado y mucho menos cuáles son sus implicaciones. La definición suministrada por CELANO es en efecto mínima y esto es así cuando menos por dos motivos: (1) hay distintas razones sustantivas para preferir un Derecho que se identifica

⁸³² En este marco se sitúa la disputa conceptual entre el positivismo excluyente y el positivismo incluyente. Una forma didáctica de presentar esa controversia puede verse brevemente en FREDERICK SCHAUER, “Positivism Before Hart”, cit. pp. 458-459. Para el positivismo incluyente, el Derecho *no necesariamente* se conecta con la moral, mientras que para el positivismo excluyente el Derecho *necesariamente no* se conecta con la moral.

⁸³³ BOBBIO define al “positivismo metodológico” en cuanto modo de aproximarse al estudio del Derecho. En esta perspectiva, el Derecho es básicamente un conjunto de hechos – hechos sociales – y el jurista que los estudia lo hace absteniéndose de emitir cualquier juicio de valor, como alguien que describe la realidad tal y como *es* y no como *debe ser*. Vid. NORBERTO BOBBIO, *El Positivismo Jurídico*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993, p. 141.

⁸³⁴ FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 29-30.

⁸³⁵ Véanse FREDERICK SCHAUER, “Positivism Before Hart”, cit., pp. 465-467; FREDERICK SCHAUER, “Legal Positivism and the Contingent Autonomy of Law”, en TOM CAMPBELL y JEFFREY GOLDSWORTHY (eds.), *Judicial power, democracy and legal positivism*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2000 (pp. 215-226); y FREDERICK SCHAUER, “The Path-Dependence of Legal Positivism”, *Virginia Law Review*, v. 101, n. 04, 2015 (pp. 957-976).

sin recurso a la moral; (2) hay múltiples formas de articular lo que, dentro de esa suerte de positivismo, valdría la pena prescribir. En palabras sencillas, tanto en el espacio de los fundamentos como en el campo de las consecuencias hay planteamientos de naturaleza prescriptiva que no tienen por qué confundirse.

Si esto es así, es conveniente llevar a cabo un trabajo preliminar, dirigido hacia la separación entre lo que es esencial y lo que no lo es. En la primera parte de esta sección, me ocuparé de aclarar qué es lo que, si bien puede presentarse idóneamente como implicación del positivismo prescriptivo, no necesariamente debe asumirse con el fin de apoyar mi argumento general. TOM CAMPBELL, por ejemplo, es quizás el autor que ha construido el modelo más completo y articulado de positivismo de inspiración ética o prescriptiva⁸³⁶. Eso no significa decir, empero, que todo lo que plantea CAMPBELL es asimilable o indispensable. Tal y como intentaré mostrar enseguida, su positivismo toca en temas muy concretos y representa, de manera general, una mezcla entre una propuesta de ingeniería institucional y un programa para la legislación y la adjudicación. Si bien algo de eso guarda relación con lo que se debate aquí, su enfoque no es precisamente el mío.

Trataré de mostrar en la segunda parte qué es lo que necesita *prescribir* el “positivismo prescriptivo” para sedimentar una concepción de constitucionalismo en la que tenga cabida la figura del *juez deferente*. DAVID DYZENHAUS ha notado muy acertadamente que el renacimiento del positivismo *benthamita* permite dar cuenta del problema de la aplicación de la ley en una época de constitucionalización de derechos, con lo cual se establece un puente entre la teoría del derecho y la teoría constitucional⁸³⁷. Aquí se sitúa el “positivismo prescriptivo” adoptado en esta tesis. Su enfoque es sencillo: *debe* comprenderse el Derecho como algo que posee autonomía, es contingente y, con ello, puede identificarse sin arreglo a juicios morales, además de ostentar una naturaleza ineludiblemente institucional. En la medida en que simplemente se prescribe que el Derecho debe *comprenderse* de manera positivista, se exige en definitiva algo bastante más modesto que, por ejemplo, lo exigido en el positivismo ético de CAMPBELL. Sin embargo, me parece que ello es suficiente para reconciliar el constitucionalismo con la idea de sujeción del juez a la ley.

⁸³⁶ Véase sobre todo TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1996.

⁸³⁷ Véase DAVID DYZENHAUS, “The Genealogy of Legal Positivism”, *Oxford Journal Of Legal Studies*, v. 24, n. 01, 2004 (pp. 39-67), p. 62.

4.1. ¿Por qué ser positivista? (I)

En un texto que lleva precisamente este título – “¿Por qué ser positivista?” – LIBORIO HIERRO, además de hacer un recorrido por las principales discusiones que anidan sobre todo la tradición analítica, señala que la principal virtud de la tesis de la separación entre Derecho y moral no estriba en su rasgo científico, es decir, no reposa en la posibilidad – que él cree dudosa – de construir una auténtica y *pura* ciencia del derecho. A su juicio, vale la pena ser positivista – metodológico, cabe agregar – porque se preserva un punto de vista moral y crítico frente al Derecho, y la condición para ello radica en la posibilidad de identificar qué es lo jurídicamente debido sin tener que decir nada sobre su corrección o justicia⁸³⁸.

Me parece oportuno dejar constancia de que ello en modo alguno implica la aceptación de lo que BOBBIO ha llamado – en su conocida distinción entre positivismo teórico, ideológico y metodológico⁸³⁹ – “positivismo ideológico”, una sencilla e implausible *tesis moral*⁸⁴⁰ que afirma que el Derecho debe ser obedecido simplemente porque es Derecho. Eso es algo que, por lo menos en su versión fuerte⁸⁴¹, ningún positivista consecuente suscribiría⁸⁴². La razón que tiene HIERRO para ser positivista está

⁸³⁸ LIBORIO HIERRO, “¿Por qué ser positivista?”, cit., pp. 297-299.

⁸³⁹ Como es sabido, según BOBBIO el positivismo jurídico puede ser examinado bajo tres perspectivas: (1) un modo de aproximarse al estudio del Derecho (“positivismo metodológico”); (2) en cuanto una teoría del Derecho, en la cual, entre otras, la idea de coacción juega un papel fundamental (“positivismo teórico”); (3) una ideología que radica en la afirmación del deber de obediencia al Derecho en cuanto tal (“positivismo ideológico”). Vid. NORBERTO BOBBIO, *El Positivismo Jurídico*, cit., pp. 141-143.

⁸⁴⁰ El propio LIBORIO HIERRO, con arreglo a una lección de FRANCISCO LAPORTA sobre el “positivismo ideológico”, aduce que esa corriente establecería una afirmación sobre el Derecho y una conclusión sobre la moral. *‘N es Derecho, luego N debe ser obedecida’*. Vid. LIBORIO HIERRO, “¿Por qué ser positivista?”, cit., p. 294.

⁸⁴¹ Me refiero a una versión fuerte (la ley debe ser obedecida porque es la ley) en consideración al hecho de que BOBBIO también tiene en cuenta una versión moderada del “positivismo ideológico” (que él también llama “ético”). La versión moderada estribaría en el reconocimiento del Derecho en cuanto instrumento para la realización de un bien, el orden de la sociedad. Habría entonces un deber *prima facie* de obediencia al Derecho si se quiere alcanzar el orden y el buen funcionamiento de la sociedad. Pero como el orden es un valor no absoluto, puede que haya circunstancias en las que se justifique su superación o incluso su rompimiento. Véase NORBERTO BOBBIO, *El Positivismo Jurídico*, cit., p. 235. Es interesante recalcar que BOBBIO acepta totalmente el positivismo en cuanto método; en lo que atañe a la teoría, acepta solamente el positivismo en sentido amplio (teoría coactiva del Derecho, teoría legislativa del Derecho y teoría imperativa del Derecho), rechazando su vertiente más estricta (que incluiría una teoría de la coherencia del ordenamiento, una teoría de su plenitud y, en fin, una teoría de la interpretación lógica o mecanicista del Derecho); y finalmente BOBBIO señala que, en tiempos normales, está dispuesto a aceptar la versión moderada del “positivismo ético”. Vid. NORBERTO BOBBIO, *El Positivismo Jurídico*, cit., pp. 240-241.

⁸⁴² Por lo que respecta a este punto y a la idea – criticada por el autor – de que el positivismo jurídico o bien se define por una actitud de obediencia al Derecho o bien facilita la obediencia ciega a la autoridad, véase FREDERICK SCHAUER, “Positivism as Pariah”, en ROBERT P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law: essays on legal positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996 (pp. 31-55).

anclada precisamente en la libertad para censurar el Derecho injusto y, si fuera el caso, negarle obediencia. Es básicamente eso lo que llega a sostener HART en su debate con FULLER: con independencia de si es correcto conceptualmente separar el Derecho de la moral, comprender las cosas así es algo bueno, algo que debe promoverse en aras de construir una buena sociedad, capaz no sólo de identificar, sino también de protegerse de leyes válidas pero inmorales⁸⁴³.

Ese argumento ha sido desarrollado de manera articulada en los orígenes de la tradición positivista⁸⁴⁴ y encuentra en BENTHAM un apoyo singularmente claro. Basta con acudir a su distinción entre la “*expository jurisprudence*” y la “*censorial jurisprudence*”⁸⁴⁵. Ante la suposición de la diferencia entre *ser* y *deber ser*, BENTHAM reserva al expositor la tarea de describir el derecho tal y como *es*, en un depurado proceso de desmitificación⁸⁴⁶; al censor, en cambio, le corresponde la función de criticar lo que se ha descrito, prescribiendo entonces como el Derecho *debería ser*. Según POSTEMA, más allá de la dualidad entre hecho y valor, en BENTHAM esa distinción estriba en la necesidad de comprender que una norma puede ser jurídicamente válida y a la vez injusta⁸⁴⁷.

En este sentido, si uno se centra únicamente en BENTHAM, resulta bastante plausible concluir que la vertiente descriptiva de su positivismo descansa en premisas normativas⁸⁴⁸. JULIE DICKSON pone de relieve la esencia reformadora de BENTHAM, que, con el fin de lograr su propósito de transformar el derecho inglés⁸⁴⁹, creía que era

⁸⁴³ Véase en particular H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983 (pp. 49-87). En este ensayo HART parece anclar la separación entre Derecho y Moral en el valor de dejar abierta la cuestión alusiva al deber de obediencia al Derecho. Véase también H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 209. Aquí el autor parece asumir que el concepto positivista de Derecho permite, entre otras cosas, clarificar nuestros juicios morales, lo que es, sin lugar a dudas, un argumento sustantivo para ser positivista.

⁸⁴⁴ Véase GERALD J. POSTEMA, “Legal Positivism: Early Foundations”, cit. Suele identificarse los orígenes de la tradición positivista en autores como HOBBS, BENTHAM y AUSTIN. Sin embargo, POSTEMA pone de relieve la presencia de rasgos positivistas en filósofos como PLATÓN, EPICURO, SANTO TOMÁS DE AQUINO y MARSILIO DE PADUA.

⁸⁴⁵ JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener, Batoche Books, 2000, p. 234.

⁸⁴⁶ Véase H.L.A., HART, “The Demystification of the Law”, en H.L.A. HART, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982 (pp. 21-39).

⁸⁴⁷ GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, N. York, Oxford University Press, 1986, p. 304.

⁸⁴⁸ Según SCHAUER, el positivismo descriptivo en BENTHAM es conceptual por razones normativas. Vid. FREDERICK SCHAUER, “Positivism Before Hart”, cit., p. 465.

⁸⁴⁹ Si bien es verdad que el blanco de BENTHAM ha sido primordialmente el derecho inglés, su atención se ha vuelto asimismo hacia Francia y en especial hacia Estados Unidos. A causa de la independencia estadounidense, BENTHAM creía que la ruptura con Inglaterra debería dar lugar a la consolidación de un sistema claro, racional y estructuralmente codificado, con lo cual se marcaría una ruptura también con el *Common Law*. Además de ello, BENTHAM criticó la institución del Senado. Véase H.L.A. HART, “The

indispensable la exposición refinada y objetiva del derecho vigente⁸⁵⁰. Con todo, por lo que respecta a autores como HART, resulta controvertido sostener que su “positivismo metodológico” radique en fundamentos normativos, aunque en algún momento se haya hecho referencia a los beneficios de entender el Derecho de una manera determinada⁸⁵¹. En efecto, en su *post scriptum* a “*The Concept of Law*” HART aclara que su empresa teórica es descriptiva, general y, con ello, moralmente neutral, lo que es tanto como decir que no se erige sobre la base de ninguna asunción de naturaleza moral⁸⁵².

Pese a ello, autores como MACCORMICK, SCHAUER y LIAM MURPHY identifican una versión del “positivismo prescriptivo” en el pensamiento de HART, precisamente debido al hecho de que, a su entender, HART (como HIERRO) asume que es *mejor* ver al Derecho según el positivismo⁸⁵³. A mi juicio, MACCORMICK lo sostiene porque en realidad no cree ser posible el desarrollo de una jurisprudencia general y descriptiva⁸⁵⁴. SCHAUER, a su vez, señala que las cosas son distintas y que no es necesario el rechazo del “positivismo conceptual” en orden a aceptar el “positivismo prescriptivo”⁸⁵⁵. No voy a entrar a discutir este aspecto aquí y me limito a dar por sentado que se trata de hecho de planos separados. Me interesa, empero, poner el acento en la definición utilizada por SCHAUER para justificar por qué puede considerarse a HART un positivista prescriptivo.

United States of America”, en H.L.A. HART, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982 (pp. 53-78), pp. 72-74.

⁸⁵⁰ JULIE DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 05.

⁸⁵¹ En efecto, ese planteamiento es rotundamente rechazado por ANDREI MARMOR, para quien el positivismo, siguiendo la tradición puesta en marcha por HART, es mejor entendido como una teoría descriptiva y moralmente neutral acerca de la naturaleza del Derecho. Vid. ANDREI MARMOR, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 04, 2006, (pp. 683-704). Véase también JULES COLEMAN, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, v. 11, 1982 (pp. 139-164), p. 147, quien refuerza que el positivismo formula una tesis conceptual o analítica sobre el Derecho y esto no puede confundirse con intereses normativos que, siguiendo el ejemplo de BENTHAM, han tenido algunos positivistas.

⁸⁵² H.L.A. HART, “Postscript”, cit., pp. 239-240.

⁸⁵³ NEIL MACCORMICK, “A Moralistic Case for A-Moralistic Law”, *Valparaiso University Law Review*, v. 20, n. 01, 1985 (pp. 01-41), pp. 09-10; FREDERICK SCHAUER, “The Path-Dependence of Legal Positivism”, p. 963; LIAM MURPHY, “Better See Law This Way”, *New York University Law Review*, v. 83, n. 04, 2008 (pp. 1088-1108).

⁸⁵⁴ NEIL MACCORMICK, “A Moralistic Case for A-Moralistic Law”, cit., p. 30. Se trata de una posición muy clara en GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 333 y aún más clara en JEREMY WALDRON, “Normative (or Ethical) Positivism”, en JULES COLEMAN (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001 (pp. 410-434), p. 430 (“the concept of law is normative”).

⁸⁵⁵ En palabras de SCHAUER: “Scholars have debated whether the purely descriptive pretensions of conceptual positivism are even possible, but normative positivism does not require that conceptual positivism be impossible, and normative positivism’s desirability does not presuppose its inevitability”. FREDERICK SCHAUER, “Positivism Before Hart”, cit., p. 463. Según MARMOR, el “positivismo ético” es una teoría política, no una teoría sobre la naturaleza del Derecho, con lo cual no entra en la disputa acerca de la correcta descripción de lo que llamamos “Derecho”, porque en realidad no es ese su cometido. Vid. ANDREI MARMOR, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”, cit., p. 690.

Así dice el autor: “(...) la postura normativa consiste en instar a los teóricos y académicos a elegir, promover, respaldar o alentar el positivismo por razones distintas de la precisión descriptiva”⁸⁵⁶.

Estoy de acuerdo con SCHAUER y en realidad su posición no difiere mucho de la definición mínima ofrecida por CELANO. La “postura normativa” consiste, al fin y al cabo, en prescribir positivismo por razones que van más allá del rigor conceptual. Si esto es así, lo que debe interesarnos ahora es la cuestión en torno a esas razones, es decir, ¿qué clase de razones dan amparo a esa “postura normativa”? Encauzado el problema de este modo, el fundamento moral de HIERRO y HART para *prescribir* positivismo tal vez sea apropiado. Parece plausible sostener que la separación entre Derecho y moral deja al ciudadano (y al teórico, por supuesto) la responsabilidad de evaluar la moralidad del Derecho, preservándose una dimensión de censura, crítica y, en última instancia, desobediencia⁸⁵⁷. Sin embargo, si bien esa es una razón moral relevante, es también insuficiente y en cierto modo distante de los propósitos de este trabajo. El “constitucionalismo político” requiere un “positivismo prescriptivo” basado en razones de otra índole.

Se trata de una índole de naturaleza política o, si es posible decirlo así sin incurrir en malentendidos, de naturaleza más política que moral. El enfoque, por lo tanto, radica en cuestiones de organización y ejecución del poder político. Y eso da lugar a un interrogante fundamental: ¿qué comprensión del Derecho debe asumirse a fin de conservar y asimismo promover cosas tales como la separación de poderes, la autonomía del Derecho y, en particular, la sujeción del juez a la ley? Aquí se sitúa el positivismo jurídico en sus orígenes *benthamitas*, donde el concepto de Derecho se relaciona ínsitamente con la cuestión concerniente a la mejor forma de gobierno. BOBBIO lo explica de modo bastante claro al aducir que el movimiento en favor de la legislación estaba “indisolublemente ligado a la formación del Estado Moderno”⁸⁵⁸ y se asentaba sobre una doble exigencia: “poner orden en el caos del Derecho primitivo” y “suministrar al Estado

⁸⁵⁶ En el original: “(...) the normative posture is one of urging theorists and commentators to choose, promote, endorse, or encourage positivism for reasons other than descriptive accuracy”. FREDERICK SCHAUER, “Positivism Before Hart”, cit., p. 464.

⁸⁵⁷ La idea de que comprender el Derecho como algo distinto de la moralidad (comprenderlo de manera positivista) fomentaría una actitud crítica frente al Derecho es disputable y controvertida. Véase, por ejemplo, PHILIP SOPER, “Choosing a Legal Theory on Moral Grounds”, *Social Philosophy & Policy*, v. 04, n. 01, 1986 (pp. 31-48).

⁸⁵⁸ NORBERTO BOBBIO, *El Positivism Jurídico*, cit., p. 132.

un instrumento eficaz para intervenir en la vida social”⁸⁵⁹. El positivismo, así entendido, es la teoría del derecho del Estado Moderno⁸⁶⁰.

TOM CAMPBELL – dentro del contexto de renacimiento del positivismo en su dimensión prescriptiva – nos brinda una inspiradora teoría del positivismo ético (o *LEP* – *Legal Theory of Ethical Positivism*). En su esencia, se trata de un intento genuino de tomar en serio el proyecto positivista para el derecho moderno. La *LEP* no se preocupa por el análisis conceptual. Su cometido consiste en poner en marcha un programa de ingeniería institucional que dé lugar a la construcción de un Derecho basado en reglas. La *LEP*, según el propio CAMPBELL, puede entenderse como una especie de “positivismo de reglas”⁸⁶¹. De ahí que el autor avance hacia una suerte de ciencia de la legislación, perfilando las virtudes generales de las reglas⁸⁶² y, en particular, poniendo el acento en sus dos funciones principales⁸⁶³: (1) limitar el gobierno, esto es, limitar el poder político y, al mismo tiempo, (2) permitir el funcionamiento adecuado del propio gobierno. CAMPBELL subraya que la protección de los derechos humanos sería incluso más eficaz si su formulación estuviera basada en reglas, no en principios⁸⁶⁴.

La conexión con el programa codificador de BENTHAM se hace notar con claridad⁸⁶⁵ y, por tanto, no es por casualidad que la legislación ocupe un lugar central en la *LEP*. De ahí se sigue que el positivismo ético de CAMPBELL se dirige primariamente

⁸⁵⁹ NORBERTO BOBBIO, *El Positivismo Jurídico*, cit., p. 132.

⁸⁶⁰ Véase FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 65-66. Véase también, y especialmente, UBERTO SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965. A grandes rasgos, SCARPELLI defiende el positivismo jurídico por razones políticas, precisamente en cuanto teoría del derecho del Estado Moderno (o, si se quiere utilizar los términos de BOBBIO, SCARPELLI sería más bien un “positivista teórico”). Habría que considerar, en cambio, las interesantes matizaciones articuladas por FÉLIX MORALES en su trabajo sobre la filosofía del derecho de SCARPELLI, según cuales el autor habría revisado (aunque parcialmente) algunas de sus tesis positivistas, con una consecuente adhesión y prescripción a la aplicación (y salvaguardia) de principios por una “aristocracia de jueces”. El análisis, sin embargo, es mucho más detenido y profundo. Véase FÉLIX F. MORALES LUNA, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli: análisis del lenguaje normativo y discurso de los juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 223-234.

⁸⁶¹ TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit., p. 06. Se trata de lo que el autor denomina “rule-centred approach” (cit., p. 244).

⁸⁶² TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit., capítulo tercero.

⁸⁶³ Véase TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit., p. 37. En el mismo sentido, véase TOM CAMPBELL, “Legal Positivism and Political Power”, en TOM CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004 (pp. 69-86), p. 70.

⁸⁶⁴ TOM CAMPBELL, “The Point of Legal Positivism”, cit., p. 21. Véase además TOM CAMPBELL, “Legislating Human Rights”, en TOM CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004 (pp. 299-320).

⁸⁶⁵ Con respecto a ello y, en particular, a la idea de que la función cardinal del Derecho consiste en ordenar y coordinar la interacción social a través de un sistema de reglas estructuradas, públicas y fácilmente identificables, véase GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 315.

no a los jueces, sino más bien al legislador⁸⁶⁶. A él se le reserva lo que tal vez sea la prescripción más importante de esta versión del positivismo ético: las leyes deben elaborarse de modo claro y preciso⁸⁶⁷, maximizándose su capacidad de coordinación y, además, conservando su naturaleza general y abstracta, elementos indispensables para la garantía de la limitación del poder político. Así también se abre paso a la limitación del poder de los jueces. En la *LEP*, es la consolidación de una legislación de detalle la clave para acotar la discrecionalidad judicial⁸⁶⁸.

El énfasis en la importancia de erigir un Derecho basado en reglas aclara el sentido de la tesis de la separación entre Derecho y moral en CAMPBELL. El autor construye un argumento singular para fundamentarla: la *LEP* supone la verdad del positivismo incluyente, es decir, reposa sobre la verdad de una tesis conceptual que afirma la contingencia de la separación entre Derecho y moral⁸⁶⁹. En palabras más sencillas: la *LEP* depende de la posibilidad, como verdad conceptual, de la conexión entre el Derecho y la moral. Siendo eso posible, el positivismo ético *prescribe* que la regla de reconocimiento no incorpore la moral como criterio para la identificación del Derecho, puesto que ello socavaría el ideal del gobierno a través de reglas. Ese razonamiento lleva CAMPBELL a sostener que su positivismo ético, si bien supone el positivismo incluyente, *prescribe* el positivismo excluyente⁸⁷⁰.

Con independencia de la claridad o solidez interna de ese argumento, me parece que desplaza la tesis de la separación entre el Derecho y la moral (en tanto que tesis normativa) hacia un plano distinto. No se trata sólo de afirmar que hay razones sustantivas para *comprender* el fenómeno jurídico como una empresa diferente de la moral, como algo que posee autonomía operativa y que, precisamente en razón de ello, permite

⁸⁶⁶ TOM CAMPBELL, "The Point of Legal Positivism", en TOM CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004 (pp. 21-42), p. 40.

⁸⁶⁷ "The point of legal positivism, so understood, is to commend that legal systems be developed in such a way as to maximize the social and political benefits of having a system of readily identifiable mandatory rules of such clarity, precision and scope that they can be routinely understood and applied without recourse to contentious moral and political judgement". TOM CAMPBELL, "The Point of Legal Positivism", cit., pp. 23-24.

⁸⁶⁸ Véanse TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit., pp. 89-91 y TOM CAMPBELL, "The Point of Legal Positivism", cit., p. 39. En el capítulo cuarto voy a intentar demostrar que ello no es precisamente esencial, por lo menos no en tanto elemento prioritario, en orden a preservar la sujeción del juez a la ley.

⁸⁶⁹ Véase TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit., pp. 69-73.

⁸⁷⁰ TOM CAMPBELL, "The Point of Legal Positivism", cit., p. 26. Es importante señalar, por lo tanto, que la *LEP* supone la corrección de la tesis conceptual formulada por el "soft positivism". Con todo, se aleja conscientemente del plano conceptual para recomendar la adopción institucional de una forma "dura" (excluyente) de positivismo jurídico. En palabras del propio autor, se trataría de una especie de "prescriptive hard positivism" (cit., p. 27).

distinguir lo que es jurídicamente válido de lo que es justo. En la *LEP*, *separar* el Derecho de la moral significa, más allá de ello, rechazar la introducción de principios en la Constitución⁸⁷¹, lo que, si entendí bien, es tanto como decir que la *separación* se consolida si se renuncia a los principios. De no ser así y en coherencia con el planteamiento general de CAMPBELL, el gobierno de las reglas se volvería endeble y el Derecho serviría simplemente de molde para el razonamiento moral.

Lo que se nota aquí es una recomendación muy cercana a la contenida en la “advertencia de Kelsen”, con la salvedad de que – en KELSEN – la relación entre el Derecho y la moral no se vincula a la fotografía del derecho positivo, es decir, no radica en el tenor más o menos abstracto de los derechos emplazados en la Constitución. Ahora bien, aunque el positivismo ético de CAMPBELL es, como lo dice el propio autor, un “ideal aspiracional”⁸⁷², no estoy seguro de que en efecto debamos perseguirlo, al menos enteramente. Es cierto que la centralidad de la legislación es lo que debe buscarse con el fin de fundamentar una concepción de constitucionalismo que esté *al servicio de la política*. Con todo, no me parece que el sacrificio de los principios resulte irremediable o, mejor dicho, sea condición necesaria para lograr ese objetivo⁸⁷³.

El problema no reside solamente en una cuestión estratégica, que toma en cuenta la realidad y constata que los catálogos de derechos, con su textura moral, son ya un hecho consolidado. A decir verdad, me parece que acotar la dimensión prescriptiva del positivismo a un “mundo de reglas” es reducir su alcance en cuanto teoría del derecho anclada en una tradición política. ¿Acaso el “positivismo prescriptivo” no tendría nada que aportar a la comprensión de un sistema jurídico que haya constitucionalizado principios? Nótese bien: puede que desde una perspectiva estrictamente analítica tenga sentido afirmar que, ante la incorporación de criterios morales en la Constitución, se vuelve borrosa la distinción entre el Derecho y la moral, visto que la validez de una ley

⁸⁷¹ Según CAMPBELL, en un sistema jurídico que de hecho se aproxima del ideal trazado en la teoría del positivismo ético no hay lugar para principios o, mejor dicho, no hay lugar para declaraciones abstractas de derechos. Vid. TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit., p. 161.

⁸⁷² TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit., p. 243.

⁸⁷³ Conviene recordar que, en el capítulo segundo (nota a pie de página 250), señalé que en realidad habría buenas razones para preferir una Constitución que incorporara principios. Es decir: no se trata solo de sostener que el “positivismo de reglas” no es necesario para el tipo de positivismo prescriptivo que defiende en esta tesis, sino también de reconocer el valor del lenguaje abstracto de los derechos fundamentales. Además de ello – y trataré de discutir este punto en el capítulo cuarto – el “positivismo de reglas” alberga un conjunto relevante de problemas respecto a su aplicación. Sobre este aspecto específico, véanse MIGUEL ÁNGEL RODILLA, “Imperio de la ley y principios. Presentación de un debate” (pp. 09-53) y JUAN RUIZ MANERO, “Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta”, ambos en F. J. LAPORTA, J. RUIZ MANERO y M. Á. RODILLA, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009.

pasa a depender de su correspondencia con dichos criterios. Pero el “positivismo prescriptivo” no se encuentra en este plano. El “positivismo prescriptivo” no necesita tomar en serio una proposición como esa, precisamente porque es consciente de que esa proposición no toma en serio el *sentido* de la Constitución, el *sentido* de la idea de derechos y el *sentido* de todo ello en su relación con la legislación y con la jurisdicción. Y no lo toma porque la pregunta por el *sentido* sólo puede plantearse desde una perspectiva normativa.

Según se ha visto en la introducción a este capítulo, siguiendo a FERNANDO ATRIA, el “positivismo metodológico” no puede reaccionar al “constitucionalismo de los derechos” porque ha abandonado sus orígenes y, por ello, no se ve como parte de una empresa asentada en razones político-morales. Sucede que el “positivismo de reglas” tampoco puede ofrecer una reacción plausible. Al contrario, al depositar el valor de la separación entre el Derecho y la moral en la idea del gobierno *por* reglas, termina por dar la razón al “constitucionalismo de los derechos”, como si la incorporación de principios a la Constitución implicara – como de hecho sostienen autores como ATIENZA y ZAGREBELSKY –, una comprensión del fenómeno jurídico necesariamente distinta de la positivista, como si el positivismo no pudiera suministrar una descripción plausible de la relación entre *derechos, jurisdicción y legislación*.

Intentaré aclarar esto sucintamente. ZAGREBELSKY traza una contraposición entre “Derecho por reglas” y “Derecho por principios”, señalando, en resumen, que si una Constitución incorpora principios se modifica la forma de entender el Derecho y, por consiguiente, la función judicial asume una tarea peculiar: la de garantizar “la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”⁸⁷⁴. Si se comprende el “positivismo prescriptivo” como una tesis que sitúa la separación entre Derecho y moral a nivel del *diseño* de la Constitución, o sea, una tesis comprometida con la *no incorporación* de principios, entonces el positivismo renuncia a la posibilidad de ofrecer una descripción de la función judicial que pueda oponerse, por ejemplo, a la suministrada por ZAGREBELSKY. Con ello, el positivismo de CAMPBELL va más allá de lo que requiere nuestro “constitucionalismo político” y, al ir más allá, reduce su capacidad para dar cuenta – desde la tradición positivista – de la comprensión del Derecho precisamente donde más se le necesita.

⁸⁷⁴ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, cit., p. 153.

4.2. ¿Por qué ser positivista? (II)

De acuerdo con FREDERICK SCHAUER, existen cuando menos dos formas distintas de concebir el positivismo jurídico en su dimensión prescriptiva⁸⁷⁵. La primera (“*normative positivism*”) trata el positivismo como un programa para la comprensión del Derecho, esto es, como una manera determinada de entender el fenómeno jurídico. La segunda (“*decisional positivism*”) alude a una perspectiva sobre cómo deberían diseñarse concretamente las instituciones, poniendo el acento, por ejemplo, en el modo de elaboración de las leyes o en un modelo de adjudicación⁸⁷⁶. Ello no significa, empero, que las dos vertientes se excluyan recíprocamente. A mi juicio y teniendo en cuenta nuestro problema de investigación, es importante *comprender* el Derecho desde la perspectiva positivista (en su tradición prescriptiva, por supuesto) precisamente porque ello entraña consecuencias relacionadas con la aplicación del Derecho, entre ellas, la de tornar posible – o, mejor dicho, inteligible – la deferencia del juez al legislador.

El Derecho es en efecto una práctica social y, por lo tanto, la manera como se concibe, como se entiende lo que se está haciendo al interpretar y aplicar el Derecho es lo que da forma a la práctica⁸⁷⁷. Y me parece que los autores positivistas inspirados en la tradición *benthamita* lo tienen por lo general muy claro. El propio CAMPBELL, a pesar de concentrarse en la prescripción de un “positivismo de reglas”⁸⁷⁸, es consciente de que su

⁸⁷⁵ Véase FREDERICK SCHAUER, “Positivism Before Hart”, cit, pp. 461-462.

⁸⁷⁶ Según BAYÓN, el “positivismo normativo” suele presentarse como una “tesis normativa sustantiva acerca del modo en que debería formularse la legislación y acerca del modo en que ésta debería ser interpretada y aplicada por los jueces”. JUAN CARLOS BAYÓN, “¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?”, cit., p. 25. Si se acepta la terminología de SCHAUER (y cabe señalar que mi propósito no consiste en defender la adopción de cualquiera de esas etiquetas), BAYÓN se refiere aquí al “*decisional positivism*”.

⁸⁷⁷ En la introducción a este capítulo he desarrollado con un poco más de detenimiento esa idea. Una referencia importante para entenderla es GERALD. J. POSTEMA, “Jurisprudence, the Sociable Science”, cit, pp. 886-887. Me parece que lo mismo puede desprenderse de las consideraciones de LAPORTA en su diálogo con MANUEL ATIENZA. Vid. MANUEL ATIENZA, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, cit., p. 209.

⁸⁷⁸ Aquí, me parece que debo matizar la crítica llevada a cabo en el apartado anterior. La idea de un “positivismo de reglas” no está mal en sí misma. FRANCISCO LAPORTA, por ejemplo, ha esgrimido un convincente argumento en favor de una especie de “mundo de reglas”, poniendo de manifiesto, a grandes rasgos, la indisoluble conexión entre el imperio de la ley (que es por lo general el imperio de las reglas) y la preservación de la autonomía del individuo, que puede, entre otras cosas, anticipar expectativas normativas de conducta, lo que es esencial para el valor del autogobierno. Vid. FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, capítulo cuarto. No cabe duda, por lo tanto, que hay innumerables ventajas en el establecimiento de un gobierno a través de reglas claras, precisas y públicas. Si no fuera así, tampoco tendría mucho sentido preocuparse por la sujeción del juez a la ley. Lo que sí me parece innecesaria es la asunción, de entrada, de que para lograrlo necesitamos rechazar la incorporación de principios en la Constitución. Ese es el eje de mis reservas al positivismo ético de CAMPBELL.

“ideal aspiracional” no puede alcanzarse si no se consolida una “ética positivista” entre los participantes del sistema⁸⁷⁹. En este sentido y siguiendo a POSTEMA, los conceptos que se utilizan para referirse a las instituciones jurídicas anidan en el lenguaje ordinario y, por ende, derivan de una práctica compartida⁸⁸⁰. De ello se sigue que el concepto de Derecho, entendido en su tenor normativo, gobierna nuestra interacción⁸⁸¹.

A eso me refería al subrayar – comentando el enfoque de CAMPBELL sobre la separación entre Derecho y moral al nivel de la fotografía de la Constitución – que el “positivismo prescriptivo” debe ser consciente de su ínsita relación con un nivel distinto, que se ubica en una disputa preliminar entre diferentes concepciones sobre, por ejemplo, el *sentido* de la Constitución y el *sentido* de la idea de derechos. No basta con suponer, por lo tanto, que la interacción entre derechos y jurisdicción socava la centralidad de la legislación como instancia de resolución primaria de nuestros desacuerdos. Es posible que eso sea así, pero la verdad es que siempre va a depender de quién haya vencido en la disputa preliminar, esto es, de qué concepción se haya consolidado como la que describe *correctamente* el funcionamiento del sistema⁸⁸². Situada la discusión en este plano, el positivismo jurídico consiste – para los propósitos de esta tesis – en una empresa que, consciente de su relatividad histórica⁸⁸³ y de sus premisas políticas, prescribe la manera en la que una sociedad debe comprender la idea y el fenómeno del Derecho⁸⁸⁴. Y nada de ello implica, cabe señalar, prescribir algo sobre el *contenido* del derecho positivo.

⁸⁷⁹ Véanse TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit., p. 97 y TOM CAMPBELL, “The Point of Legal Positivism”, cit., p. 39.

⁸⁸⁰ GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., pp. 333-334. Creo que vale la pena reproducir las palabras de POSTEMA en orden a ilustrar el argumento (y cabe recalcar que el autor está trabajando desde la *jurisprudence* de BENTHAM, o sea, en la raíz del positivismo prescriptivo): “This account can never limit itself to simple description. It is essentially a matter of *characterization* or interpretation. For these practices are not mere and mindless habits, or behavioral routines with no intrinsic significance to those who execute them. They are intelligible social enterprise with a certain, perhaps very complex, *meaning* or *point*” (cit., p. 334). Como es notorio, POSTEMA parece negar la posibilidad de la jurisprudencia general y descriptiva (una tesis con la cual, creo, no necesito comprometerme aquí). Además de ello, el autor parece asumir, en un camino quizás similar al de DWORKIN, que el concepto de Derecho es siempre interpretativo.

⁸⁸¹ LIAM MURPHY, “Better See Law This Way”, cit., p. 1100.

⁸⁸² Con independencia, conviene resaltar, de la posibilidad de establecer a nivel conceptual cuál es la naturaleza o la descripción *correcta* del Derecho.

⁸⁸³ Véase GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 310. POSTEMA, de conformidad con la teoría del derecho de BENTHAM, pone el acento en la relatividad histórica del concepto de Derecho. Ello puede ilustrarse si se acude a la disputa entre el derecho moderno y el *Common Law*. Si se posiciona la idea en nuestro debate, se puede concluir que el concepto de Derecho que se conecta con el “constitucionalismo político” intenta hacer frente a otra concepción del Derecho, que se vincula al “constitucionalismo de los derechos”.

⁸⁸⁴ Véase FREDERICK SCHAUER, “Positivism Before Hart”, cit., p. 963. Véase también FREDERICK SCHAUER, “The Social Construction of the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 03, 2005 (pp. 493-501) p. 498. Prescribir un concepto de Derecho implica, según SCHAUER, ofrecer razones y

Pues bien, lo que está subyacente a la tradición positivista de matriz *benthamita* es la idea de que el Derecho es una creación humana artificial⁸⁸⁵. El conjunto de normas jurídicas es, en consecuencia, producto del ejercicio del poder político o, dicho en otros términos, producto de la voluntad. Con ello, lo jurídicamente válido puede distinguirse de lo moralmente valioso no en virtud de un dato conceptual y tampoco debido al hecho de que el sistema *no introduce* principios morales en sus normas positivas⁸⁸⁶. La separación entre Derecho y moral estriba, así pues, en el carácter autoritativo e institucional del Derecho. Y es en tal contexto en el que descansa la noción de validez, esto es, la premisa de que una norma es jurídicamente válida a causa de su conformidad con los criterios de su producción; y no, en cambio, debido a su justicia.

Como se sabe, la *Teoría Pura del Derecho* de KELSEN adhiere a esa proposición. Sin embargo, concebida en cuanto jurisprudencia general y descriptiva, la idea anterior corresponde a lo que el Derecho universalmente *es*, con independencia de que se trate o no de algo *bueno*. Aquí, en cambio, todo ello es algo que debe alentarse. Según nos dice POSTEMA, BENTHAM necesitaba poner en tela de juicio el *Common Law* y su arbitraria oscilación entre la absurda rigidez y la irrestricta flexibilidad⁸⁸⁷. Para que tal cosa fuera posible, se hacía indispensable pensar el derecho moderno como algo que pudiera identificarse sin arreglo a la profundidad de la moral o de la tradición⁸⁸⁸. El eje de la idea, a mi juicio, radica en la premisa de que el *Common Law* descansaba sobre razones de naturaleza *no-autoritativa* y que, por lo tanto, contribuía a la ocultación del ejercicio del poder⁸⁸⁹. En este sentido, afirmar el carácter autoritativo y artificial del Derecho conlleva un cambio profundo; y este cambio reposa en el seno de las preguntas que uno – sobre

argumentos para que una cultura modifique, si bien lenta y colectivamente, su manera de comprender el Derecho.

⁸⁸⁵ Véase GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 316.

⁸⁸⁶ Hay tres elementos que, según POSTEMA, componen el núcleo de la raíz de esa concepción: mandato, voluntad y validez. Vid. GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 317.

⁸⁸⁷ Véanse GERALD J. POSTEMA, “Legal Positivism: Early Foundations”, cit., p. 36 y GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., pp. 279-286. Una explicación muy sugerente del llamado “ciclo de la adjudicación” en tanto “arbitrariedad hasta la perfección” puede encontrarse en FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 108-111.

⁸⁸⁸ “On Bentham’s analysis of modern society, law can achieve its ends and serve adequately its primary tasks only if its content and authority can be established without any need to rely upon investigation into either moral or traditional historical (or theological) matters”. GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 315.

⁸⁸⁹ Véase GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 309. En una sociedad moderna, plural y civilizada, el “método silencioso” del *Common Law* ya no podría tener lugar. Se necesitaba un conjunto de reglas generales, sistematizadas y públicas.

todo el ciudadano – pasa a formular acerca del Derecho: *¿quién y con qué autoridad ha dictado la norma?*⁸⁹⁰

El positivismo, por lo tanto, es la teoría de este Derecho artificial y autoritativo. Así entendida, y siguiendo a WALDRON, sienta sus bases sobre algunos elementos cardinales, como la separación entre Derecho y moral, el carácter general y público de las reglas y en particular la noción de fuentes institucionales, cuyo significado implica vincular la identificación de la norma jurídica a una cuestión de “*pedigree*”, que alude a la *forma* en que la norma ha sido dictada⁸⁹¹. Con ello, la edificación de un modelo jerarquizado, anclado en la división de funciones y en una estructurada distribución del poder político tiene cabida y se vuelve inteligible⁸⁹². En palabras sencillas: si el contenido del Derecho se establece por un acto de poder, lo que de hecho importa es la pregunta por quién (y de qué manera) debe ejercerlo. Más allá de ello, si es deseable que los comandos jurídicos sean fácilmente identificables, públicos y de carácter general y abstracto, la ley se convierte en fuente principal del Derecho. Su importancia no se restringe al campo de la estructura; la ley es asimismo contingente y modificable (la manera de su producción conserva un valor deseable), con lo cual se preserva la esencia dinámica del sistema.

Ahora bien, uno puede pensar que el carácter autoritativo del Derecho se diluye, así como la centralidad de las fuentes institucionales, si se constitucionalizan derechos de textura abstracta y contenido moral. Una norma jurídica sería válida debido a su racionalidad, proporcionalidad o correspondencia con cualquier otra fuente *no-institucional*. Me permito acudir a un ejemplo elaborado por FRANCISCO LAPORTA y que demuestra la razón por la que eso estaría mal planteado⁸⁹³. Supongamos que un grupo de profesores sea convocado por un club de estudiantes para examinar la constitucionalidad del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. Supongamos que los profesores lleguen a una solución unánime sobre el tema. Sucede que el Tribunal Constitucional está paralelamente deliberando sobre el mismo asunto y, entonces, alcanza una solución distinta. Nadie dudaría que la única respuesta que constituye un fallo jurídico sea la del Tribunal. Y eso es así porque el orden jurídico

⁸⁹⁰ Por lo que respecta a ese punto, véanse GERALD J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit., p. 316 y JEREMY WALDRON, “Can There Be a Democratic Jurisprudence?”, *Emory Law Journal*, v. 58, 2008-2009 (pp. 675-712), p. 691.

⁸⁹¹ JEREMY WALDRON, “Can There Be a Democratic Jurisprudence?” cit., p. 684. “Forma” puede entenderse no solo en cuanto procedimiento, sino también con respecto a la persona o institución dotada de competencia para dictar la norma.

⁸⁹² Me parece oportuno aludir a la noción de orden normativo institucional, desarrollada en NEIL MACCORMICK, “Institutional Normative Order: A Conception of Law”, v. 82, n. 05, 1997 (pp. 1051-1070).

⁸⁹³ FRANCISCO LAPORTA, “Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo”, cit., pp. 174-175.

español le otorga al Tribunal Constitucional dicha competencia, por mucho que sea más justa o racional la solución encontrada por el grupo de profesores.

En mi opinión – y aquí se nota que estamos otra vez en el terreno de lo normativo, en torno a concepciones rivales del Derecho – la conclusión de LAPORTA solo resultaría implausible si se *comprendiera* el Derecho a la luz de las premisas del “constitucionalismo de los derechos”, sobre todo en su corriente principialista, en la que la identificación de una norma como *jurídica* descansa en un razonamiento de naturaleza compleja, que, si bien toma en cuenta las fuentes institucionales, depende, en última instancia, de criterios de carácter moral. Y eso me parece en definitiva un error porque, al fin y al cabo, alguien tomará la decisión sobre qué cuenta como Derecho o, lo que es lo mismo, alguien suministrará la “interpretación auténtica”. Y esa decisión valdrá no a causa de su racionalidad o justicia, sino en virtud de su autoridad. De ahí que el “constitucionalismo de los derechos” opera a nivel ideológico, ocultando el ejercicio de poder de quien finalmente toma la decisión⁸⁹⁴. La pregunta clave de la tradición del positivismo prescriptivo – *¿quién, cómo y con qué autoridad ha dictado la norma o tomado la decisión?* – pierde su inteligibilidad, y el Derecho pasa a ser interpretado y aplicado como si se tratara de un asunto ajeno a la organización y distribución del poder. Estamos – otra vez – ante la urgente necesidad de poner de manifiesto la naturaleza autoritativa del Derecho.

Dentro de este marco, el positivismo es una teoría al parecer paradójica: afirma la separación entre Derecho y moral precisamente para sostener que no es posible distinguir – en términos político-institucionales – la pregunta relativa al *contenido* de la pregunta concerniente al *procedimiento*. Puesto que no hay acceso directo a la esfera de lo sustantivo, el positivismo hace hincapié en lo procedimental, formal e institucional. Y esa es esencialmente su virtud, no su debilidad⁸⁹⁵. Renunciar a esa virtud implica abrir paso a la falsa conciencia de que el carácter “auténtico” de una interpretación puede definirse a causa de su valor y no de su forma. Además de ello y de acuerdo con WALDRON, necesitamos un Derecho que pueda identificarse sin arreglo a juicios morales porque, dado que estamos en desacuerdo, los juicios morales nos separan y nos conducen al

⁸⁹⁴ ATRIA lo explica de modo muy esclarecedor: “Lo que no tiene sentido es la pretensión de que frente a los procedimientos (es decir, frente a instituciones) puede apelarse directamente a la sustancia, al ‘qué’, sin que esa apelación tenga el significado político de una pura apelación a la voluntad políticamente arbitraria del que lo hace”. FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 186.

⁸⁹⁵ Según puede extraerse del pensamiento de MACCORMICK, el fundamento moral del Derecho, puesto de relieve en la tradición prescriptiva del positivismo, anida en su forma. Vid. NEIL MACCORMICK, “A Moralistic Case for A-Moralistic Law”, cit., pp. 29-30.

conflicto⁸⁹⁶. Lo que en este capítulo se ha llamado “argumento del desacuerdo” es, por ende, condición para asimilar la inexorabilidad y el valor del procedimiento.

Lo dicho hasta aquí demuestra que hay distintas razones sustantivas para preferir un Derecho orientado por una concepción positivista: la preservación de un ámbito de censura a las leyes válidas, la consolidación de un “mundo de reglas”, el respeto a la autonomía del individuo a causa de la predictibilidad y estabilidad de las expectativas, el horizonte de reforma del Derecho, entre tantas otras. Es innegable la relevancia de cada una de esas razones. Sin embargo, me parece que – a los efectos de la finalidad de este capítulo – la *comprensión* del Derecho en cuanto orden institucional, creado artificialmente y anclado en una dimensión autoritativa insoslayable es aún más fundamental. Ello es así no simplemente en virtud de la centralidad de la legislación como pilar de la artificialidad, contingencia y autonomía de lo jurídico. Es más: el enfoque en la autoridad y en las instituciones *informa*⁸⁹⁷ el entendimiento de la práctica y da lugar, a la postre, a la plasmación de una cultura jurídica que da por sentada la relación entre el fenómeno jurídico y la distribución estructurada del poder político.

La influencia de esa cultura jurídica en la aplicación del Derecho es, así pues, definitoria. Interpretar el Derecho pasa a ser entendido como una actividad también conectada con la distribución institucional del poder. Y aquí se instaura el encuentro entre el “*normative positivism*” y el “*decisional positivism*”, distinción suministrada por SCHAUER. Si es preferible que el juez entienda que su actividad consiste en tomar decisiones sobre la base de un conjunto *limitado* de materiales jurídicos⁸⁹⁸ – y no con arreglo a un razonamiento moral amplio – es porque la concepción positivista del Derecho torna esa prescripción inteligible. Con ello, la imagen del *juez deferente* se vuelve en definitiva defendible. Pero ese ya es el tema del último capítulo.

⁸⁹⁶ JEREMY WALDRON, “Can There Be a Democratic Jurisprudence?”, cit., p. 698.

⁸⁹⁷ Eso lo sostiene WALDRON de modo convincente. Vid. JEREMY WALDRON, “Can There Be a Democratic Jurisprudence?”, cit., p. 680.

⁸⁹⁸ Es lo que DYZENHAUS denomina “*formal understanding*”. Vid. DAVID DYZENHAUS, “The Genealogy of Legal Positivism”, cit., pp. 50-51. Por lo que respecta al carácter limitado de los materiales jurídicos, véase FREDERICK SCHAUER, “The Limited Domain of Law”, *Virginia Law Review*, v. 90, 2004 (pp. 1909-1956), pp. 1951-1952. En resumidas cuentas, el autor argumenta que el positivismo de tradición prescriptiva es mejor entendido a luz de la idea de que el Derecho posee un dominio autónomo frente a la moral, a la ciencia, a la política.

5. CONCLUSIÓN: LA “ADVERTENCIA DE KELSEN” TOMADA EN SERIO

Este capítulo se ha elaborado sobre la base de un peliagudo desafío: articular una concepción del constitucionalismo que recobraría el sentido de la “advertencia de Kelsen” en un mundo que indiscutiblemente la ha ignorado, es decir, en un “mundo de derechos”. No es posible evaluar si este capítulo realmente ha logrado su objetivo sin tomar en cuenta su *antítesis*, o sea, sin ponerlo en contraste con el “constitucionalismo de los derechos”. Tal y como nos enseña la tradición política del positivismo, por lo menos desde BENTHAM la defensa de una determinada concepción del Derecho (o, en su caso, del constitucionalismo) posee una relatividad histórica, lo que es tanto como decir que se sitúa en el seno de una disputa con otra concepción del Derecho e intenta, por ende, poner de manifiesto por qué debería pensarse el fenómeno jurídico de otra manera. Si esto es así, el “constitucionalismo político” solo puede *recobrar* el sentido de “la advertencia de Kelsen” porque el “constitucionalismo de los derechos” lo ha socavado.

Hay dos elementos que resultan indispensables para el “constitucionalismo de los derechos” y constituyen, por así decirlo, sus pilares: (1) los derechos fundamentales y (2) el control judicial de la ley. Creo que no hace falta traer a la memoria las razones por las que se ha constatado que esa concepción del constitucionalismo está *al servicio* de los derechos. Por lo tanto, voy a dar completamente por sentado ese hecho. Lo que también se ha concluido es que en el ámbito de esa concepción la sujeción del juez a la ley pierde su inteligibilidad. Y eso es así porque las cuestiones concernientes a la autoridad (*quién*) y al procedimiento (*cómo*) o bien ocupan un espacio marginal y forman parte de un razonamiento justificatorio global o bien quedan oscurecidas por una fantasiosa y seductora idea de “esfera de lo indecible”.

De lo anterior se sigue que una concepción que pretendiera contraponerse al “constitucionalismo de los derechos” debería o bien rechazar la noción de derechos y abandonar el control judicial de la ley o bien suministrar una descripción alternativa, distinta, de esos elementos, de sus relaciones recíprocas y, además, de su conexión con la legislación. A mi juicio, se toma “la advertencia de Kelsen” realmente en serio cuando se asume el segundo camino, no el primero. Es posible mantener la institución de la *judicial review* y la incorporación de derechos fundamentales y, simultáneamente, preservar la legislación como el espacio adecuado para la resolución de nuestros desacuerdos, con lo cual se preserva, a la postre, la sujeción del juez a la ley. En palabras sencillas: se toma en serio “la advertencia” cuando se intenta recuperar la concepción del

constitucionalismo que le subyace, sin que para ello sea indispensable desatender la estructura. Lo que sí resulta indispensable es restablecer la función.

Vistas así las cosas, “el constitucionalismo político” abre el sentido del término “derechos” y el sentido del término “control judicial de la ley” y los remite a su lugar de origen o, mejor dicho, los entrega a la dimensión de lo político. Ello quiere decir que se elabora una concepción del constitucionalismo que, en armonía con lo que ha inspirado la jurisdicción constitucional kelseniana, representa un ideal *al servicio* de la política. Por lo que respecta a los derechos fundamentales, el “constitucionalismo político” sienta sus bases sobre dos argumentos principales: el “argumento del desacuerdo”, que en realidad es uno de los ejes de esta tesis, y el “argumento del escepticismo en torno a la protección judicial de los derechos fundamentales”, cuya fuerza persuasiva tiene más relevancia que su posible corrección teórica. Vayamos a algunas de sus implicaciones:

- a) Los derechos fundamentales suelen formularse en términos abstractos y de elevado tenor moral. A su alrededor se instituye una “cultura de la controversia”, puesto que hay desacuerdo político-moral sobre la mejor forma de atribuirles contenido y alcance.
- b) Esos derechos representan conceptos polémicos o “esencialmente contestables”, en la medida en que entrañan desacuerdos de naturaleza normativo-conceptual.
- c) Los derechos fundamentales formulados en tanto que principios no pueden aplicarse imparcialmente. Esto posee un sentido específico: el órgano llamado a darles contenido debe necesariamente desarrollar y adoptar una concepción político-moral del concepto. Dicha concepción no está dada por la Constitución y tampoco puede extraerse sencillamente del propio concepto.
- d) Con independencia de las posiciones meta-éticas del que razona sobre la base de derechos – de que uno sea o no objetivista moral – epistémicamente no hay un criterio concluyente para acceder a la respuesta correcta, si es que ella existe, de modo que, en términos concretos, seguiremos en desacuerdo en lo tocante al contenido de la moralidad.
- e) Todo lo anterior indica que la necesidad del procedimiento es inexorable, es decir, en lo que atañe a la dimensión de los derechos, no se puede acceder directamente a la sustancia. La pregunta importante para el Derecho – la

“pregunta institucional” – es la siguiente: *¿quién y cómo debe zanjar nuestros desacuerdos?*

f) Hay razones para mantener una postura escéptica en lo tocante a la protección judicial de los derechos fundamentales. Muchas veces es en realidad el legislador el que salvaguarda los derechos de manera eficaz y, si en determinado contexto esto no sucede, con frecuencia es poco probable que la jurisdicción pueda hacerlo.

Con respecto al tema del control judicial de la ley, el “constitucionalismo político” supone su contingencia y contextualidad, arrojando un poco de escepticismo sobre la creencia de que una modalidad *fuerte* de revisión judicial es consecuencia lógica del ideal de los derechos. Se trata aquí de poner en tela de juicio el segundo elemento-clave del “constitucionalismo de los derechos”, poniéndose de manifiesto, además, que la cuestión relativa a la *judicial review* tampoco se aleja del ámbito de lo político. Conviene recordar algunas conclusiones:

a) En la discusión sobre la justificación del procedimiento adecuado para la definición del contenido de nuestros derechos juegan un papel razones instrumentales y razones conectadas con el valor intrínseco del procedimiento. Este balance no puede llevarse a cabo en abstracto y es enteramente dependiente del contexto.

b) El “constitucionalismo político” es una concepción que sienta sus bases sobre la ineludibilidad de la pregunta institucional, con lo cual puede admitir en su seno diferentes respuestas a esa pregunta. El “constitucionalismo político” no necesita asumir el modelo de *Westminster* y tampoco rechazar la *strong-form of judicial review*.

c) Hay un *continuum* de posibilidades de articulación institucional que de ningún modo quedan restringidas por la cuestión de la última palabra.

d) Las experiencias institucionales de Canadá, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda (ejemplos de “constitucionalismo débil”) ponen de manifiesto que aplicar e interpretar derechos es una cuestión de distribución del poder político. Los derechos fundamentales componen, por lo tanto, la esfera de *lo decidible*.

e) Los modelos de *weak judicial review* suponen el desacuerdo sobre la mejor forma de interpretar los derechos y, con ello, reservan, al menos en teoría, la última palabra al legislador. Si bien los sistemas de *strong judicial review* suministran una respuesta distinta a la pregunta institucional, ello no elude el hecho del desacuerdo. Así que en el marco de un sistema de “constitucionalismo fuerte” también deben comprenderse los derechos en términos de desacuerdo moral y político.

La conjunción de los tres primeros argumentos ha demandado la articulación del cuarto y último. En la introducción a este capítulo ya se intentaba aclarar el núcleo de la tensión entre el “constitucionalismo de los derechos” y el “constitucionalismo político”. El primero suministra una descripción de las relaciones entre *derechos, jurisdicción y legislación*. Por ello, el segundo ya no podría verse simplemente como una teoría restringida por el reproche a la *judicial review*. Es decir: si el primero anida en un campo más profundo – el de las concepciones sobre el Derecho –, el segundo no puede limitarse a la crítica de un diseño institucional determinado. Habría que igualar los planos. El “constitucionalismo político” debería, por lo tanto, ofrecer una concepción del Derecho compatible con la idea de derechos fundamentales y con la institución del control judicial de la ley. Y esa concepción debería, a la postre, recobrar la inteligibilidad de la idea de sujeción del juez a la ley.

El “argumento del positivismo prescriptivo” pone el acento en el valor de la autonomía y contingencia del Derecho, en el valor de asumir su carácter artificial. Aquí, hay un enlace entre el constitucionalismo y la teoría del derecho. El “argumento del desacuerdo” entraña una forma específica de entender los derechos. El “argumento de la contingencia y contextualidad...” implica una manera específica de entender el control judicial de la ley. Ambos argumentos ponen de manifiesto la ineludibilidad de la pregunta institucional y la necesidad de organizar estructuralmente el poder. Y el “positivismo prescriptivo”, por añadidura, suministra una comprensión teórica ínsitamente anclada en la dimensión autoritativa, institucional y formal del Derecho.

El último capítulo de esta tesis es enteramente dependiente de las consideraciones anteriores. Llegados a este punto, necesitamos ahora dibujar la figura del *juez deferente*. Pero el capítulo siguiente está planteado esencialmente como una prolongación del que aquí concluye acerca del “constitucionalismo político”. Aun cuando se entrará en la discusión de cuestiones más concretas relativas a la interpretación y aplicación del

Derecho, sin embargo la idea de *deferencia al legislador* debe mantenerse fiel a nuestro hilo conductor, lo que es tanto como decir que, en un breve y último acto, también se intentará tomar en serio “la advertencia de Kelsen”. Y ello implica observar la vinculación del juez a la ley desde un punto de vista institucional, con lo cual se sitúa el tema de la interpretación como parte fundamental de “la pregunta institucional”, esto es, como ingrediente indisociable del problema general de cómo ha de distribuirse el poder político.

IV

DEFERENCIA AL LEGISLADOR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Después de todo lo dicho en el capítulo anterior, mi sensación, salvadas las distancias, es en alguna medida similar a la de JOSEPH RAZ al enfrentarse finalmente a la pregunta “*how to interpret?*”, tras haber reflexionado sobre la relación entre la interpretación en general y su comprensión dentro de algunos de sus dominios específicos: “*I feel that I have said the most important things about it*”⁸⁹⁹. Si bien los antecedentes de la pregunta de RAZ son significativamente distintos de los míos, comparto su postura escéptica respecto a la posibilidad de ofrecer algo así como una teoría completa de la interpretación jurídica o un breviario sobre cómo interpretar correctamente. Y ello no tanto debido a la multiplicidad de métodos y argumentos interpretativos, que es circunstancial a las controversias entre juristas⁹⁰⁰. Mi escepticismo y también mi sensación de que en realidad lo más importante es lo que ya se ha dicho tienen que ver precisamente con lo que señala RAZ a ese respecto: “*The only true general guide is in understanding what interpretation is for*”⁹⁰¹.

Afrontar ese problema, es decir, poner de manifiesto para qué sirve en definitiva la interpretación resulta fundamental y es lo que trataré de hacer enseguida. Pero me parece que, ante todo, es más fundamental aún entender por qué es esa la pregunta verdaderamente relevante. Según RAZ, “para que pueda decirse que algo es realmente la interpretación de un objeto particular, las características del objeto deben encontrarse entre los factores que determinan si se trata de una buena o mala interpretación”⁹⁰². El punto-clave es que las características del objeto deben contribuir a la interpretación. Así, si estamos hablando de interpretar el Derecho, es inevitable reconducir el tema hacia un nivel más profundo, que alude a la cuestión concerniente a *qué se entiende por*

⁸⁹⁹ JOSEPH RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 322.

⁹⁰⁰ Como es notorio, en ello ha insistido GUASTINI. Vid. RICCARDO GUASTINI, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 105-106.

⁹⁰¹ JOSEPH RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, cit., p. 322.

⁹⁰² El argumento general está formulado así: “For something to be an interpretation of a particular object, features of the object itself must be among the factors which determine whether it is a good interpretation or a bad one. Interpretations are guided by practice-based norms about the acceptability of various interpretive strategies together with features of the interpreted object. Unless the object contributes to the interpretation, in the sense that its features contribute to what make an interpretation good or bad, there is no ground to regard the interpretation as an interpretation of that object”. JOSEPH RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, cit., p. 321.

*Derecho*⁹⁰³. Siguiendo de nuevo a RAZ, la manera como el intérprete *mira* a su objeto determina, en alguna medida, el resultado de la interpretación⁹⁰⁴.

Ahora bien, no se trata aquí de sostener que eso es todo lo que puede decirse en lo tocante a la interpretación jurídica. Y tampoco se trata de defender que interpretar el Derecho es simplemente *mirarlo* a través de sus principales características. Cabe advertir que la interpretación que nos interesa aquí es la de tipo decisorio⁹⁰⁵, es decir, la que se lleva a cabo por el juez. Hecha la salvedad, lo que el argumento alcanza a mostrar – en mi opinión y teniendo en cuenta el enfoque de esta investigación – es que el problema de la interpretación jurídica no puede disociarse de la comprensión que el intérprete posee de su objeto. En el Estado Constitucional, el juez es el intérprete de un sistema que por lo general cuenta con reglas y principios, legislación y derechos fundamentales. Su decisión descansa en la concepción que él haga suya, aunque no necesariamente de modo explícito, sobre cada uno de esos ingredientes y sobre la forma en la que se establece la relación entre ellos. La hipótesis que trataré de defender en este capítulo es que, si bien eso no es todo, es en definitiva lo más relevante en aras de hacer frente al problema de la vinculación del juez a la ley. Con ello, lo que al fin y al cabo intentaré poner de relieve es que el capítulo anterior es incluso más importante que este en materia de interpretación y aplicación del Derecho.

Vayamos a un ejemplo que, a mi juicio, ilustra bien lo que quiero decir. En el contexto de las elecciones municipales del año 2016 en Brasil, la ciudad de São Paulo se vio ante una discusión intensa respecto de los límites de velocidad de algunas de sus principales avenidas. Había quienes defendieran límites más estrictos y, por lo tanto, menores y, por otra parte, había quienes defendieran límites más laxos, o sea, más elevados. El ejemplo me parece curioso porque es habitual en la teoría del derecho recurrir a los casos de límites de velocidad para referirse a normas que no entrañan desacuerdos morales y que, por ello, se conectan en exclusiva con un sencillo problema de coordinación, de organización de la acción colectiva. En São Paulo, en cambio, el tema se convirtió en asunto cardinal de la política local, estableciéndose una diferencia claramente marcada entre dos proyectos distintos de ciudad.

⁹⁰³ Esa pregunta no necesita ubicarse en un nivel conceptual, universal y descriptivo. Puede aludir simplemente a la comprensión del Derecho que el intérprete hace suya al acercarse a su objeto.

⁹⁰⁴ JOSEPH RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, cit., pp. 230-231.

⁹⁰⁵ Véase RICCARDO GUASTINI, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 203-204. La interpretación-decisión (juez) se contrapone a la interpretación-conocimiento (jurista teórico).

Para resumir, el alcalde que gobernó entre 2012 y 2016 logró implantar un conjunto de medidas dirigidas hacia la reducción del número de coches y a incentivar, por ejemplo, el uso de bicicletas. Con ello, crearon innumerables vías ciclistas y – nótese bien – se disminuyó el límite de velocidad de las principales avenidas de la ciudad. El problema adquirió relevancia en las elecciones de 2016 porque una parte significativa de los ciudadanos entendía que las medidas no habían generado el efecto pretendido y que, al fin y al cabo, acarrearían perjuicios a la propia movilidad urbana, puesto que se estaba dificultando el tráfico en una ciudad dinámica y en cierto modo dependiente del coche. Si es acertado pensar que las elecciones de 2016 pusieron de manifiesto la contraposición entre dos modelos diferentes de ordenación urbana⁹⁰⁶, puede afirmarse que la victoria de la oposición resultó representativa: el alcalde no fue reelegido y alcanzó solamente un 16% de los votos, mientras que el candidato de la oposición – que estaba en contra de la reducción del límite de velocidad – ganó las elecciones en la primera ronda y con un 53% de los votos. En efecto, una de las primeras decisiones del nuevo alcalde consistió en aumentar los límites de velocidad⁹⁰⁷.

Sucede que la controversia política fue judicializada. Una asociación de ciclistas propuso una demanda ante la jurisdicción local y ordinaria, reclamando la suspensión inmediata de la ordenanza del nuevo alcalde. El juez de primera instancia consideró relevante la fundamentación de los ciclistas, poniendo de relieve, entre otras cosas, el siguiente conjunto de argumentos: habría suficientes elementos para comprobar la disminución del número de accidentes de tráfico a causa de la reducción del límite de velocidad, con lo cual la nueva política pública carecería de justificación; existiría además la necesidad de preservar la política pública que contribuyera al máximo a la preservación de la seguridad en el tráfico y, a la postre, a la protección de la propia vida de las personas; a causa de ello, la ordenanza municipal vulneraría, en último término, el “principio de prohibición del retroceso social”, lo que no podría aceptarse a la luz de la Constitución. En conclusión, el fallo determinó la suspensión provisional de la ordenanza⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ No es en absoluto mi intención acotar arbitrariamente el conjunto de factores que explican el resultado de una determinada elección. Pero creo que no es una exageración decir que el tema del límite de velocidad (y de la polémica en torno a la movilidad urbana en general) fue de hecho central en 2016. Véase, por ejemplo, el reportaje del periódico “El País Brasil” sobre la exploración del tema en la campaña electoral: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/27/politica/1475007474_676141.html. Último acceso en 28.02.2018.

⁹⁰⁷ A grandes rasgos y sin entrar a discutir los detalles, los límites de velocidad de las principales avenidas de São Paulo (“Pinheiros” y “Tietê”) se han modificado del siguiente modo: de los 50km/h a los 60km/h; de los 60km/h a los 70km/h y de los 70km/h a los 90km/h.

⁹⁰⁸ “Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Processo nº 1001965-41.2017.8.26.0053”, fecha de la decisión: 20.01.2017. Aparte de la búsqueda oficial en la página web del tribunal, me parece conveniente

El ayuntamiento de São Paulo rápidamente interpuso el correspondiente recurso ante la segunda instancia, postulando la inmediata revocación de la decisión del juez ordinario. Seguidamente, el tribunal resolvió estimar el recurso⁹⁰⁹, determinando el mantenimiento de la ordenanza del alcalde y, con ello, de las nuevas reglas de límite de velocidad. Entre los fundamentos más relevantes podrían destacarse, a mi juicio, cuando menos dos: (1) el tribunal ha puesto de manifiesto la presencia de un conjunto más amplio de intereses en juego, cuyo balance resultaría demasiadamente complejo y no podría restringirse a los elementos subrayados en la decisión de primera instancia; (2) el tribunal ha acudido a las normas de competencia emplazadas en la Constitución, señalando que la regulación de la materia quedaría reservada a la autoridad municipal, con lo cual no se mostraría ajustada, en principio, la intervención judicial dirigida a evaluar precisamente el mérito de la decisión administrativa.

Pues bien, ¿qué nos puede enseñar este caso? No cabe duda de la existencia de un desacuerdo entre el juez ordinario y el tribunal de segunda instancia. ¿Pero de qué clase de desacuerdo estamos hablando? A mi juicio, está claro que el juez de primera instancia *comprende* el objeto de su interpretación de una manera, mientras que el tribunal de segunda instancia lo *comprende* de un modo diferente. La primera decisión se construye sobre la base de una premisa esencial: las decisiones políticas (como es el caso de una política social de ordenación urbana) dependen de un estándar de justificación para que sean válidas. Y de esta premisa el juez deriva una conclusión que en su razonamiento no se hace explícita: la competencia para definir qué cuenta como una medida política justificada y, en este sentido, *mejor* para la comunidad, es en último término suya, del propio juez. Su atención se centra básicamente en el ámbito de la *sustancia*, en la discusión respecto de la justificación de la reducción del límite de velocidad con arreglo a la dimensión axiológica de la Constitución. Y lo hace como si la cuestión concerniente a la competencia fuera secundaria y no estuviera necesariamente implícita en su apelación directa al nivel de los principios.

En cambio, el tribunal de segunda instancia lleva a cabo un análisis de la controversia desde una perspectiva distinta. En primer lugar, arroja un poco de escepticismo sobre la conclusión sustantiva del juez, poniendo el acento en el hecho de

hacer constar que el fallo puede encontrarse más fácilmente en el siguiente enlace: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/1/art20170123-03.pdf>. Último acceso en 28.02.2018.

⁹⁰⁹ “Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 2006999-42.2017.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Público”, fecha de la decisión: 24.01.2017.

que quizás no se hayan tomado en cuenta adecuadamente los intereses en juego. En palabras sencillas, el tribunal pone en tela de juicio la sencillez del argumento del “retroceso social”, señalando que no resulta tan evidente qué clase de retroceso se produciría con el mantenimiento de la ordenanza. En segundo lugar y sobre todo, el tribunal parece ser consciente de que la cuestión – precisamente por su complejidad política – requiere una resolución formal, esto es, plantea la pregunta por quién ostenta la competencia para tomar este tipo de decisión. Y la respuesta a esa pregunta es la que pone término a la polémica, implicando, por ende, que se desestime la demanda: la competencia para definir el límite de velocidad de las avenidas municipales es, así pues, del alcalde.

Vistas así las cosas, lo que el ejemplo pone de relieve es la disputa entre dos concepciones distintas del Derecho y, en particular, del constitucionalismo, entre dos modos diferentes de pensar la relación entre *derechos, juez y legislación*. Y la importancia de esas concepciones se hace notar precisamente en el momento de la aplicación del Derecho, cuando el juez es llamado a interpretarlo⁹¹⁰. Pongamos por caso el punto de vista del abogado. El abogado de los ciclistas encuentra en el juez de primera instancia precisamente el tipo de juez sensible a su demanda, esto es, un juez dispuesto a tomar partido en el debate sobre la mejor forma de ordenar el tráfico. Por otra parte, el abogado del ayuntamiento, si insistiera en demostrarle al juez ordinario lo que el sistema jurídico dispone en materia de competencia y procedimiento, muy probablemente no tendría éxito. El abogado se esforzaría por mostrar algo que al juez le importaría poco, algo que en realidad no vincularía su decisión. Lo mismo vale para el abogado de los ciclistas ante el tribunal de segunda instancia. Por mucho que él demostrara que habría razones para preferir límites de velocidad reducidos, el tribunal, aunque se convenciera política o moralmente, no se convencería jurídicamente, porque para el tribunal la pregunta *jurídica* sería en definitiva distinta. Si esto es así, la lección de RAZ sobre la relación del intérprete con su *objeto* quizás resulte ahora más transparente. En nuestro ejemplo, la manera en la que cada juez *mira* su objeto de interpretación determina, en buena medida, el resultado de la interpretación.

Si se entiende esto, se entiende el sentido de mi afirmación acerca de la importancia del capítulo anterior en materia de interpretación jurídica. El “constitucionalismo político” nos permite *mirar* el Derecho de manera tal que el juez que

⁹¹⁰ En ello estoy de acuerdo con DWORKIN: “*jurisprudence is (...) the silent prologue to any decision at law*”. RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 90.

lo asuma, que lo acepte, tendrá razones para ser deferente a la autoridad del legislador. A esta altura de la tesis debe resultar claro que el *juez deferente* es precisamente el juez que mantiene un entendimiento *formal* sobre el Derecho y que, por lo tanto, es consciente de que no puede acudir directamente a la sustancia sin afirmar – aunque de manera implícita – algo sobre el procedimiento. Sin embargo, eso no es todo. Me parece que hace falta una breve cautela metodológica, una definición del ámbito de la discusión. Ante todo, necesitamos una óptica del estudio de la interpretación en la que sea posible ver con claridad lo que está en juego, por ejemplo, en nuestro caso del límite de velocidad, esto es, una disputa insoslayable – a veces adormecida, a veces intensa – entre formas distintas de comprender el *objeto* de la interpretación. Dentro de ese marco, deviene entonces posible entender la conexión entre el “constitucionalismo político” y una manera determinada de interpretar y aplicar el Derecho.

Tal vez resulte oportuno, a fin de aclarar mi enfoque, hacer un breve comentario sobre una perspectiva bien conocida y teóricamente relevante de la interpretación que, sin embargo, desatiende nuestro problema. RICCARDO GUASTINI articula una taxonomía de las controversias entre juristas. Según el autor, los juristas discrepan sobre la interpretación, sobre métodos interpretativos, antinomias, lagunas, principios, normas implícitas y tesis dogmáticas⁹¹¹. Con todo, lo más interesante en torno a las controversias puestas de relieve por GUASTINI radica, paradójicamente, en las que el autor conscientemente ignora. Su análisis queda acotado por una metodología descriptiva y axiológicamente neutral del derecho vigente⁹¹², lo que es tanto como decir que su enfoque deja en un segundo plano; o, mejor dicho, no centra su atención en las concepciones que, en una dimensión más profunda, ofrecen respuestas distintas acerca de la cuestión de para qué ha de servir la interpretación. Y dichas respuestas resultan determinantes del modo en que, de hecho, se interpreta. Si esto es así, el tipo de desacuerdo que hemos identificado en el ejemplo del límite de velocidad no puede ser adecuadamente comprendido en el seno de una perspectiva como la de GUASTINI, pues no formaría parte de una comprensión *realmente* teórica de la interpretación.

Como es sabido, GUASTINI suscribe una teoría analítica de la interpretación. Por “teoría de la interpretación” el autor entiende “un discurso *analítico* y *descriptivo* sobre

⁹¹¹ RICCARDO GUASTINI, *Otras distinciones*, cit., pp. 99-120.

⁹¹² RICCARDO GUASTINI, *Otras distinciones*, cit., p. 99.

lo que la interpretación efectivamente es”⁹¹³. A ese límite metodológico le subyace una filosofía analítica del Derecho, que, en resumen, orienta su labor al análisis lógico del lenguaje jurídico⁹¹⁴. Por ello, y sobre todo para que pueda llevarse a cabo una actividad teórica eminentemente descriptiva de un lenguaje (dicha actividad es en realidad un metalenguaje), el Derecho es concebido en cuanto lenguaje, es decir, el objeto de la labor del filósofo analítico es, según GUASTINI, “el discurso de las autoridades normativas (...), un conjunto de textos o documentos normativos (leyes, constituciones, reglamentos)”⁹¹⁵. Desde esta perspectiva, el estudio teórico del derecho positivo constituye una empresa conceptual⁹¹⁶, esto es, consiste en la formulación de conceptos capaces de describir a valorativamente lo que realmente hacen los juristas prácticos.

En materia de interpretación jurídica, GUASTINI adopta un punto de vista *realista*⁹¹⁷. Interpretar significa, por definición, atribuir significado a un texto normativo. Y esta atribución de significado constituye una actividad volitiva y no cognitiva, es decir, implica siempre un elemento de decisión. Interpretar, por lo tanto, no consiste en encontrar un significado previo a la interpretación, sino más bien y en alguna medida construirlo⁹¹⁸. Además de ello, el que interpreta – en particular el que interpreta *en concreto*, como el juez – debe ser consciente de la doble indeterminación del Derecho⁹¹⁹:

⁹¹³ RICCARDO GUASTINI, “Teorías de la interpretación. Hermeneutas y analíticos”, en RICCARDO GUASTINI, *Teoría Analítica del Derecho. Estudios*, trad. César E. Moreno More, Lima, Zela Grupo Editorial, 2017 (pp. 37-63), p. 37.

⁹¹⁴ RICCARDO GUASTINI, “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, en RICCARDO GUASTINI, *Teoría Analítica del Derecho. Estudios*, trad. César E. Moreno More, Lima, Zela Grupo Editorial, 2017 (pp. 21-36), p. 23.

⁹¹⁵ RICCARDO GUASTINI, “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, cit., p. 32.

⁹¹⁶ RICCARDO GUASTINI, “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, cit., p. 33. Aquí, me parece que tiene cabida una distinción. En el capítulo anterior – en la sección acerca del “positivismo prescriptivo” – hemos visto que el positivismo jurídico contemporáneo suele entenderse como una empresa conceptual orientada hacia la descripción de lo que es – universalmente – el Derecho. Dicho de manera no refinada, se trata de la pregunta por la naturaleza del Derecho. En cambio, me parece que lo que hacen GUASTINI y los filósofos analíticos que se dedican al estudio del lenguaje del derecho vigente es algo similar a la “*local jurisprudence*” de BENTHAM. Es decir, se trata del desarrollo de una maquinaria conceptual cuyo cometido no consiste en hacer explícito un concepto universal de lo que llamamos Derecho, sino más bien en reconstruir conceptualmente el discurso local de los juristas. Para la distinción entre “*local*” y “*universal jurisprudence*”, véase, JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 235. Véase también PIERLUIGI CHIASSONI, *La Tradición Analítica en la Filosofía del Derecho: de Bentham a Kelsen*, trad. Félix Morales Luna, Lima, Palestra, 2017, pp. 32-33.

⁹¹⁷ “La teoría realista de la interpretación constituye una *descripción verdadera* de las prácticas interpretativas”. RICCARDO GUASTINI, “Teorías de la interpretación. Hermeneutas y analíticos”, cit., p. 56.

⁹¹⁸ Esa es la tesis basilar de su concepción escéptica de la interpretación. Cualquier tesis que sostenga la existencia de una única respuesta correcta es a su juicio falsa; y lo es a causa de la indeterminación del Derecho. Según GUASTINI: “la indeterminación interpretativa del sistema jurídico es el verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas”. RICCARDO GUASTINI, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 38.

⁹¹⁹ RICCARDO GUASTINI, *La Sintaxis del Derecho*, trad. Álvaro Nuñez Vaquero, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 335-337. Véase también RICCARDO GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 39-41.

el Derecho es indeterminado en su conjunto, visto que no es tarea sencilla, frente a la equívocidad de los enunciados lingüísticos, identificar lo que forma parte del ordenamiento; y el Derecho es asimismo indeterminado en el momento de su aplicación, en la medida en que cada uno de los textos normativos existentes admite múltiples significados, con lo cual el intérprete se ve ante la necesidad de *elegir y decidir*.

En el marco de esta manera de comprender la interpretación, GUASTINI nos ofrece innumerables y relevantes distinciones: los diferentes tipos de lagunas, la noción de antinomia, la idea de norma implícita, la interpretación correctora⁹²⁰ (como la interpretación sistemática, la interpretación conforme y la interpretación evolutiva), la diferencia entre interpretación extensiva e interpretación restrictiva⁹²¹, etcétera. Se trata, en resumen, del instrumental conceptual con el que se pretende explicar qué es lo que realmente se hace al interpretar el Derecho. Ahora bien, ¿cómo podríamos, con arreglo a la teoría analítica de la interpretación guastiniana, describir el desacuerdo entre los jueces de nuestro ejemplo del límite de velocidad? ¿Se trataría de una discrepancia interpretativa? ¿Podríamos decir simplemente que el juez ordinario ha atribuido un determinado significado a los textos normativos a su disposición (las leyes, los reglamentos, la Constitución) y que el tribunal ha atribuido otro significado a los mismos textos? ¿Podríamos con ello confirmar sencillamente que el Derecho es indeterminado?

A mi juicio, la respuesta a estos interrogantes tal vez pudiera ser afirmativa, lo que no quiere decir que fuera relevante y tampoco, creo, *realista*. En nuestro ejemplo, hay una tensión entre concepciones más profundas que hace evidente una nítida diferencia en la relación del intérprete con su objeto y, por consiguiente, *en la comprensión que el intérprete posee de su propia autoridad*. A mi entender, esto es decisivo para hacer frente al tema de la interpretación jurídica. Pero un teórico analítico como GUASTINI parece dar por sentado que la razón cardinal por la que dos jueces alcanzan resultados interpretativos distintos se sitúa en el ámbito de la equívocidad de los enunciados lingüísticos, el campo de la formulación de los textos normativos⁹²². El problema es que la equívocidad de los enunciados lingüísticos sólo es relevante para entender el desacuerdo interpretativo si los

⁹²⁰ RICCARDO GUASTINI, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, cit., pp. 227-235.

⁹²¹ RICCARDO GUASTINI, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, cit., pp. 219-227.

⁹²² Con ello, no quiero sostener la implausible tesis de que el analítico ignora la influencia de otros factores más allá de la equívocidad del texto en el resultado de la interpretación, porque si la ignorara obviamente no podría denominarse “realista”. Véase a ese respecto PIERLUIGI CHIASSONI, *Técnicas de Interpretación Jurídica: breviario para juristas*, trad. Pau Luque Sánchez, Maribel Narváez Mora, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 162-163.

intérpretes forman parte de la misma empresa o, para decirlo de otra manera, si juegan el mismo juego.

Esa es precisamente la cuestión que una teoría analítica de la interpretación como la del realismo genovés no nos permite ver con claridad. En la parte final de este capítulo, voy a examinar un caso de exención tributaria que alude al siguiente enunciado prescriptivo: “se considerarán exentas las ventas de vehículos automotores (...) *adaptados* a las necesidades de sus adquirientes”. Desde una perspectiva analítica como la genovesa, esa es una disposición normativa que, como cualquier otra, posee múltiples significados. En efecto, ¿qué significa, por ejemplo, la palabra “adaptados”? Según GUASTINI, el juez, al llevar a cabo una interpretación de tipo decisorio, lo que hace es *elegir* uno de los significados normativos posibles; y si elige otro, fuera del marco, lleva a cabo una “interpretación creativa”⁹²³. El significado finalmente atribuido al texto es la norma. Eso es todo lo que la teoría realista y moderadamente escéptica de la interpretación podría decirnos. Cualquier indagación concerniente a la corrección de la elección del juez debe situarse en el seno de una teoría de la argumentación jurídica⁹²⁴.

Ahora bien, ¿cuál es aquí el problema? El problema es que este tipo de teoría analítica de la interpretación da por sentado que los participantes de la práctica entienden que atribuir significado a la palabra “adaptados” es fundamental para interpretar *el Derecho*. Por eso es por lo que GUASTINI aduce que “la interpretación en concreto *reduce* la indeterminación de las normas, identificando los casos concretos regulados por cada norma”⁹²⁵. Pero ello no tiene por qué ser así. Si el juez considera que su función consiste en maximizar y proteger los derechos, construirá la norma que regula el caso enjuiciado

⁹²³ Los textos normativos, por lo tanto, poseen significado antes de la interpretación. Ello es importante porque aleja a los realistas (genoveses) de un escepticismo radical. En palabras de GUASTINI: “Interpretar no consiste en atribuir *cualquier* significado, sino en atribuir uno de los significados que se encuentren dentro del rango de significados admisibles según (a) el uso común, (b) los métodos interpretativos en uso y, (c) las teorías dogmáticas”. RICCARDO GUASTINI, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 53.

⁹²⁴ HUMBERTO ÁVILA, por ejemplo, tras suscribir un punto de vista analítico de la interpretación y de la ciencia jurídica, en el que sigue sobre todo a GUASTINI, nos deja a fin de cuentas en un escenario de profunda incertidumbre, dependientes por completo de la construcción de una teoría de la argumentación. Esta, al suministrar criterios intersubjetivamente controlables de la interpretación, sería la única forma de reducir la indeterminación del Derecho. Además de una teoría de la argumentación, necesitaríamos asimismo una teoría de las normas y una teoría de los sistemas (aquí el autor sugiere remplazar la jerarquía formal por la noción de “coherencia sustancial”). Vid. HUMBERTO ÁVILA, “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, *Revista de Direito Tributário Atual*, n. 29, 2013 (pp. 181-204). Para una crítica de un planteamiento como ese, véase FERNANDO ATRIA, “Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, en F. ATRIA, E. BULYGIN, J.J. MORESO, P. NAVARRO, J.L. RODRIGUEZ Y R. MANERO, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005 (pp. 159-184), pp. 163-164.

⁹²⁵ RICCARDO GUASTINI, “Interpretar, Construir y Argumentar”, en RICCARDO GUASTINI, *Teoría Analítica del Derecho. Estudios*, trad. César E. Moreno More, Lima, Zela Grupo Editorial, 2017 (pp. 83-144), p. 90.

a partir de una lectura moral de los principios en juego y, tal y como veremos concretamente al tratar de este ejemplo, puede que la palabra “adaptados” no juegue ningún papel en la interpretación.

El jurista analítico podría señalar simplemente que se ha llevado a cabo una “interpretación creativa”⁹²⁶. Pero esa respuesta, si pretende ser realista y describir la interpretación *como es*, quizás no tenga sentido para explicar una práctica en la que la identificación de lo que requiere el Derecho descansa en un complejo razonamiento moral con arreglo a derechos. La noción misma de “interpretación creativa” como concepto adecuado para describir interpretaciones que se apartan del marco de significados del texto pierde, por ende, su relevancia. Según subraya TOM CAMPBELL muy acertadamente, cuando la actividad de aplicación del Derecho es concebida como instrumento para institucionalizar o maximizar los derechos, se disipa la línea dogmática que hacía operativa la diferencia entre una ambigüedad, una laguna o cualquier otra “deficiencia” del texto normativo⁹²⁷. Si tiene razón CAMPBELL, entonces las distinciones de GUASTINI presuponen una comprensión del Derecho en la que el texto formulado en cuanto regla es el objeto precípulo de la interpretación-decisoria⁹²⁸. En la medida en que el analítico pasa por alto este problema y en la medida en que la concepción del Derecho que subyace a su labor se queda difuminada, su metodología descriptiva y neutral pierde incluso su utilidad terapéutica⁹²⁹.

⁹²⁶ En rigor, la “interpretación creativa” ni siquiera sería interpretación. RICCARDO GUASTINI, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 53.

⁹²⁷ TOM CAMPBELL, “Incorporation through Interpretation”, en TOM CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004 (pp. 209-230), p. 217.

⁹²⁸ A este respecto ATRIA señala acerca del “positivismo metodológico” y de la conocida distinción de BOBBIO: “Pero el método solo era plausible en la medida en que la teoría y la ideología continuaran siendo las formas de auto-comprensión de las prácticas jurídicas en las que trabajaba el positivista, y en la medida en que esa auto-comprensión dejaba de creer en la supremacía del derecho creado (positivismo teórico) y en la importancia del respeto a las reglas legales como expresión del autogobierno (positivismo ideológico), el regalo de BOBBIO se transformó en un presente griego que reduce al positivismo a un conjunto más o menos sofisticado de estipulaciones”. FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 82. Dicho de otro modo, si la forma de comprensión del Derecho es ahora pre-moderna (o esta es por lo menos la tendencia, teniendo en cuenta el casi abandono del positivismo teórico, incluso por los positivistas metodológicos), el analítico o bien se contenta con simplemente en llevar a cabo una empresa conceptual que ya no da cuenta de la práctica *como es*, o bien se convence de que la relevancia de su propio trabajo requiere la plasmación de una comprensión positivista (en el sentido “prescriptivo” del capítulo anterior) del Derecho. Creo que esa observación puede condensarse en el interrogante que LIBORIO HIERRO le dirige al realismo jurídico genovés: “¿cuál es su ideología del derecho y cuál es su teoría del derecho?”. LIBORIO HIERRO, “Sostiene Barberis: consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”, en JORDI FERRER BELTRÁN y GIOVANNI B. RATTI (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011 (pp. 217-236), p. 231.

⁹²⁹ Me refiero al cometido de una teoría descriptiva de la interpretación, que consiste en reconstruir la práctica efectiva de una determinada comunidad interpretativa. Véase RICCARDO GUASTINI, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 50.

De todo lo anterior se infiere que un tipo de perspectiva analítica como el examinado no suministra herramientas adecuadas para que entendamos satisfactoriamente el desacuerdo entre los jueces de nuestro caso del límite de velocidad. Desde esa vertiente teórica, no es posible ver la disputa entre “constitucionalismo político” y “constitucionalismo de los derechos” como un conflicto que entraña consecuencias definatorias para el modo de concebir la interpretación jurídica, lo que es tanto como decir que esa clase de óptica analítica, ante todo, no nos deja trabajar en la dimensión correcta del problema. En este sentido, lo que de hecho necesitamos es un punto de vista institucional⁹³⁰ y autoritativo sobre la interpretación, que la acomode en el seno de la distribución y organización del poder político. Con ello quiero decir que las preguntas *¿cómo interpretar?* y *¿para qué sirve la interpretación?* se conectan, a la postre, con la indagación general acerca de cómo debe ejercerse el poder político en la comunidad. Me parece que esto aclara aún más mi hipótesis de que el “constitucionalismo político”, al poner el acento en la forma, institucionalidad y autoridad del Derecho, contiene lo más importante que podría decirse en esta tesis en materia de interpretación.

Conviene entonces dar un paso adelante y tratar de mostrar cómo podría articularse la figura del *juez deferente* en el Estado Constitucional. Esa es la tarea que intentaré llevar a cabo en este capítulo. Pero antes de entrar a discutirla en concreto me gustaría comentar de modo breve una cuestión preliminar en lo tocante a esta idea. Como ya se ha puesto de manifiesto, para entenderla correctamente es importante adoptar un punto de vista institucional sobre la interpretación. Me parece, entonces, que la consecuencia más inmediata que ello implica es el abandono de la distinción analítica entre *texto* y *norma*. Según GUASTINI, el legislador produce textos, disposiciones, no normas⁹³¹. Sin embargo, y siguiendo a FRANCISCO LAPORTA, esa distinción parece plausible únicamente desde la filosofía del lenguaje, pero su desplazamiento hacia la

⁹³⁰ El planteamiento más sugerente (y completo) que conozco sobre la relación entre la interpretación jurídica y las instituciones puede verse en CASS R. SUNSTEIN y ADRIAN VERMEULE, “Interpretation and Institutions”, *Michigan Law Review*, v. 101, 2003 (pp. 885-951). Los autores plantean un “*institutional turn*” en el estudio de los problemas que aluden a la interpretación jurídica. En resumidas cuentas y siguiendo a los autores, lo importante no radica en saber cómo debe ser interpretado un texto (normativo, cabe agregar), sino más bien en saber cómo deben *determinadas* instituciones, teniendo en cuenta sus distintas habilidades y limitaciones, interpretar *determinados* textos (cit., p. 886). La cursiva se justifica porque si se cambia la institución y si se cambian los textos también se cambia la respuesta a ese interrogante. Así que, por lo que respecta al juez ordinario, todo lo importante consiste en saber cómo se debe interpretar el Derecho desde su posición institucional. Volveré al planteamiento de SUNSTEIN y VERMEULE a lo largo de este capítulo.

⁹³¹ Véase RICCARDO GUASTINI, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 39.

interpretación jurídica resulta sobremanera controvertible.⁹³² Si fuera correcto que la norma sólo existe después de la actividad interpretativa del juez y que legislar no es más que producir “textos”, entonces “todo el edificio conceptual que anima la noción de imperio de la ley vendría abajo”⁹³³.

Algo similar sostiene JOSÉ LUIS MARTÍ – de manera incluso más contundente – cuando pone en tela de juicio la compatibilidad entre la democracia, el liberalismo político y la distinción escéptica entre texto y norma. Si la norma solo nace después de la interpretación, entonces la separación de poderes es una ficción, porque, al fin y al cabo, la creación y aplicación de las normas confluirían en el mismo órgano, o sea, en el poder judicial⁹³⁴. No voy a discutir si MARTÍ tiene toda la razón en su crítica. Lo cierto es que bajo un punto de vista institucional la distinción entre texto y norma es implausible y carece de sentido. Lo que hace el juez desde su posición institucional es interpretar la ley, no un enunciado lingüístico, no una disposición normativa⁹³⁵. La posible equivocidad del texto de la ley no tiene por qué retirarle la calidad de norma, porque es su calidad normativa la que hace inteligible la función judicial: el juez interpreta el *texto* producido por el legislador porque ese texto, además de representar la decisión autoritativa y colectivamente vinculante de la comunidad, conserva la función de resolver *imparcialmente* los conflictos enjuiciados; y solo entendiéndolo así es posible justificar la existencia de un juez independiente que es llamado a interpretarlo y aplicarlo⁹³⁶.

Por ello, y siguiendo a FRANCISCO LAPORTA, el cometido de la interpretación jurídica consiste en establecer el significado de un texto dotado de autoridad⁹³⁷. Al comienzo de esta introducción aludí a una importante observación de RAZ respecto a la relación de la interpretación con su objeto. Según RAZ, en un punto en el que parece coincidir con LAPORTA, el objeto de la interpretación, en el seno de un sistema normativo institucionalizado, son las decisiones de una autoridad⁹³⁸. A su juicio, la clave para

⁹³² FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 179.

⁹³³ FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., 179. En un diálogo con MANUEL ATIENZA, LAPORTA afirma con claridad la incompatibilidad entre una teoría escéptica de la interpretación y el ideal del “imperio de la ley”. Vid. MANUEL ATIENZA, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, cit., p. 208.

⁹³⁴ Véase JOSÉ LUIS MARTÍ, “El Realismo Jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?”, *Isonomía*, n. 17, octubre de 2002 (pp. 259-282), p. 272.

⁹³⁵ Obviamente no pretendo negarle a la ley carácter lingüístico, sino más bien hacer hincapié en su ineludible rasgo autoritativo.

⁹³⁶ Véase FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 201-202.

⁹³⁷ FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 176.

⁹³⁸ JOSEPH RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, cit., p. 238.

comprender la finalidad del proceso interpretativo radica en dos nociones fundamentales: continuidad y autoridad⁹³⁹. En este sentido, interpretar el Derecho es parte de un proceso dirigido a obtener una decisión autoritativa, dentro de un marco institucional estable⁹⁴⁰. En mi opinión, esta es la manera más plausible de concebir, también en el contexto del Estado Constitucional, la sujeción del juez a la ley. La continuidad es, por ende, fundamental. Más allá de todo, esta es una idea que nos permite seguir tomando en serio la “advertencia de Kelsen”. Para decirlo con sus palabras: “la sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción del derecho”⁹⁴¹.

En las páginas siguientes, intentaré delinear un trazado de la idea del *juez deferente*, con el fin de precisar en qué términos resultaría interesante pensar la posición del juez ordinario en este proceso institucionalizado de producción del Derecho. A ese fin servirá la primera y bastante más extensa parte de este capítulo. Trataré de concretar qué es lo que entiendo por “deferencia al legislador” y cómo podría articularse ese ideal en el Estado Constitucional, ante la presencia básicamente insoslayable de derechos fundamentales. Me parece que una imagen plausible del *juez deferente* debería descansar en por lo menos dos pilares: (1) la prioridad de la legislación en la aplicación judicial del Derecho y (2) una comprensión defendible de la vieja (pero a mi juicio necesaria) noción de “intención del legislador”. Creo que esas ideas básicas nos permiten tomar en serio la vinculación del juez a la ley sin desatender a algunos problemas inevitables relacionados con la aplicación del texto legal.

En una concisa y última parte, trataré de poner de relieve la imagen opuesta a la del *juez deferente*, esto es, la figura del *juez no deferente*. Y lo haré con arreglo a un breve análisis de tres ejemplos prácticos que involucran temas que, en mi opinión, resultan cardinales en la aplicación del Derecho en el Estado Constitucional: la ponderación, el método de la interpretación conforme y la dinámica de la interpretación jurídica. Con ello, pretendo en particular dos cosas: en primer lugar, espero que el examen de una forma *no*

⁹³⁹ JOSEPH RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, cit., p. 233.

⁹⁴⁰ JOSEPH RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, cit., p. 320.

⁹⁴¹ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 263. Resulta oportuno reproducir la cita completa: “Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción del derecho”. Cabe agregar, tal y como se ha visto incluso en el primer capítulo de esta tesis, que todo ello sólo es posible si el juez que dicta la sentencia se ve como parte de este orden jurídico jerarquizado del que habla Kelsen, esto es, si es así como concibe su función.

deferente de interpretación y aplicación del Derecho arroje luz sobre la importancia de cultivar la sujeción del juez a la ley incluso en un “mundo de derechos”; en segundo lugar, espero, al fin y al cabo, suministrar razones que permitan confirmar la hipótesis anunciada al comienzo de este capítulo, es decir, la idea según la cual la concepción de constitucionalismo desarrollada en esta tesis – el “constitucionalismo político” – resulta indispensable para hacer operativa la idea de deferencia al legislador.

1. EL JUEZ DEFERENTE

No es tarea sencilla la de suministrar una definición precisa, rigurosa y a la vez orientadora de lo que quiero decir con la palabra “deferencia”. Más que proponer una definición del término, lo que me interesa realmente es articular un argumento que presente una imagen plausible del ideal del juez deferente. Así que, meramente con el fin de hacer más fácilmente comprensible mi planteamiento general, me serviré de la definición elaborada por PHILIP SOPER, en una conocida obra acerca del tema:

“La deferencia sugiere que uno está actuando de algún modo en contra de la forma en que normalmente actuaría si simplemente tuviera en cuenta el balance de razones que tienen relación con la acción”⁹⁴².

Creo que esa definición – si bien SOPER la formula dentro de un contexto más general – representa un buen punto de partida y me parece que puede trasladarse y adaptarse al ámbito de nuestra discusión. El *juez deferente* es, entonces, el juez que no decide simplemente sobre la base del amplio conjunto de razones (morales, por ejemplo) que de modo inevitable se relacionan con el caso. La deferencia supone la existencia de una decisión anterior que, debido a su autoridad, constriñe la actividad judicial, limitando, a la postre, el campo de posibilidades decisorias. Ello puede parecer un tanto obvio y quizás una descripción inobjetable de lo que es, por lo general, la práctica jurisdiccional.

⁹⁴² PHILIP SOPER, *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 22. Se trata de una traducción libre y parcialmente adaptada del original: “Deference suggests that I am acting in some sense contrary to the way I would normally act if I simply considered the balance of reasons (including any new information supplied by your request) that bear on the action”. Me sirvo del libro de SOPER simplemente para recoger esa definición, porque su enfoque es en gran medida distinto del mío. A grandes rasgos, lo que le preocupa al autor es hacer frente al problema de la obligación política y moral de obedecer al Derecho. En mi opinión, SCHAUER hace una síntesis interesante de la noción de deferencia (a la autoridad del Derecho) en SOPER, señalando que, bajo la comprensión del autor, aceptar la autoridad del Derecho implica aceptar la (no necesariamente concluyente) obligación de tomar el curso de acción (sustantivamente) equivocado. Véase (el texto es en realidad un *review* del libro de SOPER) FREDERICK SCHAUER, “Deferring”, *Michigan Law Review*, v. 103, n. 06, 2005 (pp. 1567-1577), p. 1569.

Pero a mi entender es una obviedad necesaria. Y lo primero que ese planteamiento permite reforzar es la implausibilidad de la distinción entre texto y norma. Desde el punto de vista institucional, el objeto de la interpretación es una *decisión*, no simplemente un texto. Y la deferencia del juez al legislador solo deviene inteligible si se comprende la ley en cuanto decisión, lo que es tanto como decir, siguiendo a KELSEN, que hay un acto de poder político anterior a la sentencia judicial y que pretende gobernarla, esto es, determinar su resultado⁹⁴³.

PAUL HORWITZ articula la noción de deferencia dentro del marco institucional, lo que nos permite concretar un poco más la definición suministrada por SOPER. De acuerdo con HORWITZ, la deferencia implica la sujeción de un órgano de decisión a la determinación producida por otro órgano de decisión, de tal modo que el órgano deferente pueda, al fin y al cabo, alcanzar resultados que no alcanzaría si tomara sus decisiones de manera independiente⁹⁴⁴. Con ello, el *juez deferente* nunca decide *independientemente*; al contrario, su posición institucional le obliga a anclar la resolución particular del caso en una norma superior que la *autorice*. Aquí, siguiendo aún a PAUL HORWITZ, se pone de manifiesto la clase de deferencia que debe interesarnos, es decir, la deferencia por razones de autoridad legal⁹⁴⁵.

⁹⁴³ Véase HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 240.

⁹⁴⁴ HORWITZ da la siguiente definición: “deference involves a decisionmaker following a determination made by some other individual or institution that it might not otherwise have reached had it decided the same question independently”. El autor intenta aclarar la idea: “Deference, then, involves a decisionmaker (D1) setting aside its own judgement and following the judgement of another decisionmaker (D2) in circumstances in which the deferring decisionmaker, D1, might have reached a different decision”. PAUL HORWITZ, “Three faces of deference”, *Notre Dame Law Review*, v. 83, n. 03, 2008 (pp. 1061-1146), pp. 1072-1073.

⁹⁴⁵ La deferencia por razones de autoridad legal se distingue de la deferencia por razones de autoridad epistémica. La deferencia por razones epistémicas es la que supone que determinada institución, sobre todo por cuestiones de *expertise*, probablemente tomará la decisión correcta sobre una materia específica. HORWITZ suministra algunos ejemplos, como los asuntos militares, el tema de la organización y estructura del sistema penitenciario y los problemas que involucran la comunidad universitaria. Se supone que esas instituciones se encuentran en mejor posición para tomar decisiones correctas con respecto a su propio funcionamiento. Vid. PAUL HORWITZ, “Three faces of deference”, cit., p. 1087. A los efectos de nuestra discusión, la noción de autoridad epistémica no resulta propiamente relevante. La deferencia del juez a la ley no tiene por qué erigirse sobre la base de una presunta capacidad del legislador para – con alta probabilidad – alcanzar la solución correcta para el problema político que intenta solventar. Creo que no es necesario agregar esta dimensión al entendimiento de la relación entre jueces (ordinarios) y legisladores. A mi juicio, ello implicaría entender que el sometimiento del juez a la decisión política del legislador descansa, en último término, en un argumento de corrección sustantiva de la ley. Por ello, la discusión concerniente a la deferencia epistémica suele tener lugar en el ámbito del derecho administrativo, especialmente en lo que atañe a la deferencia judicial hacia las normativas de las agencias especializadas. Para un estudio detenido respecto del tema (centrado en el derecho positivo de Estados Unidos), véase JOHN F. MANNING, “Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules”, *Columbia Law Review*, v. 96, n. 03, 1996 (pp. 612-696).

Esa clase de deferencia, conviene advertir, no debe confundirse con una versión excesivamente fuerte (deferencia como obediencia) ni tampoco con una versión demasiado débil (deferencia como respeto), porque ninguna de las dos ayuda a aclarar – de manera plausible – el problema de la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional. La deferencia en tanto obediencia resulta indefendible porque sugiere una especie de correspondencia entre la voluntad del que legisla y el producto de la aplicación de la ley⁹⁴⁶. Creo que debe darse por sentado – como tesis descriptiva – el insoslayable ámbito de discrecionalidad judicial. De ello, con todo, me ocuparé enseguida. En lo tocante a la idea de deferencia como respeto, defendida por autores como DAVID DYZENHAUS, se trata de una noción que en sus propios términos parece bastante trivial y, por ello, desprovista de utilidad. En un sentido mínimo, lo que plantea DYZENHAUS es que los jueces deben mantener una *atención respetuosa* hacia las razones del legislador⁹⁴⁷.

En una práctica institucional en la que operan distintos órganos, acotados por un espacio delimitado de competencia decisoria, el *respeto* recíproco es obviamente un principio elemental. Así, para que la tesis de DYZENHAUS no resulte tan banal, debe ser interpretada negativamente. Es decir: asumir la deferencia como respeto implica rechazar, negar la deferencia como sumisión⁹⁴⁸. Ello es importante para un autor que se preocupa por la plasmación de una “cultura de justificación” y que conecta el ideal del “*rule of law*” no con el ejercicio regular del poder, sino más bien con el ejercicio *justificado* del poder⁹⁴⁹. En este marco, el juez no debe expresar simplemente su *sumisión* a la ley, sino tomar en consideración las razones que haya tenido el legislador para dictarla. En mi opinión, se trata de una postura teórica muy próxima al balance dworkiniano entre las dimensiones de ajuste (“*fit*”) y justificación (“*justify*”)⁹⁵⁰.

⁹⁴⁶ La distinción entre deferencia y obediencia puede verse en PAUL HORWITZ, “Three faces of deference”, cit., p. 1075.

⁹⁴⁷ El autor define del siguiente modo la deferencia como respeto: “Deference as respect requires not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision, whether that decision be the statutory decision of the legislature, a judgement of another court, or the decision of an administrative agency”. DAVID DYZENHAUS, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, en MICHAEL TAGGART (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997 (pp. 279-307), p. 286.

⁹⁴⁸ Véase DAVID DYZENHAUS, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, cit., p. 286.

⁹⁴⁹ El autor aduce que su tesis descansa en la conexión del valor de la igualdad con el “*rule of law*”, estableciendo así una cultura jurídica de justificación. Vid. DAVID DYZENHAUS, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, cit., p. 302. Véase también DAVID DYZENHAUS, “Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification”, *Review of Constitutional Studies*, v. 17, n. 01, 2012 (pp. 87-114).

⁹⁵⁰ No es por casualidad que RICHARD EDWARDS, tras asumir una concepción de deferencia muy similar a la de DYZENHAUS, en el seno de una cultura de justificación, termina por prescribir un modelo de adjudicación al estilo de Hércules (el juez ideal de DWORKIN). Vid. RICHARD A. EDWARDS, “Judicial Deference under the Human Rights Act”, *The Modern Law Review*, v. 65, n. 06, 2002 (pp. 859-882), p. 882.

Todo el problema de una concepción como esta radica en el parámetro de control de la justificación de la ley. El juez que concibe su vínculo con la ley en términos de *respeto* toma en cuenta las razones del legislador no para (con todas las dificultades que ello seguramente entraña) adoptarlas como fundamento normativo de su sentencia; o, dicho de otra manera, no para aclarar el significado de la ley o para corregir su tenor literal más evidente. No hay, por lo tanto, una deferencia hacia *las razones del legislador*, sino más bien una *consideración* de esas razones, que, al fin y al cabo, quedarán ellas mismas sometidas a una especie de “test de justificación”⁹⁵¹. A mi modo de ver, la articulación más exitosa de esta forma de plantear el tema se ha dado en la literatura académica británica, sobre todo tras la *Human Rights Act* (1998). En ese contexto se hizo notoria una concepción particular de deferencia, la “deferencia debida” (“*due deference*”), que, en mi opinión, es la versión más sofisticada de la quizás modesta propuesta de DYZENHAUS.

a) La “*due deference*”: una doctrina más al servicio de los derechos

La “deferencia debida” debe comprenderse en el contexto de lo que MATTIAS KUMM llama “paradigma racionalista de los derechos humanos”⁹⁵², que es, en resumidas cuentas, el fundamento de la cultura de justificación de la cual habla DYZENHAUS. Según KUMM, la aplicación judicial de los derechos en Europa no estriba en la interpretación de lo que haya decidido la autoridad, sino más bien en la justificación de esa decisión en términos de razón pública⁹⁵³. Es precisamente en ese sentido en el que ALISON YOUNG defiende la “deferencia debida”⁹⁵⁴ como forma de hacer frente al problema de la aplicación judicial de los derechos. El juez debe ser *deferente* al legislador siempre y cuando las razones del legislador sean razones *debidamente* justificadas con arreglo a la dimensión de los derechos. Aquí, y de conformidad con el paradigma puesto de manifiesto por KUMM, el juez es el responsable de salvaguardar la aplicación racional y justificada de la ley. En ello consiste, por lo tanto, su deferencia.

⁹⁵¹ Véase DAVID DYZENHAUS, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, cit., p. 303.

⁹⁵² MATTIAS KUMM, “Institutionalising Socratic Contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review”, *European Journal of Legal Studies*, v. 01, n. 02, 2007 (pp. 153-183).

⁹⁵³ MATTIAS KUMM, “Institutionalising Socratic Contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review”, cit., p. 156.

⁹⁵⁴ Véanse, por ejemplo, ALISON L. YOUNG, “In Defence of Due Deference”, *The Modern Law Review*, v. 72, n. 04, 2009 (pp. 554-580) y (en un trabajo más analítico y menos prescriptivo) ALISON L. YOUNG, “Will You, Won’t You, Will You Join the Deference Dance?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 34, n. 02, 2014 (pp. 375-394). En este artículo, YOUNG examina, reseñando un libro de ALAN BRADY respecto del tema, la relación entre deferencia y proporcionalidad.

La “deferencia debida” requiere, según YOUNG, la deferencia como respeto⁹⁵⁵, porque todo lo que necesita el juez es tomar en cuenta las razones del legislador, sin considerarlas concluyentes o en definitiva vinculantes. AILEEN KAVANAGH articula todo ello en un esquema que podría estructurarse así⁹⁵⁶: (1) la deferencia judicial significa, por definición, *asignar peso* a la decisión de una autoridad, como es el caso de la autoridad del legislador; (2) la ley, en cuanto producto de la deliberación de un poder elegido, posee un peso mínimo, con lo cual hay – siempre – una deferencia judicial *mínima* a la ley; (3) en consecuencia, la deferencia sustancial (que se contrapone a la mínima) no se presume, sino que se conquista y depende, a la postre, de un balance capaz de albergar un conjunto complejo de razones (como, por ejemplo, el contexto político y la posición del juez en orden a encontrar la respuesta correcta). No es sorprendente que por lo general quienes escriben sobre la “deferencia debida” se vean obligados a hacer referencia al principio de proporcionalidad, puesto que, al fin y al cabo, es todo una cuestión de asignar pesos y formular argumentos⁹⁵⁷.

Entendida de este modo, la idea de “deferencia debida” constituye en realidad la antítesis de lo que estamos buscando en este capítulo. Para empezar, se trata de una concepción en sí misma poco orientadora, que se presenta como una especie de posición intermedia entre la sumisión y la libre discrecionalidad. Su conexión con la proporcionalidad se explica porque, en última instancia y siguiendo a AILEEN KAVANAGH, es *debida* la deferencia que deriva de la correcta asignación de pesos a los

⁹⁵⁵ Véase ALISON L. YOUNG, “In Defence of Due Deference”, cit., p. 559.

⁹⁵⁶ Véase AILEEN KAVANAGH, “Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, en GRANT HUSCROFT (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 (pp. 184-215), p. 191, p. 200 y p. 203.

⁹⁵⁷ Véanse, por ejemplo, ALISON L. YOUNG, “Will You, Won’t You, Will You Join the Deference Dance?”, cit., p. 377; ALISON L. YOUNG, “In Defence of Due Deference”, cit., p. 562; RICHARD A. EDWARDS, “Judicial Deference under the Human Rights Act”, cit., p. 875; AILEEN KAVANAGH, “Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 34, n. 03, 2014 (pp. 443-479). Mientras los tres primeros artículos expresan una adhesión en cierta medida entusiasta respecto al uso de la proporcionalidad en la aplicación del Derecho (con arreglo a derechos), el texto de KAVANAGH es algo más prudente. Una crítica a la idea de “*due deference*” puede verse, aún en la literatura británica, en T.R.S. ALLAN, “Human Rights and Judicial Review: A Critique of ‘Due Deference’”, *The Cambridge Law Journal*, v. 65, n. 03, 2006 (pp. 671-695). Sin embargo, la crítica de ALLAN, a mi juicio, no es acertada. Es decir, si bien su objeto es de hecho criticable, las razones del autor me parecen poco convincentes. El eje de su argumento podría resumirse así: los jueces deben ejercer el rol de defensores de los derechos fundamentales y la única deferencia debida en un Estado de Derecho consiste en el respeto a las reglas y principios constitucionales; así, la doctrina de la deferencia (incluso de la “deferencia debida”), al permitir que los jueces sean deferentes al juicio de otras instituciones en lo tocante a la interpretación de los derechos, entraña una verdadera abdicación de la función judicial concerniente a la protección de esos derechos. Según ALLAN, una cultura jurídica de justificación descansa en la supremacía de la razón y, por ello, ningún juez debería ser deferente a las opiniones que, a su entender, resulten dudosas (cit., p. 693-694). A mi modo de ver, una crítica como esa no toma en serio, entre otras cosas, el problema del desacuerdo en la concreción del contenido y alcance de los derechos.

factores epistémicos, institucionales y morales que involucran la aplicación de la ley a un determinado caso⁹⁵⁸. En resumen, de acuerdo con YOUNG, la “deferencia debida” implica el “peso debido”⁹⁵⁹. Si esto es así, no hay en definitiva deferencia alguna. A decir verdad, la “*due deference*” es una forma más de articular la aplicación del principio de proporcionalidad, es una versión sin aritmética de la “fórmula del peso” de ROBERT ALEXANDER, tal y como la he analizado en el capítulo segundo.

No debe distraernos el hecho de que la “*due deference*” haya surgido, como doctrina, en el contexto de los países de “constitucionalismo débil”, como intento de dar cuenta del llamado “modelo dialógico”. Es importante recordar que nos hemos servido de las experiencias de esos países no a causa de un interés por la cultura del diálogo o de la justificación, sino más bien en razón de la singularidad de algunos de sus mecanismos institucionales. Lo “dialógico”, en esta tesis, tiene que ver estrictamente con los lazos de autoridad entre las instituciones, en particular entre jueces y legisladores. Nada de ello entraña suscribir una doctrina como la de la “deferencia debida”, que, en su intento de servir a una cultura de justificación con arreglo a derechos, termina por despegarse de la estructura y de los límites institucionales con el fin de prescribir a los jueces un controvertible pesaje de argumentos de matices muy variados. En conclusión, si el *juez deferente*, de acuerdo con PHILIP SOPER, es el juez que puede alcanzar una decisión que no alcanzaría si tomara en cuenta el balance de razones conectadas con el caso, entonces la “deferencia debida”, que consiste precisamente en tomar en cuenta todas esas razones, no puede en absoluto considerarse *deferencia*.

Ahora bien, todo lo anterior constituye simplemente una salvedad, una demarcación de fronteras para dejar lo más claro posible de qué estamos hablando en concreto. La “deferencia debida” tiene como concepción de trasfondo no el “constitucionalismo político”, sino más bien el “constitucionalismo de los derechos”, en la medida en que la adjudicación – y con ello la propia vinculación del juez a la ley – se erige sobre la base de la dimensión justificatoria del Derecho. La “*due deference*” constituye, por ende, un modelo al servicio de los derechos⁹⁶⁰. Vistas así las cosas, para

⁹⁵⁸ AILEEN KAVANAGH, “Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, cit., p. 215.

⁹⁵⁹ ALISON L. YOUNG, “In Defence of Due Deference”, cit., p. 573.

⁹⁶⁰ Todo ello contribuye a reforzar uno de los planteamientos más importantes de esta tesis, que alude a la centralidad de las concepciones, del modo de comprender las relaciones entre *derechos, legisladores y jueces*. Un sistema de “constitucionalismo débil” no tiene por qué – nótese bien – asumir una comprensión de la práctica anclada en el “constitucionalismo político”, aunque esa concepción del constitucionalismo haga uso del “constitucionalismo débil” como uno de sus argumentos. Si algo como la “*due deference*” y su cultura de justificación acaba por plasmarse en un sistema en el que los jueces no posean la última

que la figura del *juez deferente* derive de las premisas del “constitucionalismo político” es necesario situarla en el seno de una perspectiva institucional, de conformidad con lo que se ha subrayado repetidamente en la introducción a este capítulo. Aquí, la pregunta cardinal consiste en saber qué parcela de poder debe ejercer el juez ordinario, lo que pone en evidencia la importancia de indagar, ante la complejidad del proceso de interpretación y aplicación del Derecho, cómo tomar realmente en serio esa pregunta.

b) El *juez deferente* en la perspectiva institucional: la deferencia a la decisión autoritativa del legislador

SUNSTEIN y VERMEULE han sugerido un *giro institucional* en la manera de hacer frente al problema de la interpretación jurídica⁹⁶¹. Según los autores, la cuestión realmente relevante no estriba simplemente en preguntar cómo debe interpretarse un texto normativo, sino más bien en la formulación del siguiente interrogante: ¿cómo deben determinadas instituciones interpretar determinados textos? Este enfoque pone el acento en la *posición institucional* del órgano de aplicación del Derecho, señalando que ese ingrediente – quizás normalmente minusvalorado – resulta indispensable para una comprensión apropiada de la interpretación jurídica. En palabras sencillas, no es lo mismo pensar la interpretación desde el punto de vista de un juez ordinario que pensarla bajo el horizonte de un juez constitucional que forma parte de un tribunal especializado⁹⁶². Hay una diferencia de estructura y también de función. El juez ordinario está ubicado en una posición específica dentro de la organización del Estado para que el ejercicio de su función sea probable⁹⁶³. Lo mismo sucede con el juez constitucional, que sin duda alguna

palabra en materia de derechos, posiblemente se pondrá en tela de juicio el carácter “débil” de dicho sistema. Con ello quiero decir simplemente que el “constitucionalismo de los derechos” también puede ser la concepción dominante en un sistema que, en su diseño, podría describirse en como “*weak*”.

⁹⁶¹ CASS R. SUNSTEIN y ADRIAN VERMEULE, “Interpretation and Institutions”, cit., p. 886.

⁹⁶² CASS R. SUNSTEIN y ADRIAN VERMEULE, “Interpretation and Institutions”, cit., p. 922. En un trabajo bastante conocido y concienzudo, que aborda el tema de la justificación del control judicial de la ley y también el tema de la interpretación constitucional, VÍCTOR FERRERES articula un argumento que podría entenderse en términos de deferencia judicial al legislador. Pero su objeto de estudio – y esto resulta decisivo – es más bien la jurisdicción constitucional y, por ello, FERRERES plantea la noción de deferencia en términos de “presunción de constitucionalidad de la ley”. Los criterios utilizados en su trabajo (cuándo y por qué estaría autorizada la deferencia y, por otra parte, la no deferencia) guardan estrecha relación con la institución a la que se otorga la competencia para examinar la constitucionalidad de las leyes. Véase VÍCTOR FERRERES COMELLA, *Justicia Constitucional y Democracia*, cit.

⁹⁶³ Sobre la relación entre estructura y función (y, en particular, sobre la idea de que la estructura *hace probable* la función), véase FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 190-191. El siguiente pasaje resulta esclarecedor: “La estructura de la potestad jurisdiccional supone que lo que debe ser institucionalmente asegurado es la posibilidad de que el funcionario que ejerce el poder judicial (el juez que dicta la sentencia) lo hará apegado a su deber de decidir en conformidad a la ley, y no a otras

debe comprender su función con arreglo a la posición que ocupa en la estructura del sistema.

El enfoque institucional tiene, según SUNSTEIN y VERMEULE, dos elementos intrínsecos: los efectos dinámicos y las capacidades institucionales⁹⁶⁴. Entrar a debatir este último elemento requeriría una mirada esencialmente empírica, dependiente del análisis de experiencias sociopolíticas concretas. No es mi objetivo discutir si los jueces – ante un conjunto hipotético y determinado de circunstancias – tienen la aptitud necesaria para solventar problemas políticos peliagudos, como, por ejemplo, el de establecer el contenido de un programa público de salud. Ello ha sido discutido brevemente en el capítulo tercero – con el argumento escéptico respecto a la protección judicial de los derechos – y no es necesario profundizar este tópico ahora. La cuestión de la capacidad institucional tiene lugar sobre todo en el momento de diseñar las instituciones y, en particular, en el momento de distribuir las competencias. Además de consistir en un problema en definitiva contextual, no me parece que sea realmente decisivo para el tema de la sujeción del juez a la ley en la aplicación del Derecho. De ahí que nuestra atención deba centrarse en el primero de los elementos intrínsecos al enfoque institucional: los efectos dinámicos.

Siguiendo a SUNSTEIN y VERMEULE, el juez del mundo real se ve ante un escenario de incertidumbre epistémica e interpretativa, además de formar parte de un sistema compuesto por múltiples actores⁹⁶⁵. JEFF KING, al tratar de la perspectiva institucional en la interpretación, añade más ingredientes a este escenario, como el desacuerdo razonable y la falibilidad judicial⁹⁶⁶. A decir verdad, tales ingredientes son difícilmente distinguibles, pero su inexorabilidad confirma el indispensable vínculo formal de la decisión judicial. Para decirlo de modo más concreto, el juez (falible, por definición) no puede simplemente construir su “mejor interpretación” sin afrontar las preguntas relacionadas con el diseño institucional. Ello quiere decir simplemente que el juez ordinario, por mucho que esté convencido de que maneja un método decisorio que le permite acceder al balance óptimo de los valores o principios en juego (algo como la “*due*

consideraciones. Por eso, *la sujeción del juez a la ley es correlato estricto de su independencia*: que el juez sea independiente hace probable que su decisión refleje solo el contenido abstracto de la ley”.

⁹⁶⁴ “We urge that an appreciation of institutional capacities and dynamic effects is a necessary part of any theory of legal interpretation”. CASS R. SUNSTEIN y ADRIAN VERMEULE, “Interpretation and Institutions”, cit., p. 888.

⁹⁶⁵ CASS R. SUNSTEIN y ADRIAN VERMEULE, “Interpretation and Institutions”, cit., p. 904.

⁹⁶⁶ JEFF A. KING, “Institutional Approaches to Judicial Restraint”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 03, 2008 (pp. 409-441), p. 425.

deference” o la proporcionalidad), debe concebirse como parte de una estructura que le impone límites. Así, del hecho de que el juez crea que es capaz de encontrar la respuesta correcta (o el balance ideal entre principios) no se desprende en absoluto que *deba* hacerlo⁹⁶⁷.

La verdad es que el *juez deferente*, en particular a causa de los efectos dinámicos de la interpretación, no debe hacerlo. Como es sabido, la dinámica de los sistemas jurídicos ha sido minuciosamente estudiada por KELSEN. Con arreglo a la *Teoría Pura*, puede afirmarse sintéticamente que el punto de vista dinámico se concentra en los procesos de producción y aplicación del Derecho, esto es, en el Derecho en su movimiento⁹⁶⁸. En una medida no despreciable, la interpretación jurídica también pone en movimiento al Derecho. Siguiendo al propio KELSEN, la sentencia es una norma individual que resulta de la aplicación de la ley, la norma general. Esa norma individual – como se ha subrayado en el primer capítulo – no solo aplica sino que crea derecho, ya que la norma general nunca determina completamente el contenido de la sentencia. Es cierto, empero, que en los sistemas jurídicos modernos el legislador posee más poder político y, en comparación con el juez ordinario, goza de un espacio de producción mucho más amplio, porque, en realidad, es esta su función primordial, la de producir derecho. La dinámica del orden jurídico aclara las posiciones institucionales de cada órgano, por mucho que en la práctica esa claridad pueda a menudo desvanecerse.

Frente a eso, lo que SUNSTEIN y VERMEULE intentan demostrar al conectar la interpretación jurídica con los efectos dinámicos del sistema es básicamente lo siguiente: la manera en la que el juez decide interpretar el Derecho entraña consecuencias que van más allá del caso particular y afectan, en algún grado, al conjunto del sistema jurídico e incluso a las expectativas normativas de los ciudadanos⁹⁶⁹. Una interpretación que se aparta de la ley y se desplaza a la Constitución es una interpretación que genera efectos dinámicos y consecuencias institucionales. En cierta medida y con alguna matización, puede señalarse que este cambio interpretativo modifica la forma en la que los ciudadanos se gobiernan a sí mismos⁹⁷⁰. Ello sucede, a grandes rasgos, debido a la ampliación del

⁹⁶⁷ CASS R. SUNSTEIN y ADRIAN VERMEULE, “Interpretation and Institutions”, cit., p. 914.

⁹⁶⁸ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 83.

⁹⁶⁹ Resulta oportuno traer a colación las palabras de SUNSTEIN y VERMEULE: “A sensible system of interpretation is based on an understanding that dynamic effects are highly likely; it sees that the judges’ approach will not be limited in its effects to the immediate parties or even to the system of adjudication”. CASS R. SUNSTEIN y ADRIAN VERMEULE, “Interpretation and Institutions”, cit., p. 900.

⁹⁷⁰ No es por otra razón por lo que TOM CAMPBELL, a mi juicio muy acertadamente, señala que la elección de un método de interpretación de la Constitución es similar a la elección de un sistema de gobierno. Vid. TOM CAMPBELL, “Legal Positivism and Political Power”, cit., p. 79.

espacio de producción del Derecho en la posición institucional del juez, lo que reduce, como consecuencia inmediata, el poder político del legislador.

Todo lo anterior pone de relieve la imposibilidad de aproximarse al problema de la interpretación jurídica sin tomar en serio la dimensión institucional (y, por lo tanto, dinámica) del Derecho. Interpretar y aplicar el Derecho no es una operación dirigida simplemente a solventar un conflicto, a resolver una demanda concreta. Interpretar el Derecho también consiste en afirmar una determinada forma de distribución del poder político en la comunidad. El enfoque institucional sitúa al juez en un contexto no ideal, en el cual el tiempo, la información y la “*expertise*” son en definitiva restringidos. Y es precisamente en razón de ello por lo que se establece un reparto de responsabilidades entre los diversos órganos de poder⁹⁷¹. El *juez deferente* debe ser consciente de esa circunstancia. Su responsabilidad institucional le constriñe, acota su libertad de decisión. El *juez deferente*, aunque a menudo se encuentre ante casos singulares cuya resolución no se deriva de manera evidente del texto legal, debe entender que su cometido, según se ha mencionado anteriormente siguiendo a RAZ, radica en dar continuidad al proceso de producción del Derecho, en construir un fallo que pueda leerse como resultado del gobierno de la ley.

Es verdad que ello no tiene por qué ser sencillo y de hecho no lo es. Pero de momento creo que es importante, en orden a concluir este apartado, poner el acento simplemente en la idea de “deferencia”. Ser deferente al legislador – en esta tesis – no consiste en asignar peso a la ley para, a la postre, someterla a un examen justificatorio global. Que el juez ordinario sea deferente no quiere decir que se le atribuya a la ley un peso mínimo o una “atención respetuosa” en virtud de su origen democrático. Ser deferente al legislador implica *seguir* su decisión autoritativa, construir la sentencia judicial sobre la base de la ley, demostrar que el contenido de la norma individual está autorizado por la norma general. El *juez deferente* es, así pues, un juez capaz de frustrarse⁹⁷², de llegar a una solución que le parezca políticamente equivocada e incluso injusta. Y ello no tiene nada que ver con la figura del autómatas, con la aplicación mecánica de la ley. A mi juicio, es perfectamente posible ser deferente sin sucumbir a un formalismo ingenuo.

⁹⁷¹ CASS R. SUNSTEIN y ADRIAN VERMEULE, “Interpretation and Institutions”, cit., p. 938.

⁹⁷² Véase FREDERICK SCHAUER, “Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text”, cit., p. 315.

1.1. El positivismo presuntivo y la parcela de poder político del juez ordinario

Con el fin de evitar la confusión entre deferencia y una versión ingenua de formalismo, que implicaría suscribir una suerte de obediencia ciega al legislador y, por ende, la negación de la discrecionalidad judicial, me parece suficiente, por lo menos inicialmente y siguiendo a PAUL HORWITZ, dar por sentado que la deferencia supone alguna libertad de decisión⁹⁷³. Esa suposición puede entenderse en dos sentidos distintos, correctos y complementarios: (1) siendo la actividad judicial, en último término, un ejercicio de poder, es innegable que dicho poder podría ejercerse de manera diferente, esto es, sin una preocupación por dar continuidad a la decisión plasmada en la norma superior; (2) pero aun cuando el juez actúe sobre la base de este ideal regulativo, aun cuando el juez intente ser deferente a la decisión del legislador, puede mantenerse un margen de acción descriptivamente reconocible, lo que es tanto como decir que el mero conocimiento del contenido de la norma general aplicable no es de por sí capaz de producir la solución judicial finalmente alcanzable. Me parece que esa circunstancia del proceso de aplicación del Derecho es, así pues, irrefutable.

1.1.1. El reconocimiento descriptivo de la discrecionalidad judicial

De entrada, conviene resaltar con claridad que el *juez deferente* debe presuponer la discrecionalidad judicial. En este sentido, cabe recordar a HART y a su famosa distinción entre los núcleos claros de sentido de la norma y su zona de penumbra⁹⁷⁴. Según este planteamiento, es precisamente en la zona de penumbra – en la que no se tiene muy claro qué es lo que requiere la ley para un supuesto específico – donde está el ámbito de discrecionalidad. Según HART, al moverse en la zona de penumbra el juez desarrolla un

⁹⁷³ PAUL HORWITZ, “Three faces of deference”, cit., p. 1.075: “Deference implies some freedom to act”.

⁹⁷⁴ “Yet all rules have a penumbra of uncertainty where the judge must choose between alternatives”. H.L.A., HART, *The Concept of Law*, cit., p. 12. En otro pasaje, el autor argumenta de este modo: “Nothing can eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules” (cit., p. 123). No voy a entrar a discutir si tiene razón GUASTINI en su reproche a este planteamiento hartiano. Según GUASTINI, la teoría de la interpretación de HART podría denominarse “eclética” (o teoría de la vigilia), pues parece admitir que, en lo tocante a lo que queda dentro del núcleo claro y fuera de la penumbra, hay una identificación meramente cognoscitiva y no volitiva, o sea, como si el contenido del núcleo pudiera simplemente descubrirse o conocerse. Véase RICCARDO GUASTINI, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, cit., p. 44. Siguiendo a la crítica de GUASTINI (sin tener, no obstante, que suscribirla), parece que en los casos fáciles HART rechazaría la discrecionalidad judicial. Para los efectos de nuestra discusión, basta con mencionar, por lo menos por ahora, que HART, al recalcar la textura abierta del Derecho, supone la existencia de la discrecionalidad judicial, aunque sea solamente, si tiene razón GUASTINI, en los “hard cases”.

razonamiento discrecional, de tipo legislativo⁹⁷⁵. Es cierto que ello significa reconocer que el juez en ocasiones actúa *como si fuera* un legislador. Sin embargo, nada de ello implica – y una interpretación como esta sería en definitiva un malentendido – la incorporación de la arbitrariedad en la aplicación del Derecho.

A mi juicio, es realmente un error confundir arbitrariedad con discrecionalidad⁹⁷⁶. Y este error parece derivar de un malentendido anterior y todavía más grave, que concibe el razonamiento legislativo como algo necesariamente lejano a estándares racionales, como si solamente el razonamiento de la autoridad judicial pudiera basarse en criterios intersubjetivamente controlables. Creo que esa comprensión equivocada de la actividad del legislador es lo que está detrás – no necesariamente de modo explícito – del reproche al espacio de discrecionalidad en la aplicación judicial del Derecho⁹⁷⁷. En un texto de publicación póstuma y relativamente reciente, HART se ocupa en exclusiva de este problema, poniendo de relieve la oposición entre discrecionalidad y elección⁹⁷⁸. Según el

⁹⁷⁵Vid. H. L. A. HART, “Postscript”, cit., p. 273.

⁹⁷⁶ Para una presentación del argumento de HART, véase JUAN CARLOS BAYÓN, “Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho”, en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (pp. 27-66), pp. 40-42. Para la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad y, más allá de ello, para un argumento didáctico respecto a la insoslayable presencia del elemento discrecional en la aplicación del Derecho, véase JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, n. 35, 2006 (pp. 151-172).

⁹⁷⁷ Según se ha visto en el capítulo segundo, uno de los ejes del ataque de DWORKIN al positivismo estriba en el problema de la discrecionalidad. Como es sabido, el autor distingue dos tipos de discrecionalidad, una débil y otra fuerte. A grandes rasgos, es la discrecionalidad en sentido fuerte (según la cual el juez actúa como un legislador en los “*hard cases*”) la que debería ser rechazada. Vid. RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 31-32. Podría decirse resumidamente y siguiendo a DWORKIN, que los principios eliminarían el espacio de discrecionalidad judicial. El “argumento de los principios” pondría en tela de juicio, así pues, la discrecionalidad positivista. En cuanto a esto, conviene resaltar que, tal y como ha respondido acertadamente HART, la verdad es que los principios no la eliminan (Vid. H.L.A., HART, “Postscript”, cit., p. 275). Voy a dar por sentada la corrección de esta afirmación, a la vista de todo lo que ya se ha escrito en esta tesis para demostrarla. Lo que me interesa aquí es simplemente recalcar lo siguiente: los principios político-morales también – y sobre todo – vinculan al legislador; por ello, si uno asume que el juez, al no encontrar la respuesta para el caso en los materiales jurídicos positivos (en particular en las leyes y en los precedentes), debe razonar como un legislador, eso no tiene por qué significar la incorporación de la arbitrariedad. En verdad, si el juez debe razonar como un legislador, esto puede significar precisamente que debe razonar con arreglo a la sustancia de los principios de moralidad política de los que habla DWORKIN. Lo que sí se debe aceptar es que en este proceso decisorio, que entraña la argumentación moral, en definitiva se ejerce discrecionalidad, con independencia de quien lo haga finalmente. En cuanto a la discrecionalidad en sentido débil, me parece que DWORKIN no la discute. Pese a ello, si uno acepta la tesis de que los principios eliminan la discrecionalidad en los “*hard cases*”, no acabo de entender cómo podría mantenerse la discrecionalidad en sentido débil. Si de lo que se trata, por ejemplo, es de concretar el lenguaje indeterminado del legislador, el recurso a la moralidad de los principios podría, también aquí, suministrar los argumentos que conducirían a la respuesta correcta, eliminándose, por ende, la discrecionalidad. En resumidas cuentas, me parece que si uno asume el argumento de los principios y la tesis de la respuesta correcta para los “*hard cases*”, debe estar dispuesto a asumir, para decirlo en los términos de SCHAUER, una suerte de formalismo duro, que niega, para cualquier caso, el espacio de libertad decisoria del juez. Vid. FREDERICK SCHAUER, “Formalism”, cit., p. 511.

⁹⁷⁸ Vid. H.L.A. HART, “Discretion”, *Harvard Law Review*, v. 127, 2013, pp. 652-665.

autor, la discrecionalidad entraña discernimiento y es, a diferencia de la elección, una virtud conectada con la asunción de algún principio justificatorio de la decisión. No se trata de elegir algo sobre la base del gusto o del capricho personal. Se trata de establecer un deber ser concreto de acuerdo con la adopción de premisas racionales. La discrecionalidad es, por lo tanto, un ejercicio de sabiduría práctica⁹⁷⁹.

En la teoría de la interpretación de KELSEN, es verdad, se hace referencia explícita a la palabra “elección” y no se enlaza la discrecionalidad judicial con el discernimiento o con la sabiduría práctica. KELSEN se limita a señalar que lo que hace el juez ante el marco de significados posibles de la norma es *elegir* uno de ellos⁹⁸⁰. Pero aquí es importante tener en cuenta que eso es todo lo que podría decir una teoría pura, comprometida con una metodología descriptiva. En ella se dice que el juez *elige* porque cualquier palabra sobre *prudencia, discernimiento o sabiduría práctica* pondría en riesgo la pureza del análisis científico. El término “elección” es al mismo tiempo un reconocimiento del ámbito de libertad de acción del juez y también un límite metodológico de la descripción kelseniana de la actividad judicial. De qué forma y con qué criterios se elige es algo que trasciende los propósitos de la *Teoría Pura*. Pero el desinterés por la cuestión de cómo se elige no implica que la operación de aplicación del Derecho sea, en última instancia, una operación arbitraria⁹⁸¹.

⁹⁷⁹ Vid. H.L.A. HART, “Discretion”, cit., p. 656. FERNANDO ATRIA hace una distinción entre discreción y discrecionalidad. Mientras aquella tendría que ver con lo que estamos hablando, es decir, con un espacio de creación limitado y reservado al juez, sobre todo a causa de la incapacidad del legislador para prever todas las circunstancias particulares de aplicación de la ley, esta (la discrecionalidad) se relacionaría con el derecho administrativo, involucrando supuestos en que la administración es relativamente libre para perseguir determinados fines. Véase FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., pp. 200-201. No voy a utilizar esta distinción aquí, pero conviene advertir que el problema de la discrecionalidad administrativa es del todo ajeno al objeto de este trabajo. Además de ello, no debe entenderse la discrecionalidad judicial, en esta tesis, en cuanto libertad para perseguir determinados fines.

⁹⁸⁰ “Si hubiera que caracterizar no sólo la interpretación de la ley por parte de los tribunales u órganos administrativos, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una *elección* entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra” (la cursiva es mía). HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 354.

⁹⁸¹ LENIO STRECK insiste en que la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad es artificial. A su juicio, la arbitrariedad es una consecuencia inexorable de la discrecionalidad. Vid. LENIO L. STRECK, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 5ed., São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 49-57. Me parece que la crítica de STRECK sienta sus bases sobre una comprensión equivocada de la idea de “elección” y “voluntad” en la *Teoría Pura* de KELSEN. Cuando se admite que la decisión judicial es un acto de conocimiento y también de voluntad, no se está asumiendo en absoluto que el juez decide, al fin y al cabo, como le dé la gana. Lo que se hace simplemente es reconocer el hecho – a mi juicio, verdadero – de que la actividad judicial es una actividad de poder y que, por lo tanto, involucra siempre una dimensión de voluntad. Y es precisamente en virtud de ello por lo que es tan fundamental plantear el problema de cómo debe el juez ejercer dicho poder. STRECK parece entender la “voluntad” y la “elección” en cuanto prescripción, como si se estuviera recomendando a los jueces que decidieran de acuerdo con *su voluntad personal*. Solamente eso puede explicar el sorprendente uso del término “decisionismo” (normalmente

Dicho lo anterior, no creo que deba inquietarnos el reconocimiento descriptivo de la discrecionalidad judicial. Rectamente entendida, ella implica la aceptación del poder político que se le otorga al juez. Es importante tener claro que el control del poder descansa naturalmente en la presuposición de su existencia. El deber de concretar la norma general a menudo involucra un margen de acción, ya sea en virtud de los problemas de vaguedad normativa, ya sea en virtud de la propia ausencia de regulación específica, que, a decir verdad, exigirían que fuera el propio juez el que construyera la norma general⁹⁸². HART va un poco más allá de KELSEN y no solo reconoce el espacio judicial de creación del Derecho, sino que advierte que el juez no debe utilizarlo arbitrariamente; al contrario, “debe actuar como un legislador concienzudo”⁹⁸³, justificando su decisión con arreglo a un conjunto de razones generales. El poder del juez para legislar es, siguiendo a HART, solamente “intersticial”⁹⁸⁴, acotado por elementos que ponen límites significativos a su discrecionalidad.

Sentado esto, surge entonces un interrogante cardinal: ¿cómo se imponen esos límites a la discrecionalidad judicial? El *juez deferente* debe, como se ha intentado sostener aquí, suponer que tal discrecionalidad de hecho existe. A fin de cuentas, defender la deferencia al legislador implica reconocer su contingencia, esto es, la posibilidad del uso no deferente del poder. Lo cual implica, ante todo, reconocer la existencia de un margen de acción, de un espacio para el ejercicio discrecional del poder. Sin embargo, y más allá de todo, es también verdad que el *juez deferente* necesita no solo dar por sentada su libertad decisoria, sino más bien comprender que tal libertad decisoria está fuertemente limitada, que hay, según hemos visto siguiendo a HART, ingredientes que constriñen su actividad. Si esto es así, deviene oportuno reformular el interrogante anterior, que ahora podría leerse del siguiente modo: ¿qué ingredientes limitan decisivamente la libertad de acción del juez? Como es natural, la respuesta a esta pregunta no es sencilla. Debo

vinculado a la obra de CARL SCHMITT para referirse a la interpretación jurídica kelseniana (cit., p. 56). Espero haber conseguido demostrar – en el primer capítulo de esta tesis – que una lectura plausible de la interpretación jurídica en KELSEN, sobre todo si es leída a la luz no sólo de su proyecto científico, sino más bien de su constitucionalismo, nada tiene que ver con la admisión de la arbitrariedad. KELSEN no prescribe *voluntad* (en el sentido de STRECK) ni tampoco adopta, según entiendo, un escepticismo realista radical, que, en última instancia, consideraría inevitable la elección arbitraria en la aplicación del Derecho.

⁹⁸² Esta presentación de las hipótesis en las que tendría lugar el ejercicio de discrecionalidad carece, aquí, de rigor analítico. Brevemente, entiendo por discrecionalidad la libertad de acción que se le reconoce al juez en virtud sobre todo de la indeterminación del Derecho, esto es, ante la imposibilidad de regulación anticipada de todas las circunstancias particulares que se ponen en evidencia en los casos concretos y futuros. Para una presentación más refinada respecto de los tipos de discrecionalidad, véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., pp. 207-208.

⁹⁸³ “(...) he must act as a conscientious legislator (...)”. H.L.A. HART, “Postscript”, cit., pp. 273.

⁹⁸⁴ H.L.A. HART, “Postscript”, cit., p. 273.

advertir, empero, que el intento de elaborarla representa una parte fundamental del argumento que se desarrollará en el resto de este capítulo.

1.1.2. La prioridad de la legislación en la aplicación del Derecho

Volvamos a la idea kelseniana del marco. No es necesario presentar otra vez lo que se ha descrito en la “advertencia de Kelsen”⁹⁸⁵. A los efectos de la discusión que tenemos que afrontar, basta con recordar la conocida idea del marco de significados normativos, según la cual parte de la actividad del juez es cognoscitiva y consiste en conocer los sentidos posibles de la norma general. Pongamos por caso una de las disposiciones del Código Civil brasileño, que consagra una modalidad especial de prescripción adquisitiva. La regla estatuye básicamente lo siguiente: “aquel que posea como suya área urbana de hasta 250,00m², por cinco años, ininterrumpidamente y sin oposición, utilizándola para su vivienda o de su familia, adquirirá su dominio, siempre que no sea propietario de otro inmueble urbano o rural”⁹⁸⁶.

Como es notorio, esa norma remite a varios conceptos de la dogmática de los derechos reales (dominio, propiedad, posesión, etc.) y se supone que el juez ordinario llamado a manejarlos ha de conocerlos. Además de ello, es natural que haya problemas relacionados con la prueba (¿se ha probado que el área es urbana?; ¿se ha probado que se utiliza el bien para la vivienda?⁹⁸⁷). Lo que KELSEN pone de relieve con su idea del marco – más allá de la controvertible posibilidad de la descripción científica de todos los posibles significados normativos del texto – es principalmente la existencia misma de la

⁹⁸⁵ De todos modos, me permito reproducir un pasaje de la *Teoría Pura* en el que queda clara la relación del marco con la imposibilidad del legislador de prever todas las hipótesis concretas de aplicación de la ley: “La norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto. Así, por ejemplo, la medida de los daños que fija el tribunal y que tienen que hacerse efectivos mediante la ejecución forzosa ordenada sobre el patrimonio del mandado; o bien, el momento en que la pena de muerte ha de ejecutarse. En el procedimiento mediante el cual se individualiza una norma jurídica positiva general, el órgano de aplicación de la misma siempre tiene que determinar momentos que no se encuentran aún determinados en la norma general, y que no pueden ser determinados. La norma jurídica general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual. Pero ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio. Es amplísimo cuando la norma jurídica positiva general sólo contiene la autorización para la producción de normas jurídicas individuales, sin predeterminar su contenido”. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 254.

⁹⁸⁶ Traducción libre del art. 1240 del Código Civil (y del art. 183 de la Constitución brasileña, que contiene una disposición idéntica): “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

⁹⁸⁷ Tampoco resulta evidente qué se entiende por “urbano” y por “vivienda”. Es decir, la indeterminación del lenguaje, que se desvela de manera clara en el caso particular, se mezcla con los problemas conectados con la prueba.

variedad de respuestas. Para el tipo de interpretación que nos interesa aquí – la autoritativa, llevada a cabo por el juez ordinario – no importa tanto si es posible, en abstracto, conocer los múltiples sentidos de cada palabra contenida en la norma; lo que sí es importante es darse cuenta de que potencialmente hay más de un sentido y que, a la luz de las circunstancias de cada caso, es necesario decidir cuál será el sentido finalmente aplicable y que, por ende, pondrá término al conflicto.

El mundo de los hechos nos enseña que hay supuestos más sencillos que otros. Si, con arreglo a la norma de nuestro ejemplo, alguien intenta adquirir la propiedad de un bien inmueble que cuente con 300,00m² o simplemente acredita un periodo de posesión que corresponda solamente a tres años, parece fácil concluir que la demanda debe ser rechazada. En cambio, el encaje entre los hechos y la norma no siempre es sencillo. Pensemos en un demandante que, a pesar de cumplir con los demás requisitos, adquirido por herencia, tras la muerte de su padre, la propiedad de otro inmueble. Recuérdese que la norma prohíbe que el poseedor sea también propietario de otro inmueble urbano o rural. ¿Cambia algo eso? ¿Y si el demandante tiene cinco hermanos, igualmente herederos, de tal modo que su propiedad se da en condominio con otras cinco personas, se modifica algo? ¿Y si lo que se divide entre los herederos es un piso con un área de 40,00m², seguimos ante la prohibición legal? ¿Y si, al contrario, la propiedad heredada consiste en un terreno muy valioso que, caso de ser vendido, le daría al poseedor un importe más elevado que el valor del inmueble objeto de la demanda, cambiaría la forma de relacionar los hechos con la norma?

Pues bien, ese ejercicio de imaginación pone de manifiesto que el científico que intentara describir todos los sentidos posibles de la norma de nuestro ejemplo se vería en dificultades. Pero lo que este ejercicio aclara en definitiva es que la posición institucional del juez – en tanto intérprete autoritativo del Derecho – le pone ante lo singular, ante las circunstancias específicas del caso. Su función radica en definir si y en qué medida el caso particular es una instancia de la norma general⁹⁸⁸. Desde una perspectiva institucional, eso es sobremanera relevante. Y lo es porque es precisamente desde su posición en el sistema y frente a los hechos del caso desde donde el juez dibuja el marco de significados de la norma general. Por esa razón, desde el punto de vista del aplicador, la separación entre *conocimiento* y *decisión* no resulta tan nítida. Para el juez, los significados posibles en abstracto son iluminados por las circunstancias del caso. Por ello,

⁹⁸⁸ Véase FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 222.

el propio KELSEN, consciente de que la construcción del marco *por el juez* ya contiene elementos de voluntad, es decir, supone ya una operación decisoria, añade que el proceso de elaboración del marco tiene siempre algo de constitutivo⁹⁸⁹.

¿Por qué recalcar eso? Porque lo que nos interesa aquí es la cuestión del espacio de poder político que se le otorga al juez. “¿Cómo limitarlo?” es nuestro interrogante fundamental. Así, siendo el poder discrecional algo que tiene lugar *dentro del marco*, resulta indispensable, a fin de poner límites a la discrecionalidad judicial, pensar tanto en la manera de construirlo como en la manera de aplicarlo. A mi juicio, se sugieren por lo general dos caminos para afrontar este problema. El primer de ellos descansa en una teoría de la argumentación. Como es sabido, KELSEN no la desarrolla, pero es plausible pensar que las concepciones argumentativas del Derecho (como las de DWORKIN, ALEXY o ATIENZA) intentan dar cuenta de la discrecionalidad positivista, rechazando la idea de un espacio discrecional en el cual no es posible encontrar una respuesta correcta. En alguna medida, estas concepciones intentan completar *correctamente* el marco, entregándole al juez herramientas que le permitan encontrar, si no la única respuesta correcta, sí la que derive del mejor equilibrio entre los valores, principios o derechos en juego. Según ya se ha concluido repetidamente en esta tesis, este camino en realidad no limita la discrecionalidad judicial, sino que la agudiza⁹⁹⁰, volviendo incontrolable el poder político del juez, simplemente porque lo niega.

⁹⁸⁹ “La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo”. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 247.

⁹⁹⁰ Por esa razón me parece objetable el camino propuesto por HUMBERTO ÁVILA, que, al dar por sentada (desde una perspectiva analítica de la interpretación) la indeterminación del Derecho, parece confiar a una teoría de la argumentación la función de reducirla. Vid. HUMBERTO ÁVILA, “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, cit., p. 196. Aquí, la única pregunta relevante es “¿qué teoría de la argumentación?”; una pregunta que el autor ni siquiera empieza a contestar. Las principales concepciones argumentativas del Derecho son, como sabemos, las que sirven de algún modo al “ideal de los derechos” (en la línea de ALEXY y de DWORKIN) y que, según he intentado sostener, terminan por diluir la dimensión autoritativa del Derecho, en la medida en que desatienden las cuestiones institucionales. Me parece que esta es una consecuencia que un autor como ÁVILA desea evitar. Pero entonces creo que debería, ante todo, afirmar los factores relacionados con el desacuerdo, con la pregunta institucional y con la forma del Derecho (no necesariamente mediante la estrategia argumentativa desarrollada en esta tesis, pero inevitablemente con arreglo a una perspectiva normativa), quizás construyendo una teoría de la argumentación que empezara desde ahí y que encontrara en la dimensión institucional del Derecho su límite. De momento, todo lo que se desprende del argumento de ÁVILA es un reconocimiento *realista* (al estilo genovés) de la indeterminación del Derecho por razones esencialmente lingüísticas, además de una (excesiva, a mi juicio) concesión otorgada a la esfera argumentativa del Derecho, como si se tratara del único y más importante camino para domesticar la incertidumbre del lenguaje de los textos normativos. Y eso, presentado de este modo, abre paso a concepciones argumentativas que no tendrían por qué negar la indeterminación del lenguaje, pero que, al fin y al cabo, convertirían los textos normativos en algo en realidad superfluo. El analítico parece invitar al “anti-positivista” a que sea el que realice la labor más importante, que es la de mostra de qué manera,

El principal rasgo de las teorías estudiadas en el capítulo segundo es la negación u ocultación de la pregunta institucional, de la cuestión concerniente a quién (y a cómo) debe ejercer poder. En este sentido, si dejáramos a tales teorías la tarea de limitar la discrecionalidad judicial, bajo la suposición de que podríamos completar así el marco de KELSEN, nos quedaríamos al fin y al cabo sin marco alguno. Estas teorías de la argumentación o de la decisión – agrupadas en esta tesis bajo el rótulo de “constitucionalismo de los derechos” – no son teorías sobre cómo completar el marco. Antes bien, su cometido radica en prescribir una manera correcta de *construirlo*, de *construir* la norma general aplicable al caso particular. Su punto de partida no estriba, así pues, en los límites lingüísticos del texto, esto es, en las posibilidades cognoscitivas de una norma general que reclama aplicación y continuidad. Al poner el acento en una dimensión moral y sustantiva de la aplicación del Derecho, esas teorías subvierten la idea de un marco lingüístico limitador de la actividad judicial, disolviéndolo en una empresa argumentativa general y, a mi modo de ver, productora de mucha más incertidumbre.

Si este análisis es plausible, uno podría adoptar un segundo camino, a saber, la idea de que lo único que se podría hacer a fin de acotar el ámbito de discrecionalidad del juez sería redactar la legislación del modo más exacto y minucioso posible. Con ello, se establecería un marco normativo más restringido, que disminuiría el espacio de creación judicial, convirtiéndose la actividad del juez en más aplicación y menos producción de Derecho. El problema de la discrecionalidad sería, por lo tanto, meramente lingüístico y se resolvería naturalmente también en este plano. Este tipo de planteamiento puede desprenderse de una lectura del propio KELSEN⁹⁹¹ o de autores como TOM CAMPBELL. Tal y como se ha visto en el capítulo anterior, según el positivismo ético de CAMPBELL una de las condiciones para la consolidación del gobierno por reglas es la rigurosa elaboración de las leyes, la única manera de poner límites al poder del juez y, por consiguiente, de incrementar la predecibilidad de sus decisiones⁹⁹².

sustantivamente, deberíamos aplicar el Derecho. Y lo hace (el analítico) sin decir una palabra sobre la concepción sustantiva (normativa) del Derecho que una teoría de la argumentación debería suscribir.

⁹⁹¹ En cuanto a KELSEN, su propia advertencia hace hincapié en la construcción del marco constitucional, es decir, en la forma de elaborar las normas constitucionales. La transferencia de poder político solo podría evitarse si también se evitaran los principios. Vistas así las cosas, el problema es lingüístico y, en consecuencia, también lo será su solución. En concreto, KELSEN aduce explícitamente, en su querrela con SCHMITT, que el poder de creación del juez depende enteramente del poder que le otorgue la legislación. Vid. HANS KELSEN, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, p. 306. La cuestión de la discrecionalidad es, por lo tanto, presentada como un problema lingüístico, conectado con la redacción de la norma superior.

⁹⁹² Véase TOM CAMPBELL, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cit., p. 06. El énfasis en el lenguaje puede verse claramente en el siguiente pasaje: “Vague and ambiguous rules effectively transfer political

En el seno de este planteamiento, el marco es una especie de límite semántico que constriñe la decisión judicial. Así, si el número de significados de la norma es menor, también lo será el espacio de creación del aplicador. Esto es hasta cierto punto verdadero. Sin embargo, me parece que un planteamiento como este da demasiadas cosas por sentado y resulta, a fin de cuentas, insuficiente. ANNA PINTORE, muy acertadamente, llama a esta postura “reduccionismo semántico”, esto es, la convicción de que se puede controlar la vaguedad y la incertidumbre del discurso jurídico – y, en particular, del discurso de los jueces – reemplazando los términos vagos por términos menos vagos⁹⁹³. En realidad, el “reduccionismo semántico” podría comprenderse como una postura que, más allá de suponer que el rigor lingüístico constriñe la decisión judicial, ignora la importancia de otros elementos de control. Es como si lo único que nos quedara, en aras de limitar la discrecionalidad, fuera la alternativa de cerrar, en la mayor medida posible, la “textura abierta” del Derecho.

Si el Derecho pudiera concebirse en exclusiva como lenguaje, quizás tuviera sentido pensar que solo forman parte del marco factores lingüísticos. No obstante, puesto que el Derecho es sobre todo una práctica social institucionalizada, lo que gobierna la decisión judicial no es simplemente el lenguaje de la norma aplicable. Esto es lo que podría sostener un cierto tipo de concepción analítica de la interpretación, que, a pesar de no desconocer el ingrediente institucional, se desentiende de él debido a su lealtad metodológica. Pero el juez no mantiene (y no debe mantener) esta misma lealtad. Y en ello descansa la dimensión constitutiva del marco puesta de relieve por KELSEN. Cuando menos desde la perspectiva del juez ordinario, los límites del marco no son simplemente los límites del conocimiento. Si el juez ejerce poder y si este poder consiste en dar continuidad a la decisión de una autoridad, los límites del marco son los que instituye la decisión de esta autoridad. El vínculo primario, el vínculo real que se establece entre el juez y la ley no es, por ello, meramente lingüístico. El sometimiento del juez a la ley es antes bien autoritativo y eso es, en mi opinión, definitorio para comprender adecuadamente la idea del marco.

authority to courts, who enjoy the freedom to shape the law themselves according to their own values and preferences”. TOM CAMPBELL, “The Point of Legal Positivism”, cit., p. 37.

⁹⁹³ ANNA PINTORE, “Democracia sin derechos: en torno al Kelsen democrático”, trad. J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, v. 23, 2000 (pp. 119-144), p. 138.

En el capítulo primero, intenté mostrar que, de conformidad con KELSEN, la estructura jerárquica del Derecho es fundamental para la interpretación⁹⁹⁴. Nótese bien: la jerarquía, rectamente entendida, no tiene que ver con las relaciones lingüísticas entre, por ejemplo, la norma general y la norma individual, sino más bien con una estructura institucional de distribución del poder político. Eso es tanto como decir que la jerarquía pone de relieve posiciones institucionales distintas, en las que cada órgano ejercerá su parcela de poder en la producción continuada de la voluntad estatal. En la posición del juez ordinario, lo que constituye el marco interpretativo es ante todo su vinculación a la norma general producida por el legislador; esto es, el marco presupone un vínculo, una relación institucional con una decisión autoritativa que pretende gobernar la resolución de una clase de casos. Si se concibe el marco primariamente como un problema semántico, se ignora por completo lo que para la interpretación jurídica es lo más fundamental, esto es, la decisión que, a causa de la estructura institucional, sirve de parámetro para la constitución del marco.

¿Por qué es importante esto? Si nuestra comprensión del Derecho es positivista, en el sentido del “argumento del positivismo prescriptivo” del capítulo anterior, todo ello puede resultar trivial y quizás demasiado obvio. En cambio, si la comprensión dominante del Derecho se acerca al “constitucionalismo de los derechos”, su relevancia cambia por completo. Dentro de un contexto marcado por esa concepción, me parece una ingenuidad seguir tratando la discrecionalidad judicial como un problema que tiene lugar a partir de la indeterminación de la palabra “vehículo” (por utilizar el consabido ejemplo de la prohibición de vehículos en el parque), como si la cuestión del límite del poder del juez se restringiera a la apertura producida por la dimensión semántica. Ante la plasmación del “constitucionalismo de los derechos”, lo que está en juego no es la atribución de sentido a la palabra “vehículo”, sino más bien la propia relevancia de esta palabra para la resolución del conflicto. Lo que está en disputa no es la composición descriptiva del marco, sino su formación constitutiva. De ahí la necesidad de reafirmar lo que una concepción lingüística de la interpretación parece dar por sentado: el vínculo institucional y autoritativo entre el juez y la ley, el vínculo que le permite al juez tomar en serio la palabra “vehículo” como un ingrediente que forma parte de la decisión que constriñe el resultado de la interpretación.

⁹⁹⁴ Así empieza el artículo “On the theory of interpretation”, de KELSEN. Vid. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit., p. 127.

Con lo anterior deseo subrayar, resumidamente, que la constitución del marco radica en una cuestión anterior y aún más fundamental que la dimensión semántica. En palabras sencillas, el marco depende de la comprensión que el intérprete posee de su propia autoridad. Y esta comprensión es la que puede acotar de modo decisivo el poder político del juez y, a la postre, su ámbito de discrecionalidad. De ahí la importancia del “constitucionalismo político” para la aplicación del Derecho y, en particular, para la articulación de una imagen plausible del *juez deferente*. En el razonamiento judicial, el “constitucionalismo político” tiene lugar *antes* del conocimiento y de la atribución de significado a la palabra “vehículo”. El “constitucionalismo político”, en cuanto concepción de las relaciones entre *jurisdicción, derechos y legislación*, le suministra al juez ordinario una comprensión autoritativa e institucional del fenómeno jurídico, incluso ante la incorporación de un catálogo de derechos. Y es en razón de ello por lo que la palabra “vehículo” preserva su centralidad en el proceso interpretativo y, por tanto, en la composición del marco, en la medida en que compone la decisión autoritativa que pretende gobernar la resolución del caso.

Todo ello pone de relieve el carácter decisivo del “positivismo prescriptivo” para la interpretación y aplicación del Derecho. Pero en este punto, en concreto, el “positivismo prescriptivo” se enlaza con lo que FREDERICK SCHAUER ha denominado “positivismo presuntivo”. Según el autor, nada en la doctrina positivista parece comprometerse con la idea (fuerte) de que las decisiones judiciales deben estar gobernadas únicamente por el derecho positivo, esto es, por “*pedigreed rules*”⁹⁹⁵. Sin embargo, el positivismo debe en efecto comprometerse con otra idea, un poco más matizada: *si* hay una norma positiva que se aplica al caso enjuiciado, él juez debe sin duda alguna aplicarla. Esta es una tesis que enmarca un punto de vista prescriptivo para el positivismo, de conformidad con lo dicho al final del capítulo sobre el “constitucionalismo político”. Pero por encima de todo, esta es una tesis que afirma, en coherencia con el argumento general delineado hasta aquí, la prioridad de la legislación en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho. En suma: el marco normativo que el juez traza en el momento de solucionar el caso particular debe tener como parámetro *la ley*.

Con ello, el “positivismo presuntivo” añade dos ingredientes cardinales a la presentación de una imagen defendible del *juez deferente*, es decir, de una imagen que se

⁹⁹⁵ FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 200.

aleje del formalismo ingenuo. El primer ingrediente consiste en el reconocimiento de una circunstancia irrefragable: no siempre será posible aplicar la ley, porque simplemente la ley puede no ofrecer ninguna respuesta para el caso. Si esto es así, el juez *deferente* debe aceptar la *prioridad de la legislación*, lo que es tanto como decir que su labor consiste en anclar de algún modo, siempre que sea posible, su propia decisión en la decisión del legislador. Cabe advertir que la expresión “siempre que sea posible” no hace referencia a una cuestión de “peso”; esto es, no se trata de volver a la “deferencia como respeto” o a la “deferencia debida”. Desde el punto de vista del juez ordinario, la ley tiene prioridad porque la función jurisdiccional, teniendo en cuenta la posición institucional y la comprensión que el juez debe poseer de su autoridad, consiste en resolver el caso de acuerdo con lo que dispone el derecho positivo⁹⁹⁶. El juez *deferente* debe decidir, para decirlo con SCHAUER, sobre la base del “dominio limitado del Derecho”⁹⁹⁷. El “positivismo presuntivo” lo que reconoce es que a veces este dominio no es limitado, con lo cual tendría cabida, aquí y con arreglo a HART, la “legislación intersticial”.

Además de ello, el “positivismo presuntivo” reconoce un ingrediente más. Aun cuando este dominio limitado (el derecho positivo y su expresión mediante reglas canónicas) suministre una respuesta, no siempre esa respuesta debe ser aplicada. En palabras sencillas, el “formalismo” o “literalismo”, en cuanto método o postura conectada

⁹⁹⁶ Aquí, obviamente, podría decirse que los principios constitucionales o los derechos fundamentales, cuando son incorporados, forman parte del derecho positivo. Esto es verdad y, en virtud de ello, conviene aclarar mi afirmación. Cuando digo que el juez *deferente* debe resolver el caso de acuerdo con el derecho positivo, no me refiero a algo así como “todo” el derecho vigente o al “conjunto de normas jurídicas del sistema”. Me refiero, en particular, a una norma que pretende resolver una clase de casos, a una decisión política autoritativa. Para simplificar, me refiero, por lo general, a la legislación, a la regla, en cuanto especie normativa que se contrapone al principio. Aquí, es importante tener en cuenta lo que se ha visto en el capítulo tercero: un principio es una zona de desacuerdo que contempla múltiples concepciones y que, precisamente por eso, no pretende representar un deber ser concreto, la resolución de un conflicto político. Por lo que respecta a este punto, me permito reproducir las observaciones de ANNA PINTORE: “el texto canónico es un modo bastante confiable para señalar que la norma proviene de una determinada autoridad jurídica”. (...) Por decirlo de otro modo, el texto canónico tiene sentido solo si se presupone que el derecho que lo usa prescribe buscar en él, y solo en él, los contenidos jurídicos sobre cuya base realizar las elecciones prácticas y justificarlas. Es una banalidad, pero precisamente por ello cabe recordarla”. ANNA PINTORE, “El formalismo jurídico: un cotejo entre Jori y Schauer”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 79, 2017 (pp. 47-75), p. 62. En cuanto a la cuestión del texto canónico, véase FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., pp. 68-72.

⁹⁹⁷ FREDERICK SCHAUER, “The Limited Domain of Law”, cit., p. 1916-1917. La idea del dominio limitado, de la autonomía operativa del Derecho frente, por ejemplo, a la moral y a la política es, según SCHAUER, la manera más interesante de entender el positivismo jurídico. Véase FREDERICK SCHAUER, “Legal Positivism and the Contingent Autonomy of Law”, cit., p. 217. La perspectiva de SCHAUER es, en este sentido, esencialmente institucional, porque es precisamente a causa de la autonomía de lo jurídico por lo que resulta inteligible la existencia de instituciones jurídicas específicas (cit., p. 221). Así pues, el Derecho es entendido en tanto parte de una estrategia amplia de diseño institucional, de distribución del poder político en la comunidad (cit., p. 223).

con la interpretación jurídica, también posee un valor presuntivo⁹⁹⁸. En nuestro caso de la prescripción adquisitiva, una interpretación literal del Código Civil prohibiría que el poseedor adquiriera el dominio incluso cuando hubiera recibido, a través de herencia y en condominio, una fracción ínfima de la propiedad de otro inmueble. Sin embargo, tal vez la solución literal no sea convincente para este caso. Según SCHAUER, a veces la presunción en favor del significado literal se desvanece frente a las razones subyacentes a la regla aplicable⁹⁹⁹. Razonar sobre la base de reglas implica darse cuenta de que no siempre el significado literal de la ley corresponde a lo que se desprende de sus razones subyacentes. Me ocuparé de ello seguidamente.

De todos modos, esto conlleva una conclusión importante: ser deferente al legislador no entraña necesariamente ser deferente al sentido literal de la ley. Lo que, como es obvio, podría suscitar de inmediato la siguiente duda: ¿no socavaría esto el sometimiento del juez al legislador y, en consecuencia, la idea de continuidad del proceso de determinación de la voluntad estatal? La respuesta debe ser negativa. Pero antes de presentarla, me gustaría comentar algo con carácter preliminar. Si la vinculación del juez a la ley se entendiera únicamente en términos lingüísticos, entonces, en mi opinión, el fallo solamente podría derivar de la ley si resultara de la aplicación de uno de sus sentidos lingüísticos posibles¹⁰⁰⁰. Una decisión judicial anclada en las razones subyacentes de la ley no sería, en ningún caso, producto del *vínculo* entre el juez y el legislador. A mi juicio, eso es insostenible. Por eso, insisto en que este *vínculo* no puede construirse ni presentarse simplemente como una relación entre objetos lingüísticos, es decir, como una relación entre *textos*, sino más bien entre actores institucionales que ocupan posiciones diferentes en el sistema; actores que mantienen poderes autoritativos distintos, asentados en grados de poder político también distintos.

⁹⁹⁸ SCHAUER ha dado a esta idea, inicialmente, la etiqueta de “formalismo presuntivo”. En sus propias palabras: “Under such a theory of presumptive formalism there would be a presumption in favor of the result generated by the literal and largely acontextual interpretation of the most locally applicable rule”. FREDERICK SCHAUER, “Formalism”, cit., p. 547. Esta presunción puede ser, por lo tanto, derrotada en virtud de razones fuertes, de tenor en cierto modo particularista, por lo general en conexión con los propósitos de la regla aplicable.

⁹⁹⁹ FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., p. 204.

¹⁰⁰⁰ Esto es lo que parece sostener Kelsen en la *Teoría Pura* y es por ello por lo que, a mi juicio, podría imputársele justificadamente el “reduccionismo semántico” puesto de manifiesto por ANNA PINTORE. Sin embargo, y con arreglo a la vinculación entre la noción del marco y la estructura escalonada del orden jurídico, no me parece que esta sea la mejor manera de interpretar la idea del marco kelseniano, aunque, debo reconocerlo, es lo que más evidentemente se desprende de su planteamiento, sobre todo si se tienen en cuenta las premisas metodológicas de la *Teoría Pura*.

Me parece que este es el presupuesto para una elaboración defendible de la imagen del *juez deferente*; una imagen que no se vea obligada a comprometerse con una aplicación “formalista” (en un sentido no “presuntivo”) de la ley, incapaz de permitir ajustes con arreglo a las razones subyacentes de las reglas. Pero eso, a mi modo de ver, solo resulta posible si se matiza y corrige la idea de que el marco interpretativo tiene una composición únicamente lingüística, como si sus límites se confundieran enteramente con los límites de la cognición. En cambio, el *juez deferente* debe entender su relación con la expresión textual de la ley no en términos absolutos o inderrotables, sino más bien en un sentido “presuntivo”, otorgándole cierta prioridad al significado literal de las reglas, dado que en ocasiones este significado literal no produce una decisión plausible. Algún *ajuste* puede ser necesario. Pero todo ello solo se entiende, insisto, si también se entiende que el objeto de la interpretación judicial no es simplemente un texto normativo, sino más bien la decisión de una autoridad.

1.2. El juez ordinario y la aplicación deferente de la ley

De lo anterior puede desprenderse que “vinculación a la ley” no significa necesariamente “vinculación al texto de la ley”. Se trata de una premisa por lo general compartida tanto por los que se adhieren al “constitucionalismo de los derechos” como por quienes se encuadran en el “constitucionalismo político”. De ahí la importancia de poner de relieve qué es lo que en definitiva distingue una concepción de la otra en términos de aplicación de la ley. Con el fin de hacerlo, me parece de gran utilidad reproducir un interrogante planteado por JOSEP AGUILÓ y que ilustra bien el problema: “¿Ser leal a una regla es serlo a su expresión lingüística o serlo a la ponderación que la justifica?”¹⁰⁰¹

La pregunta parece sencilla, pero en realidad se trata de una cuestión cardinal para nuestra discusión. AGUILÓ se presenta como un autor post-positivista¹⁰⁰², que entiende cualquier regla jurídica como el producto de una ponderación de principios. La regla, a su entender, es un “instrumento dotado de un sentido protector y/o promocional

¹⁰⁰¹ JOSEP AGUILÓ REGLA, “Francisco Laporta, Liborio Hierro y los principios jurídicos”, *Doxa*, edición especial, 2017 (pp. 23-27), p. 24.

¹⁰⁰² No tengo la pretensión de hacer uso de una clasificación rigurosa y creo que, a los efectos de la discusión que se plantea en esta tesis, eso tampoco sería relevante. Sin embargo, a fin de aclarar el argumento no deja de ser conveniente afirmar que el post-positivismo de AGUILÓ se acerca a la vertiente principialista del “constitucionalismo de los derechos”, tal y como fue descrita en el capítulo segundo.

de ciertos bienes”¹⁰⁰³. En el marco de esta perspectiva, AGUILÓ no tiene ninguna duda de que ser leal a una regla es serlo *a la ponderación que la justifica*, lo que es tanto como decir que la regla sólo tiene sentido (y, por lo tanto, requiere *lealtad*) si de hecho entraña la protección y/o promoción de esos bienes emplazados en su dimensión justificatoria. La idea, a primera vista, tal vez pudiera resultar plausible. Sin embargo, no es posible comprenderla adecuadamente sin tomar conciencia del alcance – que a estas alturas no debe parecer banal – de la palabra *ponderación*.

En el contexto en el que escribe AGUILÓ, la ponderación justificatoria de la regla no se confunde simplemente con su propósito, con la intención del legislador o con algo por el estilo. Antes bien, se trata de una ponderación de principios; o, mejor dicho, de una ponderación entre derechos fundamentales. Con arreglo a lo que hemos visto en el capítulo segundo, el *principialista* concibe la regla (y las leyes suelen formularse en cuanto reglas) como el producto de una ponderación entre derechos. El fallo correcto es el que resulta de una ponderación correcta entre los principios en juego. Obviamente esto admite matizaciones y concesiones de grado. De todos modos, lo importante es tener claro cómo entiende el juez, desde de la óptica *principialista*, qué es una regla. El propio AGUILÓ suministra una disyunción bastante ilustrativa con respecto a ello: ¿la regla es la “expresión de una voluntad (de un querer)” o “de una ponderación (de una valoración)”?¹⁰⁰⁴ Está claro que para el autor debería acogerse la segunda opción, que parece excluir a la primera.

Ahora bien, en el marco de una perspectiva institucional de la aplicación del Derecho, el enfoque sustancialista es engañoso y, en alguna medida, irrelevante. Y eso es así porque a la pregunta respecto del *qué* necesariamente le acompaña la pregunta que alude a *quién* (y *cómo*). Entonces, si la lealtad a la ley es en realidad la lealtad a la *ponderación que la justifica*, resulta decisivo saber *quién* ha llevado a cabo dicha ponderación. No obstante, ese interrogante no forma parte del enfoque sustancialista y, por eso, su respuesta se halla básicamente implícita: el juez llevará a cabo la ponderación, el juez *vigilará* la ley a la luz de los principios que la justifican, el juez cotejará el texto de la ley con el balance óptimo de los derechos subyacentes. Nótese bien: aquí no hay ningún vínculo consistente entre el fallo y una decisión autoritativa anterior (como es el caso de la ley). La ponderación de la que hablan AGUILÓ y los autores *principialistas* no corresponde a ninguna decisión previa, no se establece antes de la sentencia judicial. En

¹⁰⁰³ JOSEP AGUILÓ REGLA, “Francisco Laporta, Liborio Hierro y los principios jurídicos”, cit., p. 24

¹⁰⁰⁴ JOSEP AGUILÓ REGLA, “Francisco Laporta, Liborio Hierro y los principios jurídicos”, cit., p. 24.

conclusión, si la lealtad a la regla es la lealtad a ese tipo de ponderación y si esa ponderación no alude a ninguna decisión autoritativa anterior, entonces la lealtad del juez a la regla es, en último término, su lealtad a su propia ponderación.

Dicho eso, es conveniente reproducir la pregunta inicial de AGUILÓ: “¿Ser leal a una regla es serlo a su expresión lingüística o serlo a la ponderación que la justifica?”. Me parece que ahora estamos en posición de comprender que la pregunta, tal y como está formulada, es problemática. La lealtad a la ponderación no es la única alternativa a la lealtad a la expresión lingüística. El planteamiento de AGUILÓ genera la falsa impresión de que la única manera de ajustar la aplicación de una ley, de evitar las consecuencias quizás indeseables o irrazonables de su tenor literal, consiste en acudir a la ponderación, a la dimensión moral de los principios. Pero eso no tiene por qué ser así. De acuerdo con JUAN CARLOS BAYÓN, entre el juez formalista y el juez principialista podría ubicarse precisamente el *juez deferente*, cuya lealtad a la ley no demandaría ni un compromiso inderogable con la aplicación estricta de las reglas ni tampoco un continuo e incontrolable desplazamiento hacia la dimensión de los principios¹⁰⁰⁵.

Vistas así las cosas, ante la sospecha de que el resultado determinado por la *letra* de la ley pueda conllevar una solución implausible, subóptima, irrazonable o insostenible, el *juez deferente* debe plantearse un conjunto ya conocido de cuestiones: ¿cuál es el propósito de la ley?; ¿qué resultados ha intentado lograr el legislador con esa regla?; ¿cuál era, en fin, su *intención* o su plan? No se trata aquí de situar el propósito de la ley en el seno de una argumentación moral con arreglo a principios. A diferencia de lo que sostiene AGUILÓ, el *juez deferente* realmente debe entender la ley como la “expresión de una voluntad (de un querer)”¹⁰⁰⁶. Y si hace falta ser deferente a alguna ponderación, que sea

¹⁰⁰⁵ Conviene traer a colación las palabras de BAYÓN sobre lo que podrían venir a ser las características principales del *juez deferente*: “El juez deferente profesa la lealtad a la ley, pero no la entiende como el formalista. Si la aplicación estricta de las reglas lleva a resultados contrarios a sus razones subyacentes, entiende que el legislador no ha querido dichos resultados y que la auténtica fidelidad a la ley consiste en decidir atendiendo a esas razones. Pero si va a hacer tal cosa, a diferencia del principialista se toma muy en serio que le incumbe la carga de justificar en qué sentido podría afirmarse que esas son las razones del legislador y no meramente las suyas. Y acepta también que, sin serlo, tendrá que aplicar algunas reglas como lo haría un formalista: siempre que quepa sostener que entre las razones del legislador está precisamente la consideración de que para esa clase de casos la certeza de la decisión es más importante que su perfecto ajuste a las razones sustantivas subyacentes; o la de que, para esta clase de casos, a la larga las decisiones de los órganos aplicadores se aproximarán más a lo que realmente justificarían aquellas razones sustantivas si aplican mecánicamente la regla que si intentan determinar por sí mismos caso por caso qué sería acorde con dichas razones”. JUAN CARLOS BAYÓN, “El Imperio de la Ley y la interpretación y aplicación del Derecho: dos visiones”, *Doxa*, edición especial, 2017 (pp. 67-72), p. 70.

¹⁰⁰⁶ En realidad, se trata de la tesis positivista kelseniana, que puede entenderse con más claridad en el seno de sus estudios sobre la dimensión dinámica del Derecho, de que toda norma jurídica presupone un acto de voluntad (la norma sería el sentido objetivo de este acto de voluntad). Sobre ello, véase el concienzudo

a la del legislador, en atención a lo que se haya valorado y tomado en cuenta en la arena parlamentaria. El *juez deferente* debe intentar demostrar que su decisión resulta de la aplicación idónea de la ley, que se encuentra debidamente autorizada por ella, por mucho que en ocasiones sea inevitable acudir a sus razones subyacentes con el fin de poner de manifiesto qué es lo que en efecto requiere una aplicación del Derecho *leal* a la ley.

1.2.1. Entre el literalismo y el recurso a las razones subyacentes de las leyes

Resulta oportuno añadir ahora que la pregunta suscitada por AGUILÓ tenía como destinatarios a LIBORIO HIERRO y a FRANCISCO LAPORTA¹⁰⁰⁷, quienes habrían profesado una preferencia en favor de una aplicación “formalista” de la ley, esto es, una aplicación fiel al significado literal del texto y que, por ello mismo, no entraría a valorar sus razones subyacentes. En efecto, esa es una caracterización habitual de la postura teórica de FRANCISCO LAPORTA, anclada sobre todo en la obra *El Imperio de la Ley*¹⁰⁰⁸. JUAN CARLOS BAYÓN, por ejemplo, la asume para luego poner en tela de juicio la necesaria conexión entre el ideal del imperio de la ley y la prevalencia de una aplicación formalista (o literalista) del Derecho¹⁰⁰⁹. ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO, en sentido similar, plantea un conjunto de críticas hacia la doctrina de la interpretación de LAPORTA, poniendo de manifiesto su escepticismo respecto de la realización de los valores del imperio de la ley (la predecibilidad y, en último término, la autonomía personal) a través de una aplicación esencialmente formalista de las reglas¹⁰¹⁰.

No es mi objetivo discutir si la crítica es o no acertada, sino concentrarme brevemente en el “formalismo interpretativo” de LAPORTA. Como es sabido, el argumento fundamental de *El Imperio de la Ley* consiste en atribuir al desarrollo de las normas jurídicas (elaboradas en forma de reglas) un rol fundamental en la preservación de nuestro ámbito de autonomía personal¹⁰¹¹. De modo resumido, podría decirse que la realización de la autonomía personal depende de la posibilidad de planificar la acción y de albergar

estudio de GABRIEL NOGUEIRA DIAS, *Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito: na obra de Hans Kelsen*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 269-273.

¹⁰⁰⁷ Pese a la innegable importancia de ambos autores para la discusión en torno al imperio de la ley, aquí me centraré solamente en la aportación de FRANCISCO LAPORTA respecto a la interpretación jurídica, plasmada de manera bastante conocida en su célebre *El Imperio de la Ley*.

¹⁰⁰⁸ FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

¹⁰⁰⁹ JUAN CARLOS BAYÓN, “El Imperio de la Ley y la interpretación y aplicación del Derecho: dos visiones”, cit., p. 68.

¹⁰¹⁰ Véase ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO, “La interpretación en *El Imperio de la Ley*”, *Analisi e Diritto*, 2011 (pp. 237-246).

¹⁰¹¹ Véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 169.

expectativas en relación con la acción de los demás. Y una de las condiciones indispensables para la plasmación de todo ello es la comunicación de pautas generales de conducta, capaces de garantizar un nivel significativo de predecibilidad. Un “mundo sin reglas”, por mucho que estuviera organizado sobre la base de principios que contemplaran la libertad, la justicia, la dignidad y la autonomía personal, difícilmente lograría alcanzar ese estado ideal de cosas. Y eso es así precisamente a causa de la incapacidad para estructurar dichos ideales en forma de reglas¹⁰¹².

Estoy muy de acuerdo con este planteamiento y me parece que se trata de un argumento perfectamente compatible con el “constitucionalismo político” defendido en esta tesis. Pero LAPORTA va más allá y, en materia de interpretación de la ley, pone de manifiesto su opción en favor del *literalismo*, lo cual resulta comprensible a la luz de los valores que intenta preservar y promover¹⁰¹³. El autor suministra un conjunto denso de premisas teóricas para la comprensión adecuada de su argumento. De momento, empero, me parece suficiente mencionar lo que considero más relevante. Ante todo, LAPORTA rechaza la comprensión de la ley en tanto que *acto de habla* proferido en un contexto determinado. Para él, las leyes “son fragmentos de un lenguaje que se pretenden emancipados del tiempo y se proyectan sobre una realidad futura”¹⁰¹⁴. Así, el autor conecta el ideal del imperio de la ley con una concepción semántica del significado, en lugar de una concepción pragmática: “cuantos menos ingredientes de contexto incluyamos, más cerca estaremos de las tareas puras de la semántica”¹⁰¹⁵.

En ese sentido, interpretar la ley es interpretar un *texto*, no una imaginaria y simplemente metafórica “intención del legislador”¹⁰¹⁶. Volveré sobre este punto específico a continuación. Aquí, conviene hacer constar que LAPORTA no adopta una concepción escéptica de la interpretación. Al contrario, a su juicio “interpretar es siempre interpretar algo que preexiste a la interpretación”¹⁰¹⁷. Por lo tanto, el objeto de la interpretación es en efecto un *texto*, pero ese texto ya contiene un significado, que debe ser establecido, aclarado a través de la actividad argumentativa del intérprete. El significado, entonces, es preexistente a la interpretación, porque el significado de las

¹⁰¹² Véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 126.

¹⁰¹³ “Dadas estas peculiares características del lenguaje jurídico que nos ocupa, y en el contexto de la persecución hasta sus últimas consecuencias de los valores y exigencias del imperio de la ley, la opción ha de ser en favor del <literalismo>, sin ocultar por supuesto los problemas que ello lleva consigo”. Véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 178.

¹⁰¹⁴ Véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 174.

¹⁰¹⁵ Véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 177.

¹⁰¹⁶ Véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 175.

¹⁰¹⁷ Véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 182.

palabras y oraciones que forman parte del texto legal deriva de convenciones sociales, de una práctica comunicacional compartida¹⁰¹⁸. En consecuencia, el *literalismo* representa una especie de postura interpretativa dirigida hacia la aplicación de la ley en atención al significado convencional de las palabras del texto. Dentro de este marco, la ley no es una prescripción dependiente del contexto de su emisión. En la medida en que se emancipa del espacio y del tiempo de su producción, el juez del imperio de la ley debe centrarse únicamente en el significado semántico del texto. El *literalismo* sería, más allá de todo, la postura interpretativa que realizaría de manera más eficaz valores como la certeza jurídica y la sujeción del juez a la ley. Por ello, el formalismo de LAPORTA es en especial una estrategia de naturaleza consecuencialista¹⁰¹⁹.

Ahora bien, me parece que una de las principales implicaciones de esta clase de formalismo – si es que es comprendido como una prescripción inderogable dirigida a los jueces – es el reproche al recurso a las razones subyacentes de las leyes. Si entendí bien el planteamiento de LAPORTA, el *juez formalista* es el juez que asume una idea regulativa que desatiende la dimensión de justificación de las reglas y que, por ello, no se aparta del significado literal y convencional del texto. Como sabemos, FREDERICK SCHAUER es quien ha puesto de manifiesto de manera más exitosa la relevancia del problema de la justificación subyacente de las reglas. Según SCHAUER, las reglas son generalizaciones y toda generalización contiene una justificación en su trasfondo¹⁰²⁰. Por consiguiente, hay una tensión entre la toma de decisión sobre la base reglas y la toma de decisión sobre la base de las justificaciones subyacentes a las reglas. SCHAUER insiste que se trata de modelos de decisión esencialmente distintos¹⁰²¹.

Debido al carácter atrincherado de las reglas, esa tensión es en definitiva ineliminable. SCHAUER suministra el ejemplo de una regla que prohíbe la entrada de

¹⁰¹⁸ Véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 179. FREDERICK SCHAUER suministra una explicación bastante útil de todo ello al hablar de “autonomía semántica”: los símbolos (entre ellos, las palabras, frases y oraciones) poseen la aptitud para portar significados independientes del contexto particular en el que se hallan situados los hablantes. Según el autor, hay un contexto básico y universal, distinto del contexto local y contingente, que determina, en gran medida, el significado de los símbolos utilizados en un acto de comunicación. Dicho sentido “acontextual” podría denominarse también “significado literal”. Vid. FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., pp. 55-58.

¹⁰¹⁹ Véase FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 192.

¹⁰²⁰ “Behind every generalization is a justification”. FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., p. 53.

¹⁰²¹ FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., p. 77.

perros en un restaurante¹⁰²². Es incuestionable que se trata de una generalización y tampoco se pone en duda que podría identificarse la razón que está por detrás de la regla. En ese ejemplo, sería razonable establecer que el propósito inmediato de la regla consistiría en evitar molestias a los clientes. Pero luego podrían surgir circunstancias recalcitrantes, que muy probablemente no caerían bajo el ámbito justificatorio de la regla, sino únicamente bajo la generalización. En este sentido, la prohibición del perro lazarillo pondría de relieve una hipótesis de *sobreinclusividad*: el campo de aplicación de la generalización contemplaría un supuesto que no se vería abarcado por su justificación subyacente. Asimismo podría tener lugar la hipótesis contraria, de *subinclusividad*, en la que la generalización dejaría de incluir algún supuesto claramente contemplado por su razón justificatoria. Por ejemplo: alguien podría intentar entrar en el restaurante acompañado de su oso. Como la generalización solamente prohíbe el ingreso de perros, el oso estaría permitido, ya que nadie pondría en duda que un oso no es un perro.

La subinclusividad y la sobreinclusividad son, por lo tanto, el resultado del razonamiento con arreglo a generalizaciones atrincheradas¹⁰²³. No se trata simplemente de un problema de indeterminación lingüística, sino de la propia estructura del razonamiento sobre la base de reglas. Siguiendo a SCHAUER, a veces el texto de la ley no ofrece ninguna respuesta (aquí, la indeterminación resulta de la vaguedad absoluta del texto), como es el caso de la utilización de expresiones o conceptos jurídicos demasiado abiertos o indeterminados. Sin embargo – y este es el aspecto que nos interesa en concreto – hay también ocasiones en las que el texto ofrece una mala respuesta, a pesar de ser clara y determinada¹⁰²⁴. Aquí nos encontramos precisamente ante los casos de sub y sobreinclusividad, cuya identificación, a diferencia del ejemplo banal del oso en el restaurante, no siempre es sencilla.

El punto más importante de las generalizaciones atrincheradas es que pretenden gobernar las decisiones aun cuando la generalización sea contraria a su justificación subyacente¹⁰²⁵. El atrincheramiento de las reglas es lo que permite al aplicador resistirse a la presión de una aplicación atenta al contexto y a la fuerza de las razones

¹⁰²² FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., pp. 47-52.

¹⁰²³ “(...) but underinclusiveness and overinclusiveness do not affect the rule’s meaning: they are simply consequences of Lex’s deliberate choice to use a rule”. LARRY ALEXANDER y EMILY SHERWIN, *The Rule of Rules: morality, rules & dilemmas of law*, Durham y London, Duke University Press, 2001, p. 103.

¹⁰²⁴ Véase FREDERICK SCHAUER, *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2009, pp. 158-167.

¹⁰²⁵ FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., p. 49.

justificatorias¹⁰²⁶. Así pues, el que adopta una postura interpretativa *literalista*, tal y como LAPORTA, elige un modelo de toma de decisión que intenta evitar la continua revisión de la generalización. El *juez formalista* se deja guiar más por el significado de la generalización y menos por una consideración particularizada de la justificación que subyace a la regla¹⁰²⁷. En efecto, LAPORTA expone con claridad su recelo acerca de la consolidación de una concepción al fin y al cabo *particularista* de la interpretación, básicamente por dos razones: (1) el particularismo convertiría a las reglas – la piedra angular del imperio de la ley – en “una pobre y limitada imagen de una posible aplicación de la justificación subyacente”¹⁰²⁸; y, por encima de todo, (2) el particularismo implicaría una severa transferencia de poder de decisión hacia los jueces, ya que el respeto a la generalización preserva el poder decisorio del que dicta la regla¹⁰²⁹.

Si todo esto es así, la matización del *literalismo* y la aceptación de la relevancia argumentativa de las justificaciones subyacentes implicarían, aparentemente de modo necesario, el menoscabo de la vinculación del juez a la ley, con lo cual se desvanecería la propia idea de deferencia al legislador articulada en esta tesis. Pues bien, llegada la discusión a este punto, me gustaría ofrecer un breve argumento en contra de esa conclusión, que, a mi modo de ver, no resulta necesaria. Por lo general y en lo que corresponde a la actividad regular del juez ordinario, el argumento en favor de una aplicación formalista de la ley me parece atractivo. El juez ordinario no se encuentra en una posición institucional adecuada para concebir la ley *únicamente* a partir de su propósito o justificación. Ello socavaría la vinculación del juez a la ley y disolvería las virtudes de las generalizaciones atrincheradas. El destinatario de la regla necesita entenderla como un mandato en principio concluyente, que pretende gobernar una clase de casos con independencia de la discusión en torno a la realización del propósito justificatorio de la regla. De no ser así, el mantenimiento de las expectativas de conducta se volvería improbable.

Una cosa, por lo tanto, es valorar y preservar la regularidad de la aplicación literal del texto de la ley (a la vista de su autonomía semántica); otra cosa, en mi opinión muy distinta, es prescribir a los jueces un deber ser inderogable en materia de interpretación,

¹⁰²⁶ FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., pp. 62.

¹⁰²⁷ Véase FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., pp. 61-62.

¹⁰²⁸ FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 143.

¹⁰²⁹ FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., pp. 144-149.

convenciéndoles de que su cometido consiste en obedecer al sentido literal de las palabras de la ley, sea cual fuere ese sentido y con independencia de los supuestos recalcitrantes. Desde una perspectiva institucional, no me parece plausible concebir la actividad judicial en esos términos. En primer lugar, porque esa forma de ver la relación del juez con la ley padece de los mismos problemas de una concepción meramente lingüística de la interpretación: la diferencia – que en definitiva no sería despreciable – podría radicar en el grado de escepticismo que se profese respecto a la determinación del significado de la regla, pero el entendimiento de la relación del juez con la ley se establece sin más sobre la base del vínculo de la sentencia con el significado convencional del texto legal.

Ello me parece poco convincente para comprender la función del juez ordinario. En mi opinión, es bastante más plausible la idea – ya repetida en este capítulo – de que la aplicación del Derecho entraña *continuidad* y *autoridad* y es por ello por lo que la relación entre jerarquía e interpretación resulta decisiva: el juez ordinario debe materializar la *continuidad* del Derecho en atención a la *autoridad* de la decisión del legislador, siempre y cuando tal decisión sea identificable (“positivismo presuntivo”). El problema es que en ocasiones es posible que una interpretación meramente literal vulnere la *continuidad* del Derecho y también la *autoridad* del legislador, con lo cual el juez ordinario podría estar autorizado a apartarse del significado literal del texto aplicable. Es verdad que todo ello solo deviene plausible si de alguna manera es posible reconstruir el plan del legislador (lo que trataré de mostrar a continuación), poniendo de relieve que el producto de la interpretación literal va en contra del sentido de una decisión superior que reclama autoridad y continuidad. En palabras sencillas, es como si el formalismo duro (*literalismo* no presuntivo) pudiera implicar, en algunos casos singulares, la ruptura de la continuidad de lo que se venía decidiendo en el nivel jerárquico superior¹⁰³⁰.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta lo anterior, no creo que el imperio de la ley de LAPORTA (y tampoco – conviene recalcar – la imagen del *juez deferente* defendida

¹⁰³⁰ Aquí quizás resulte interesante indagar si esa clase de ruptura – si es que pudiera tener lugar – no reduciría la predecibilidad y, en última instancia, la planificación de la acción, ejes fundamentales del imperio de la ley de LAPORTA. Quiero decir: no estoy seguro de si lo que exige la certeza jurídica es – en exclusiva – la identificación de pautas previas, de generalizaciones atrincheradas capaces de servir de guía para la conducta de los ciudadanos. Me parece que todo ello realmente depende de un cierto nivel de coherencia (algo que el propio autor reconoce en FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 214, al tratar de la creación judicial del Derecho) y de una aplicación judicial de la ley que no desatienda el sentido, el propósito del mandato dictado por el legislador. En resumidas cuentas, ante la prohibición de la entrada de perros en el restaurante, ¿es verdad que el cliente *esperaría* poder entrar con su oso o, por otra parte, *no esperar* poder entrar con su perro lazarillo? No estoy en disposición de hacer frente a este problema ahora, pero me parece discutible qué es lo que en definitiva genera una expectativa normativa, que alude a cómo yo y los demás *debemos* comportarnos.

en este trabajo) necesite asumir esa clase de literalismo inderogable. A decir verdad, mantengo alguna duda acerca de si de hecho LAPORTA la asume sin más¹⁰³¹. En un pasaje que me parece esclarecedor, el autor aduce lo siguiente:

“(…) intentaré transmitir un tanto apodídicamente y sin detenerme en ellas, una serie de consideraciones sobre la interpretación jurídica, que – si así quiere entenderse – pueden verse como un conjunto de corolarios que se derivan del axioma general que late en la idea de imperio de la ley: *que los actos de aplicación de la fuerza por parte de los órganos jurídicos siempre han de poder ser reconducidos racionalmente a lo dispuesto con anterioridad explícita o implícitamente en los textos legales del sistema*. En caso contrario, no podría afirmarse que estamos en una situación regida por esa idea regulativa” (la cursiva es mía)¹⁰³².

A mi juicio, en materia de interpretación eso es todo lo que necesita el imperio de la ley y, en especial, el modelo de *juez deferente* que intento articular aquí. Mi desacuerdo con LAPORTA estriba en el establecimiento del formalismo textualista como elemento inexorable a fin de alcanzar este ideal¹⁰³³. A mi modo de ver, el *juez deferente* lo que debe hacer es aplicar la decisión del legislador (este es su ideal regulativo) o, para decirlo con arreglo al fragmento antes reproducido, el juez debe aplicar “lo dispuesto con anterioridad explícita o implícitamente en los textos legales del sistema”. Si eso es posible sin adoptar un compromiso rígido con el *literalismo*, entonces las razones subyacentes de las leyes podrían tener un lugar en la aplicación del Derecho, lo cual, es cierto, podría atraer el riesgo del particularismo¹⁰³⁴. Sin embargo, la idea regulativa de que el *juez deferente* debe

¹⁰³¹ SCHAUER, por ejemplo, ha afirmado que la posición *literalista* puede entenderse como una cuestión de poner énfasis en el aspecto apropiado de la aplicación de la ley; es decir, el *literalismo* sería más bien un “mito”, cuya función consistiría en recordar a los jueces que la interpretación tiene límites, que los textos constriñen la interpretación y, si no ofrecen siempre una respuesta correcta, reducen el número de respuestas admisibles. Véase FREDERICK SCHAUER, “Easy Cases”, *Southern California Law Review*, v. 58, 1985 (pp. 399-440), p. 428 y p. 439.

¹⁰³² FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 171.

¹⁰³³ FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 191.

¹⁰³⁴ Por lo que respecta al particularismo, resulta oportuno hacer referencia a una advertencia de BAYÓN: “(…) Sería un error, sin embargo, pensar que adoptar el modelo particularista frente a un conjunto de directivas dictadas por una autoridad equivale sin más a actuar según el resultado del balance de todas las razones relevantes, es decir, a hacer lo debido, todas las cosas consideradas. Quien sigue el modelo particularista frente a un conjunto de reglas sólo maneja como razones relevantes las justificaciones subyacentes a las reglas dictadas: es decir, acepta ya que éstas han delimitado el ámbito de las razones relevantes y lo que propugna es una determinada tesis acerca de cómo debe desarrollarse el razonamiento práctico *dentro de ese ámbito*”. JUAN CARLOS BAYÓN, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa*, n. 19, 1996 (pp. 143-162), pp. 151-152. En este sentido, el juez particularista no es el que toma en cuenta *todas* las razones relevantes para la solución del caso o, para situar el problema en el seno de nuestra discusión, no es el juez que acude a la dimensión de los principios a fin de encontrar la justificación de la regla. Es la regla dictada por la autoridad la que establece las propiedades relevantes para la solución del caso enjuiciado.

aplicar la decisión autoritativa del legislador (a veces con arreglo a su justificación subyacente) tiene una ventaja muy importante, que es la de contemplar precisamente la virtud del modelo *literalista*: en una significativa mayoría de los casos – esto es, en la actividad ordinaria de aplicación del Derecho – el *juez deferente* deberá comportarse como un formalista, sin entrar a valorar la dimensión justificatoria de las reglas, concibiéndolas, por ende, meramente como generalizaciones atrincheradas.

En mi opinión, el *literalismo* de LAPORTA podría convertirse – sin que para ello tuviera que abandonar sus compromisos más básicos – en un “formalismo presuntivo” al estilo de SCHAUER, otorgándose cierta preferencia (por lo que respecta siempre al juez ordinario) al significado literal de la ley, sin que fuera necesario abdicar del recurso, a menudo inevitable, a su justificación subyacente¹⁰³⁵. Y ello porque al fin y al cabo – tal y como lo dice claramente el propio LAPORTA – lo fundamental es que las decisiones judiciales puedan reconducirse a las pautas previas establecidas, de manera explícita o implícita, por el legislador. Dicho eso, en lo que atañe a ese aspecto y con el fin de poner término a este apartado, me gustaría hacer hincapié en los niveles de justificación de las reglas, cuya importancia resulta decisiva para entender la aplicación *deferente* de la ley en el seno del Estado Constitucional.

Según FREDERICK SCHAUER, una regla (generalización atrincherada) posee múltiples niveles de justificación¹⁰³⁶. Es decir: la justificación subyacente de la regla no posee una existencia autónoma e independiente de su propia justificación, de tal modo que la razón subyacente de la regla también cuenta con una razón justificatoria, hasta al punto en el que podríamos encontrar incluso la justificación última de la regla canónica. A modo de ilustración, podríamos pensar en nuestro ejemplo de la prescripción

¹⁰³⁵ A mi juicio, el “positivismo presuntivo” (debe aplicarse el derecho positivo siempre que sea posible, esto es, siempre que los materiales jurídicos formulados en cuanto reglas canónicas suministren una respuesta) ya se encuentra contemplado en la obra de LAPORTA. Baste con mencionar que el autor acepta la normatividad de los principios en orden a crear derecho o colmar lagunas, “teniendo la precaución de que las reglas inferidas a partir de principios no se opongan al derecho establecido por el legislador”. FRANCISCO LAPORTA, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, cit., p. 217. En lo concerniente al “formalismo presuntivo”, ya se ha hecho referencia a esta idea en esta tesis y, por tanto, basta con recordar que se trata de la prioridad de la interpretación literal en la aplicación del Derecho. Vid. FREDERICK SCHAUER, “Formalism”, cit., p. 547. En resumen, el “positivismo presuntivo” alude a la prioridad de la legislación (o, si se quiere, de los materiales jurídicos dotados de formulación canónica) y el “formalismo presuntivo” alude a la prioridad del significado literal del texto de la ley en la interpretación del Derecho. A mi entender, el modelo de LAPORTA puede acomodar ambas nociones. JUAN CARLOS BAYÓN ha llegado a concluir que no habría diferencia alguna entre el “formalismo presuntivo” y el particularismo sensible a las reglas (modelos distinguibles en la obra de SCHAUER), señalando que esa forma de entender la aplicación del Derecho sería apropiada tanto descriptiva como normativamente. Vid. JUAN CARLOS BAYÓN, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, cit., p. 160.

¹⁰³⁶ FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, cit., pp. 73-76.

adquisitiva. En aquel supuesto, se trataba de una modalidad especial, cuyo plazo para la adquisición del dominio era reducido y dependía de la acreditación de la posesión por el periodo de cinco años. La ley estatúa, además, que el demandante no podría ser propietario de ningún otro inmueble. Así, parece plausible sostener que dicha prohibición descansaría en la siguiente justificación subyacente: establecer una protección especial a la posesión relacionada con el uso del bien para la vivienda. En un nivel más profundo, la justificación podría aludir simplemente al derecho a la vivienda. Y finalmente, en un nivel todavía más profundo, tal vez tuviera lugar una justificación más: la protección de la dignidad de la persona.

La construcción de una imagen sostenible del *juez deferente* debe tomar en serio esa estratificación de justificaciones subyacentes. Con ello, lo que debe buscarse es el rango de justificación que pueda atribuirse al legislador, a una decisión autoritativa anterior que pretenda gobernar, en concreto, la clase de casos dentro de la cual se encajaría el supuesto enjuiciado. Según he intentado argumentar anteriormente, el error de los *principalistas* consiste en suponer que la dimensión de justificación de las reglas se confunde con la esfera de los principios, como si, para resolver un posible caso recalcitrante de aplicación de nuestro ejemplo de la prescripción adquisitiva, el juez tuviera que acudir necesariamente al principio de la dignidad de la persona, esto es, tuviera que llevar a cabo una ponderación al nivel de los derechos. Por otra parte, el error del *formalista no presuntivo* radica en el rechazo al recurso a la dimensión justificatoria de la ley, como si razonar sobre la base de esa clase de justificación violara inexorablemente el vínculo entre el juez y el legislador y las exigencias del imperio de la ley. Sentado esto, entiendo que esa estratificación de justificaciones podría ilustrarse de acuerdo con el siguiente esbozo esquemático:

Modelo de juez	Estratificación de justificación de la regla
<i>Juez formalista/literalista</i>	Generalización atrincherada (opaca a su nivel justificatorio)
<i>Juez deferente</i>	Justificación subyacente a la ley
<i>Juez principalista</i>	Principios constitucionales (dimensión de los derechos)

Es conveniente subrayar que nada impide que se agreguen a ese cuadro otros niveles de justificación. Sin embargo, y por lo que respecta en exclusiva al nivel del *juez deferente*, cabe señalar que el estrato de ajuste de la ley debe realizarse con arreglo a la ley misma¹⁰³⁷, es decir, sobre la base del propósito o del plan definido por el legislador para formular la generalización. Ello deriva de la aceptación del “positivismo presuntivo” y, en último término, de la aceptación del “argumento del positivismo prescriptivo”, tal y como fue presentado en el capítulo anterior. La ley tiene prioridad en la aplicación del Derecho por el juez ordinario, incluso cuando se pone en evidencia la necesidad de corregir o ajustar su aplicación. En mi opinión, todo ello depende de una construcción plausible de la vieja idea de “intención del legislador”. Negar que la legislación pueda presentarse racionalmente como algo que contiene un propósito, una intención o un plan es lo que parece generar, por un lado, la confianza en el *juez formalista* y, por otro, la esperanza en el *juez principialista*¹⁰³⁸. De ahí que mi objetivo en el apartado siguiente consiste en intentar proyectar algo de luz sobre la plausibilidad de este propósito o intención, poniendo de manifiesto que de hecho es posible ajustar la regla a la luz de su justificación subyacente sin renunciar, en modo alguno, a la vinculación del juez a la ley.

1.2.2. El juez, la ley y la intención del legislador

La tensión entre la ley y su justificación subyacente, tal y como es puesta de relieve por SCHAUER, no difiere sustancialmente del modo en el que la expone SAVIGNY en su clásico *Sistema del Derecho Romano Actual*¹⁰³⁹. El autor pone de manifiesto dos de las principales circunstancias en las que la ley puede considerarse defectuosa: (1) la

¹⁰³⁷ Eso es algo que ha llegado a reconocer el propio LAPORTA, en un planteamiento más general: “Pero el resultado que nos interesa ahora es que la ley está en permanente interinidad y en una posición subalterna, porque es interpretada y contemplada no por sí misma, sino como una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución” (la cursiva es mía). FRANCISCO LAPORTA, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa*, n. 22, 1999 (pp. 320-330), p. 322.

¹⁰³⁸ A ese respecto, véase DIEGO DEI VECCHI, “Reglas derrotables en *El Imperio de la Ley*”, *Analisi e Diritto*, 2011 (pp. 169-177). Si bien la tesis del autor se relaciona de manera estrecha con el problema teórico de la derrotabilidad de las reglas, es interesante observar su conclusión acerca de la teoría de la interpretación de LAPORTA. En su opinión, el formalismo de LAPORTA admitiría la identificación de excepciones implícitas a las reglas. Sin embargo, en la medida en que también rechaza el intencionalismo, dichas excepciones solamente podrían establecerse argumentativamente y con arreglo a los principios y valores del sistema. Si esa conclusión resulta plausible, entonces el reproche a la intención del legislador (esto es, al entendimiento de que aplicar la ley consiste en aplicar una decisión autoritativa que contiene un propósito) parece dar lugar al principialismo; o, dicho de otro modo, aparentemente solo el recurso argumentativo a la dimensión de los principios serviría para ajustar la aplicación de la ley.

¹⁰³⁹ F.C DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual* (Tomo I), vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley, Madrid, F. Góngora y Compañía editores, 1878.

expresión indeterminada y (2) la expresión impropia. En el primer caso, el *pensamiento de la ley* (es decir, su *ratio*) se halla oscurecido por el texto, o bien a causa del carácter incompleto de la expresión, o bien en razón del uso de una expresión ambigua. SAVIGNY es consciente de que esta clase de defecto no plantea problemas peliagudos y puede ser corregida más fácilmente¹⁰⁴⁰. En cambio, la segunda circunstancia alude a una contradicción entre el significado de la expresión y el “verdadero pensamiento de la ley”¹⁰⁴¹. De ahí la idea de que se trata de una expresión *impropia* para comunicar lo que de hecho pretendía el legislador.

Se podría decir que la impropiedad de la expresión corresponde a las hipótesis de sub y sobreinclusividad, en la medida en que los términos lingüísticos son claros y determinados, pero producen un resultado contrario a la razón subyacente de la ley. Sin embargo, resulta importante notar que SAVIGNY no se refiere meramente a la dimensión de justificación de la ley (que, en efecto, podría verse dividida en estratos), sino a su *pensamiento*. Y en cuanto a ello es bastante claro: “en efecto, juzgamos que es impropia la expresión comparándola con el pensamiento real de la ley; luego para conocer esta impropiedad es preciso que nos sea conocido el pensamiento, en cuyo caso hemos encontrado ya el remedio”¹⁰⁴². Siguiendo al autor, la *palabra* es el instrumento, pero el objeto de la interpretación es el *pensamiento* que está por detrás de la palabra, de tal modo que la corrección de la expresión impropia debe llevarse a cabo en el nivel de la ley misma¹⁰⁴³.

Como es sabido, SAVIGNY entiende que la interpretación jurídica se compone de cuatro elementos constitutivos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático¹⁰⁴⁴. No me parece interesante entrar a discutirlos aquí. En cambio, es sumamente relevante comprender que, en los términos del propio SAVIGNY, el ajuste de la impropiedad de la expresión depende de la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley, como si el

¹⁰⁴⁰ “Estas dos especies de defectos no exigen el remedio de una manera igualmente imperiosa: la primera debe ser en todo caso corregida y no ofrece peligro alguno; la segunda es más delicada de tratar y pide mayores precauciones”. M.F.C DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, cit., pp. 155-156.

¹⁰⁴¹ F.C DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, cit., p. 155.

¹⁰⁴² F.C DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, cit., p. 161.

¹⁰⁴³ Con arreglo a un análisis detenido del pensamiento de MONTESQUIEU y de SAVIGNY, ATRIA alcanza la siguiente conclusión: “es la ley misma, los propios fines o el sentido de la ley los que resultan en algunos casos traicionados por la formalidad de la ley. Por eso es que la <moderación> de la ley viene exigida por la misma lealtad a la ley”. FERNANDO ATRIA, *La forma del derecho*, cit., p. 114.

¹⁰⁴⁴ F.C DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, cit., p. 155. En lo que atañe a la corrección de la expresión impropia, el autor hace referencia (cit., p. 160), entre otros métodos, a la interpretación extensiva (si se quiere, extensión teleológica) y a la interpretación restrictiva (si se quiere, reducción teleológica).

intérprete tuviera que imaginarse en el punto de vista del legislador, en orden a “reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia”¹⁰⁴⁵. De todo ello pueden desprenderse dos conclusiones, a mi juicio, muy importantes: (1) la ley es entendida como el producto de un acto de voluntad, inteligible, racional y que en sí mismo contiene un propósito; (2) armonizar el pensamiento de la ley con su expresión lingüística no implica en modo alguno “corregir el pensamiento mismo”¹⁰⁴⁶, lo que es tanto como decir – para hacer uso de los términos de la discusión que se ha desarrollado en las secciones antecedentes – que *ser leal al pensamiento de la regla no es lo mismo que ser leal a la ponderación (de principios) que la justifica*. De no ser así, se corregiría no la expresión lingüística de la ley, sino más bien su propio pensamiento¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁵ F.C DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, cit., p. 149.

¹⁰⁴⁶ F.C DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, cit., p. 166. De conformidad con el autor, ello quizás pudiera ser muy útil para el progreso del Derecho, pero ya no se trataría de una actividad de interpretación.

¹⁰⁴⁷ Eso es lo que he intentado argumentar al poner en tela de juicio la idea de que las teorías de la argumentación jurídica, en aras de reducir la discrecionalidad judicial, deberían llevar a cabo la tarea de completar el marco de KELSEN, ante la premisa de que, desde un punto de vista puramente analítico, todo lo que podría decirse en materia de interpretación se restringiría a la definición del conjunto de significados lingüísticos posibles de la disposición normativa. Quizás en aquel momento el sentido de mi observación pudo no haber quedado suficientemente claro, pero me parece ahora que el argumento puede comprenderse mejor. Por lo menos en lo que atañe a las concepciones argumentativas del Derecho (*principlistas*) puestas a examen en el capítulo segundo, su cometido no consiste en completar el marco, sino en promover su *correcta* constitución. Eso es tanto como decir que se intenta corregir, a través de la ponderación (ALEXY) o de “*Law as integrity*” (DWORKIN) y con arreglo a la moralidad de los principios, el *pensamiento* del legislador. Con ello, se desvanece, en los términos de SAVIGNY, el objeto mismo de la interpretación jurídica. Ahora bien, ello también podría plantearse a la luz de la discusión en torno a la derrotabilidad de las normas jurídicas. Esto es: si la dimensión de justificación de la regla radica en los principios, se daría una interacción entre reglas y principios (que, dependiendo del caso, podrían tener más “peso” que la regla), con lo cual se volverían derrotables todas las reglas jurídicas. Para una breve presentación de esta clase de argumento (sin que, en cambio, el autor la suscriba), véase JUAN CARLOS BAYÓN, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (pp. 157-208), pp. 167-169. En mi opinión, la interacción entre reglas y principios en el sentido de que serían los principios los responsables de introducir las excepciones implícitas en las reglas efectivamente conduciría a la “derrotabilidad” de todas las reglas, lo que me parece completamente inaceptable. Y creo que podría explicarlo ya no con arreglo a una perspectiva teórica (sobre la interacción entre principios y reglas como especies de normas), sino más bien sobre la base de una perspectiva institucional de la interpretación. Considerar que las excepciones implícitas a las reglas se dan a causa del “peso de los principios” significa concebir la regla como algo que no deriva de una decisión autoritativa del legislador. Las excepciones se introducirían a partir de los argumentos morales que se sitúan al nivel de los principios. Pero la regla – para el juez – no resulta de los principios. La regla no es – insisto – una entidad lingüística para el juez; la regla, en cambio, es el producto de una decisión autoritativa del legislador. Por lo tanto, si la regla contiene “excepciones implícitas” es porque el legislador no ha considerado todas las posibilidades de aplicación de la generalización atrincherada, es porque la generalización no refleja lo que realmente haya querido el legislador, produciéndose, a decir verdad, una ruptura en la continuidad de la producción de la voluntad estatal. Si esto es así, el juez que decide llevar a cabo una argumentación con el fin de poner de manifiesto la existencia de una excepción implícita debe tomar muy en serio la obligación de demostrar por qué la introducción de la excepción es una exigencia de la ley misma; o, para decirlo con SAVIGNY, de su *pensamiento*. Acerca de las excepciones (y de su dependencia con relación al nivel de la propia regla; es decir, la excepción *forma*

El argumento de SAVIGNY se halla en conformidad con la idea, defendida con insistencia en este capítulo, de que el objeto de la interpretación no es simplemente el texto, sino más bien la decisión autoritativa del legislador. Según he intentado mostrar, ello es lo que hace inteligible la función judicial, que no puede entenderse simplemente a la luz de la relación del intérprete con un texto normativo. La idea de que se interpreta y se aplica una *decisión* previa y dotada de autoridad no solo arroja luz sobre la naturaleza institucional de la vinculación del juez a la ley, sino que también da lugar a que se entienda dónde debe situarse la dimensión de corrección de la expresión impropia. Y eso es así porque si el juez comprende la ley en tanto que acto de voluntad, esto es, en tanto que *decisión*, podrá interpretarla como algo que de hecho involucra un propósito, una intención que revela el sentido con el que la comunidad ha decidido que debería resolverse una clase determinada de casos¹⁰⁴⁸.

Por ello estoy de acuerdo con JEFFREY GOLDSWORTHY en el punto en el que conecta la relevancia de la intención legislativa con el positivismo jurídico (entendido en un sentido prescriptivo¹⁰⁴⁹). Me parece que la comprensión del Derecho como un fenómeno artificial, contingente y modificable a través de decisiones de naturaleza política demanda que se otorgue relevancia a las intenciones y propósitos de la institución a la que corresponde modificar el Derecho. A decir verdad, creo que, con independencia de la importancia (en una perspectiva normativa) del recurso a la intención del legislador, su recelo frente a la misma tampoco representa una descripción adecuada de la relación de los jueces con los legisladores. En el contexto del diálogo entre el juez ordinario y los abogados de las partes y frente a una discrepancia en torno a la adecuada aplicación de la ley al caso, lo que se intenta definir es el sentido de la decisión autoritativa *previa* que debería constreñir tanto a las partes como, en especial, al fallo. Y la definición de dicho sentido – en el seno de una comprensión autoritativa, procedimental y jerárquica del Derecho – parece guardar estrecha relación, ante todo, con la búsqueda de la definición de la manera en la que la autoridad legislativa, la que construye la norma general, ha decidido zanjar esa específica clase de controversia.

parte de la regla), véase FREDERICK SCHAUER, “Exceptions”, *The University of Chicago Law Review*, v. 58, n. 03, 1991 (pp. 871-899), p. 874 y pp. 897-899.

¹⁰⁴⁸ Véase LARRY ALEXANDER y EMILY SHERWIN, *The Rule of Rules: morality, rules & dilemmas of law*, cit., p. 119.

¹⁰⁴⁹ Véase JEFFREY GOLDSWORTHY, “Legislative Intentions, Legislative Supremacy, and Legal Positivism”, en JEFFREY GOLDSWORTHY y TOM CAMPBELL (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, 2002 (pp. 45-65).

Ahora bien, todo lo anterior descansa no sólo sobre la existencia del *pensamiento* de la ley, sino también sobre la posibilidad de identificarlo. RICHARD EKINS, en *The Nature of Legislative Intent*, articula un planteamiento muy sugerente acerca del modo en el que debe comprenderse la actividad del legislador¹⁰⁵⁰. La tesis del libro podría condensarse así: el parlamento es una institución que actúa sobre la base de intenciones y propósitos racionales, puesto que su cometido consiste en modificar el Derecho con el fin de promover el bien común; así, la intención del legislador constituye una idea inteligible y, por ende, cardinal para la interpretación judicial de las normas dictadas por el parlamento¹⁰⁵¹. EKINS va más allá y, en consonancia con lo que defiende el propio SAVIGNY, aduce que la intención legislativa no es meramente un recurso o una evidencia más en aras de establecer el significado de la ley (por eso, la investigación empírica de la historia legislativa no se confunde con la determinación de la intención del legislador¹⁰⁵²). Para el autor, la intención legislativa es en realidad el objeto elemental de la actividad interpretativa¹⁰⁵³.

El recelo de EKINS en lo referente a la utilización de los “*travaux préparatoires*” es justificado y radica en la posibilidad de que se identifiquen declaraciones aisladas de legisladores determinados, con lo cual se pasaría por alto lo fundamental: la reflexión concienzuda del intérprete en torno a la propuesta abierta al conjunto de legisladores. En ese sentido, la intención debe inferirse a partir de la acción colectiva, dándose por sentada la noción de que la aprobación de una ley supone el examen racional de un conjunto de propuestas articuladas en un proyecto concreto, en una especie de plan que estructura y coordina el debate parlamentario y, a la postre, la decisión dirigida hacia la comunidad¹⁰⁵⁴. De ello se sigue que la ley deriva de una elección racional e intencional,

¹⁰⁵⁰ RICHARD EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

¹⁰⁵¹ RICHARD EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, cit., p. 09, p. 14 y p. 260. Para una postura escéptica respecto al uso de la intención legislativa en la interpretación jurídica (en realidad, MARMOR parece entender que el *intencionalismo* podría tener lugar, de modo plausible, tan solo en las cuestiones que aluden al conocimiento especializado), véase ANDREI MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, 2ed., Oxford y Portland, Hart Publishing, 2005, pp. 119-140 y, en particular, véase JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, cit., pp. 142-145. Por otra parte, para una defensa acerca de la importancia de la intención del legislador en la interpretación, véase STANLEY FISH, “Intention is all there is: a critical analysis of Aharon Barak’s purposive interpretation in law”, *Cardozo Law Review*, v. 29, n. 03, 2008 (pp. 1109-1143).

¹⁰⁵² RICHARD EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, cit., p. 271.

¹⁰⁵³ RICHARD EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, cit., p. 13.

¹⁰⁵⁴ RICHARD EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, cit., p. 246. Véase, en particular, la puesta a examen de los argumentos escépticos en torno a la intención del legislador, en especial el que alude a la suma de las intenciones individuales, una noción claramente implausible (cit., pp. 47-52). Véase también, en lo que atañe al hecho de que un proyecto de ley corresponde a un plan para modificar el Derecho, RICHARD EKINS y JEFFREY GOLDSWORTHY, “The Reality and Indispensability of Legislative Intentions”, *Sidney Law Review*, v. 36, 2014 (pp. 39-68), pp. 64-66.

cuyo cometido consiste en cambiar – de modo público y transparente – el Derecho en un sentido determinado. Según EKINS, el plan finalmente elegido es autoritativo¹⁰⁵⁵ y, por tanto, constriñe la interpretación judicial¹⁰⁵⁶.

Lo anterior marca con claridad una diferencia más entre este modo de comprensión de la actividad interpretativa y el que se ha planteado en *El Imperio de la Ley* de LAPORTA. Según se ha visto, lo decisivo en el modelo *literalista* es el significado semántico – y acontextual – del texto normativo; aquí, en cambio, el contexto en el que se ha dictado la ley resulta relevante¹⁰⁵⁷. De acuerdo con EKINS, el juez debe interpretar el *texto en su contexto*¹⁰⁵⁸, porque la circunstancia concreta en la que se ha elaborado y aprobado la ley pone de relieve la naturaleza de la preocupación del legislador, es decir, qué tipo de problema se estaba intentando resolver a través de la adopción de una determinada regla¹⁰⁵⁹. Si esto es así, en la reconstrucción de la intención del legislador tienen lugar dos aspectos centrales, que el intérprete debe tomar en consideración: el significado semántico del texto y asimismo el contexto en el que los términos relevantes de la ley han sido elegidos¹⁰⁶⁰.

Con ello, se puede afirmar que el recurso a la intención del legislador es necesario con vistas a inferir en qué sentido se ha decidido cambiar el Derecho¹⁰⁶¹. Nótese que se trata de un razonamiento argumentativo, en buena medida construido, que, sin embargo, presupone el hecho de que el legislador ha querido algo, tenía en efecto un propósito.

¹⁰⁵⁵ RICHARD EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, cit., p. 251.

¹⁰⁵⁶ Pese a su escepticismo con respecto a la intención del legislador, SCOTT SHAPIRO también sostiene que la regla jurídica debe entenderse como un *plan*, en el marco de un sistema de economía de la confianza. En un escenario de diversidad y de desacuerdo político-moral, los planes permiten calcular y predecir la acción, coordinar la conducta, reducir los costes de deliberación y de negociación, además de zanjar, aunque temporalmente y de modo contingente, los problemas éticos de la comunidad. Vid. SCOTT SHAPIRO, *Legality*, cit., pp. 148-153. SHAPIRO añade algo importante para la comprensión de la interpretación del plan: si la identificación del plan del legislador demandara necesariamente el desarrollo de una argumentación moral (al estilo, por ejemplo, del juez Hércules de DWORKIN), la propia idea de tener un plan carecería de sentido (cit., p. 277).

¹⁰⁵⁷ Para un análisis comparativo entre una teoría *textualista* de la interpretación y una teoría *intencionalista* (si entendí bien la idea del artículo, se concluye que las virtudes de la legislación moderna acogen distintas formas de aproximarse de la ley a fin de interpretarla), véase ARIE ROSEN, “Statutory Interpretation and the Many Virtues of Legislation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, n. 01, 2017 (pp. 134-162).

¹⁰⁵⁸ RICHARD EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, cit., p. 268.

¹⁰⁵⁹ RICHARD EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, cit., p. 256.

¹⁰⁶⁰ Véase RICHARD EKINS, “Interpretive Choice in Statutory Interpretation”, *The American Journal of Jurisprudence*, v. 59, n. 01, 2014 (pp. 01-24), p. 20. Me parece oportuno reproducir la aclaración suministrada por EKINS con respecto a esta idea: “Rather, the reasonable interpretation of a statute centers on inference about the intention of the enacting legislature, a process of inference to which the semantic content of the statutory text and the legislature’s apparent reasons for acting are highly relevant. Interpreters infer the legislature’s intentions in the particular context of enactment, which varies somewhat by system and from legislative act to legislative act” (cit., p. 23).

¹⁰⁶¹ Véase RICHARD EKINS, “Interpretive Choice in Statutory Interpretation”, cit., p. 21.

Siguiendo a RALF POSCHER, el intérprete no puede prescindir de la intención – a pesar de ser algo construido, más bien que algo susceptible de ser meramente descubierto en un sentido ingenuo – porque la atribución de significado a la formulación normativa depende de la presuposición de un acto intencional preexistente, anterior a la interpretación¹⁰⁶². A su juicio, el propósito de la ley juega siempre un papel, incluso en los llamados “*easy cases*”; es decir, el rol de la intención no se restringe a los casos de impropiedad de la expresión. La diferencia es que el caso fácil entraña una inferencia silenciosa (“*without thinking*”¹⁰⁶³), de tal modo que la identificación de la intención queda en realidad implícita. Y eso es así a causa de la aproximación entre el significado pragmático y el significado semántico del texto. Cuando se identifica una diferencia entre ambos significados, el caso se vuelve difícil y la argumentación en torno a la intención del legislador se hace indispensable. Lo cierto es que interpretar la ley siempre requiere una inferencia respecto de la intención legislativa. De no ser así, la propia distinción entre casos fáciles y difíciles sería impracticable¹⁰⁶⁴.

Si esto es así, es decir, si los casos fáciles también descansan sobre una inferencia en torno a la intención del legislador, entonces el análisis de estos casos resulta decisivo para la resolución de los supuestos de impropiedad de la expresión, en los que el texto, a pesar de claro y determinado, produce un resultado contrario al propósito subyacente a la ley. Con ello, si un coche de paseo compone el núcleo claro de sentido de la norma que prohíbe la entrada de vehículos en el parque, entonces puede desprenderse el significado semántico de la palabra “vehículo” (esto es, su sentido convencionalmente aceptado y habitual) del examen de dicho supuesto. Pero la aplicación no controvertida (fácil) de la norma solamente lo es porque la intención del legislador no difiere del significado semántico de la expresión. De ahí se sigue que la intención es decisiva¹⁰⁶⁵. Y también lo será a fin de resolver el recalcitrante ejemplo de la ambulancia que intenta asistir a un enfermo en el mismo parque. El intérprete, por ende, se preguntará por qué se ha considerado, “*without thinking*”, prohibida la entrada del coche, con lo cual se verá obligado a reconstruir la intención del legislador. La exclusión del supuesto de la

¹⁰⁶² RALF POSCHER, “Interpretation and Rule Following in Law. The Complexity of Easy Cases”, en M. ARASZKIEWICZ, P. BANAS, T. GIZBERT-STUDNICKI, K. PLESZKA (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Cham, Springer (Law and Philosophy Library, v. 111), 2015 (pp. 281-294), p. 287.

¹⁰⁶³ RALF POSCHER, “Interpretation and Rule Following in Law. The Complexity of Easy Cases”, cit., p. 288.

¹⁰⁶⁴ RALF POSCHER, “Interpretation and Rule Following in Law. The Complexity of Easy Cases”, p. 288.

¹⁰⁶⁵ Véase RALF POSCHER, “Interpretation and Rule Following in Law. The Complexity of Easy Cases”, cit., pp. 285-287.

ambulancia del campo de aplicación de la norma deriva, por tanto, de la definición de la intención del legislador en la elección de la palabra “vehículo” como elemento relevante para alcanzar un propósito¹⁰⁶⁶. Y esa definición depende de un análisis detenido de la inferencia silenciosa que ha llegado a considerar no problemático el “*easy case*”.

Frente a lo anterior, me parece innegable que acudir a la intención del legislador – por mucho que se afirme, con arreglo a EKINS, la posibilidad de determinarla – constituye una actividad a menudo controvertida. Pese a ello, también me parece innegable que se trata de una actividad indispensable, que permite comprender el fenómeno de producción y aplicación de la ley en tanto que una práctica asentada sobre decisiones, propósitos e intenciones; es decir, como una práctica inteligible. Con el fin de ilustrarlo y ya para poner término a esta sección, trataré de acudir a un ejemplo que, a mi juicio, enseña la importancia de tomar en serio la intención del legislador.

El Código Penal brasileño, hasta el año 2009, contenía la siguiente disposición en materia de delitos sexuales relacionados con la edad de consentimiento: “*se presume la violencia si la víctima no es mayor de 14 años*”¹⁰⁶⁷. En este sentido, la ley *presumía* la violación en el caso de que la víctima tuviera menos de 14 años. En rigor, se trataba de una presunción legal, que aparentemente fijaba un deber ser general de abstención de la práctica sexual con menores de 14 años. Sin embargo, los tribunales pasaron a matizar la aplicación de dicha presunción, argumentando, a grandes rasgos, que el legislador habría establecido una presunción *juris tantum*, pasible de la producción de prueba en sentido contrario, capaz de socavar la presunción de violencia. Y se justificaba esa interpretación con arreglo a una presunta modificación en la costumbre, en el juicio acerca de la

¹⁰⁶⁶ Me parece que esto podría articularse con arreglo a una estrategia de justificación distinta, que alude a la idea de coherencia en el seno de una práctica compartida. En palabras de BAYÓN: “el juicio acerca del caso nuevo encierra una suerte de razonamiento analógico que intenta articular algo que ya está presente en nuestro entendimiento compartido (pero parcialmente inarticulado). Ese razonamiento va buscando qué es lo más prominente en los casos sobre los que hay acuerdo, formula hipótesis acerca de cuáles serían los criterios que esos rasgos prominentes ponen de manifiesto y vuelve después su atención a otros casos afines – reales o hipotéticos – aparentemente claros, a fin de poder a prueba aquellas hipótesis acerca del contorno de nuestros criterios. En suma, este ir y venir no es sino una deliberación en busca de coherencia entre lo que *nosotros* estamos dispuestos a considerar casos incuestionablemente claros y las mejores hipótesis que podemos elaborar para articular y explicitar el trasfondo de criterios compartidos a la luz de los cuales precisamente los consideramos claros”. JUAN CARLOS BAYÓN, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (pp. 263-313), pp. 307-308.

¹⁰⁶⁷ Se trataba del art. 224 (derogado) del Código Penal, que rezaba así (en el original): “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; (...)”

moralidad de la conducta, de tal modo que, en determinados supuestos y aunque la víctima tuviera menos de 14 años, no se consideraba tipificado el delito de violación¹⁰⁶⁸.

Por lo general, las decisiones se basaban en la valoración de un conjunto de circunstancias: (1) la experiencia sexual de la víctima; (2) su posible consentimiento; y (3) la existencia de una relación, a menudo consentida por los padres de la víctima. En mi opinión, esa interpretación siempre ha sido absolutamente implausible. Es decir: si la ley había establecido una edad de consentimiento, estatuyendo una presunción de violencia en relación a los actos sexuales practicados con niños y adolescentes menores de 14 años, no tendría cabida valorar justamente la ocurrencia del consentimiento. Simplemente, en este tema, no se habla de consentimiento. De todos modos, lo cierto es que el problema se ha agudizado. Y ello porque el legislador, en 2009, reaccionó a esas interpretaciones de la siguiente manera: se ha eliminado la expresión “presunción”, que, en un principio, daba lugar a incertidumbres interpretativas; y se ha creado el tipo “violación de persona vulnerable”, que se encuentra en vigor con esta redacción: “Tener conjunción carnal o practicar otro acto libidinoso con menor de 14 años: pena de reclusión de 08 a 15 años”¹⁰⁶⁹.

A pesar de la claridad de la nueva redacción y a pesar de haber un entendimiento consolidado en los tribunales superiores¹⁰⁷⁰ respecto de la irrelevancia del consentimiento y de cualquier circunstancia concreta que pudiera menoscabar la configuración de la violación, algunos jueces, si bien en menor número, siguen rechazando la aplicación estricta de la ley¹⁰⁷¹. Lo interesante es que ahora no se sirven del argumento de la

¹⁰⁶⁸ Hay una sentencia conocida (y a mi modo de ver infausta) dictada por el Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Brasil que, al relativizar la aplicación de la regla, sobre la base de que la presunción de violencia no sería absoluta, consideró que la anterior experiencia sexual de niñas que contaban con 12 años permitía socavar la caracterización de la violación. Según se desprende de la sentencia, las víctimas serían “prostitutas” y, por lo tanto, no podrían considerarse “violadas”; en resumen, no habría bien jurídico tutelable. Se trata del “EResp 1021634/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 23.11.2011”.

¹⁰⁶⁹ Se trata ahora del art. 217-A del Código Penal (actualmente en vigor):

“Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

¹⁰⁷⁰ Basta con mencionar la “*súmula*” (una especie de enunciado normativo dirigido hacia la jurisdicción ordinaria con el fin de hacer estable la jurisprudencia) n. 593 del Superior Tribunal de Justicia (STJ), que dispone así: “O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, *sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente*” (la cursiva es mía). Como es perceptible, se trata simplemente de afirmar la única interpretación plausible del vigente texto del Código Penal.

¹⁰⁷¹ Me refiero, por ejemplo, a la “Apelação Cível n. 70075998914, Sexta Câmara Criminal/Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Bernadete Coutinho Friedrich, 30.05.2018”; a la “Apelação Cível n. 70075428326, Sexta Câmara Criminal/Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, 26.04.2018”; y a la “Apelação Cível n. 70074287889, Sexta Câmara

presunción relativa, ya que el legislador ha eliminado del texto dicha expresión. En lugar de “interpretar” la ley, la ponderan, aduciendo que el peso de determinados principios constitucionales impide ignorar las circunstancias de hecho que, en concreto, eludirían la caracterización de la violación.

Pues bien, a mi juicio este ejemplo representa una ilustración bastante clara de la importancia de considerar la actividad del legislador como una empresa racional, cuya intención o propósito pueden (y, en ocasiones, deben) identificarse y construirse argumentativamente. De no ser así, ¿de qué modo resultaría interesante explicar la reacción del legislador ante el incumplimiento reiterado de su decisión por los jueces? Si bien en este caso el propósito legislativo me parece de entrada evidente, conviene subrayar que la “exposición de motivos” de la Ley n. 12.015/2009 – que cambió el Código Penal para, entre otras cosas, eliminar de su texto la palabra “presunción” – hizo constar que dicha modificación se daba a causa de la controversia establecida en los tribunales, que se negaban a considerar absoluta la presunción de violencia. Además de ello, el texto que ha justificado la nueva legislación revela el *plan* del legislador y reúne las aportaciones resultantes del debate con expertos en delitos sexuales que involucran a niños y adolescentes¹⁰⁷². En conclusión, la conjunción entre el significado semántico de la regla y el contexto de su elaboración y aprobación pone de manifiesto de modo singularmente claro el *pensamiento* de la ley. En cambio, la inaplicación de la decisión legislativa sobre la base de justificaciones situadas en la dimensión de los principios hace evidente que lo que se intenta corregir no es un “defecto” de la ley, sino más bien su propio *pensamiento*.

2. EL JUEZ NO DEFERENTE

Con el propósito de arrojar un poco más de luz sobre la imagen del *juez deferente*, me parece oportuno agregar a este capítulo un conjunto conciso de consideraciones respecto de lo que podría entenderse como el modelo contrario, es decir, el modelo del *juez no deferente*. No es mi pretensión, en cambio, hacer una descomposición de los elementos que podrían caracterizar a este tipo de juez. Esa no ha sido mi pretensión ni

Cível/Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, 29.03.2018”.

¹⁰⁷² El texto puede encontrarse en el siguiente enlace: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Último acceso en 10.07.2018.

siquiera cuando traté de analizar el modo en el que resultaría plausible entender la noción de deferencia al legislador. Lo que intenté articular en las páginas anteriores ha sido más bien un *argumento*; no tanto una presentación analíticamente rigurosa de los rasgos distintivos del juez que toma en serio su vinculación a la ley. Lo que se verá a continuación es simplemente una prolongación de este mismo *argumento*.

Sin embargo, dicha prolongación tiene el objetivo de ilustrar el planteamiento general de este capítulo de otra forma, esto es, por medio de ejemplos que permitan poner de manifiesto la relevancia de algunas de las cuestiones que, según he propuesto, se relacionan con la imagen del *juez deferente*. Pero el examen de estos ejemplos tiene además un propósito de fondo, a saber, el de reforzar algo que se ha afirmado de modo destacado en la introducción al presente capítulo: la aceptación de las premisas del “constitucionalismo político” es decisiva para que, en un contexto en el que se sitúan *jueces, legisladores y derechos*, pueda hacerse realmente operativa una aplicación del Derecho *deferente al legislador*. Y lo que voy a tratar de mostrar en este apartado es que la toma de decisiones sobre la base de un entendimiento de la práctica anclado en el “constitucionalismo de los derechos” conlleva precisamente el resultado opuesto: la plasmación de una aplicación del Derecho *no deferente* al legislador.

Los ejemplos de los que me serviré para poner de relieve lo anterior se conectan con tres ejes temáticos que, a mi juicio, resultan significativamente relevantes para aclarar aún más la discusión que se ha llevado a cabo a lo largo de la tesis. El primero de ellos tiene que ver con el tema de la *ponderación*. Me ocuparé concretamente de un ejemplo específico (el famoso “caso Gürtel”) y lo haré con arreglo a un debate muy sugerente que han mantenido MANUEL ATIENZA y GARCÍA AMADO. El segundo eje se encuadra en el seno de la técnica de la *interpretación conforme* a la Constitución. Aquí, trataré de examinar brevemente la argumentación desarrollada por una de las salas de la Suprema Corte de Brasil y que se vincula al problema de la legalización del aborto. Por fin, el último tema alude a la *estructura jerárquica del Derecho y a los efectos dinámicos de la interpretación jurídica*. El ejemplo del que me ocuparé involucra una norma de exención tributaria y su interpretación y aplicación por la jurisdicción ordinaria brasileña. Vayamos, en primer lugar, al tema de la ponderación.

2.1. El juez y el uso de la ponderación

En el capítulo segundo, he llevado a cabo una descripción de la máxima de la proporcionalidad y, por consiguiente, de los rasgos y propósitos del método de la ponderación. Además de ello, también he puesto en tela de juicio la capacidad orientadora de dicha técnica y por encima de todo su compatibilidad – en el marco del concepto de Derecho y de la teoría de los derechos fundamentales de ROBERT ALEXY – con una idea sólida de vinculación del juez a la ley. Por lo tanto, no hace falta reproducir aquí ni lo que se ha descrito con detenimiento ni tampoco la crítica general que se ha formulado con respecto al *principialismo* de ALEXY. Mi objetivo consiste en evaluar exclusivamente algunos fragmentos del debate sobre la ponderación protagonizado por MANUEL ATIENZA y por GARCÍA AMADO¹⁰⁷³.

La polémica entre ambos empieza con el texto *A vueltas con la ponderación*¹⁰⁷⁴, de ATIENZA. En ese escrito, el autor esgrime argumentos en orden a demostrar en qué clase de supuestos y en qué términos podría tener lugar la ponderación en la aplicación del Derecho. Y se sirve de algunos ejemplos para lograr su objetivo. El más interesante de ellos es el famoso “caso Gürtel”, cuyas implicaciones políticas en España son bastante conocidas. Pero la discusión propuesta por ATIENZA tiene que ver con elementos estrictamente jurídicos y remite a un auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (dictado el 25 de marzo de 2010) que anuló las escuchas de las comunicaciones carcelarias entre tres de los imputados y sus abogados. En resumidas cuentas, el tribunal sostuvo que la autorización de las escuchas vulneraba el art. 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que contaba (y cuenta) con la siguiente redacción:

“Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas *salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*” (la cursiva es mía).

¹⁰⁷³ Me refiero al libro en el que ambos autores registran de manera muy sugerente e ilustrativa sus discrepancias en torno al tema: MANUEL ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Bogotá, Palestra, 2012. Aquí, voy a hacer referencia, de manera individualizada, a los artículos que componen la obra.

¹⁰⁷⁴ MANUEL ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, en MANUEL ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Bogotá, Palestra, 2012, (pp. 09-38).

En la interpretación del tribunal (por mayoría), si no se daban conjuntamente las dos condiciones – autorización judicial y un supuesto de terrorismo – se debería considerar ilícita la intervención de las comunicaciones. Así, como en el caso no se trataba de un delito de terrorismo (sino de blanqueo de capitales), el tribunal consideró ilegales las escuchas autorizadas por el juez Baltasar Garzón¹⁰⁷⁵. Pues bien, no me interesa entrar a discutir detenidamente el caso y tampoco servirme de la dogmática del derecho penal para entender sus detalles, sino más bien concentrarme en la argumentación desarrollada por ATIENZA, por la que ha considerado incorrecta la decisión del tribunal y, en consecuencia, acertada la conclusión del juez que emitió un voto particular. Según ATIENZA, este caso ilustraría un supuesto en el que la regla no ofrece una respuesta adecuada, con lo cual tendría cabida el recurso a la ponderación.

Si entendí bien la opinión del autor, la interpretación que ha hecho el tribunal produciría un resultado inadecuado, que en realidad no contribuiría “a un máximo desarrollo de los valores que configuran la práctica jurídica española”¹⁰⁷⁶, lo cual pondría de relieve la existencia de una “laguna axiológica” en la aplicación de la regla. Y ello sería así porque, en resumen, el delito era de elevada gravedad y no habría medidas igualmente idóneas (como las escuchas) para investigarlo de manera adecuada. En este sentido, y manifestando su acuerdo con el magistrado discrepante, ATIENZA señala que no podría admitirse una inmunidad absoluta a la intervención de las comunicaciones. Y en este caso en concreto dicha intervención estaría justificada¹⁰⁷⁷, de tal modo que, al fin y al cabo, “el deber o la finalidad de perseguir los delitos prevalece sobre el derecho a la defensa”¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ El caso se describe con suficiente detenimiento en MANUEL ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 12.

¹⁰⁷⁶ MANUEL ATIENZA, “Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado”, en MANUEL ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Bogotá, Palestra, 2012, (133-138), p. 135.

¹⁰⁷⁷ ATIENZA suministra un conjunto sustancial de razones para sostener su argumento y me parece importante traerlas a colación con el fin de subrayar que en efecto la conclusión del autor no carece de fundamentación; al contrario, contiene razones en buena medida sólidas y toma en serio las etapas de la proporcionalidad: “los delitos por los que estaban acusados los internos —blanqueo de dinero— son de considerable gravedad; la medida de intervención parece idónea y necesaria, puesto que se trata de delitos de una gran complejidad, de manera que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad; la proporcionalidad de la medida se advierte en que el juez que autorizó las escuchas estableció también medidas (excluir las transcripciones de las conversaciones que se refirieran en exclusiva a estrategias de defensa) para asegurar que se afectara lo menos posible el derecho a la defensa; la motivación sería suficiente (si a los datos de la orden de intervención se agregan los datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución); dos de los tres abogados defensores habían sido imputados con anterioridad por hechos relacionados con los delitos de los que eran acusados sus defendidos”. MANUEL ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 13.

¹⁰⁷⁸ MANUEL ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 12.

En contraste con ese planteamiento, GARCÍA AMADO entiende que la norma admite tan solo una interpretación, precisamente la que ha prevalecido en el tribunal, esto es, la que establece que la intervención de las comunicaciones entre el abogado y el encarcelado sólo estaría permitida en los casos de terrorismo y mediante autorización judicial¹⁰⁷⁹. Por ello, formula un reproche contundente a la argumentación de ATIENZA, poniendo en tela de juicio, a grandes rasgos, el uso de la noción de “laguna axiológica” para resolver el caso y, por encima de todo, la operatividad misma de la ponderación. A juicio de GARCÍA AMADO, “la laguna axiológica no se constata, se crea: primero se determina que la solución que hay es inaceptable y después se afirma que, puesto que es inaceptable la solución que hay, no hay solución: que existe una laguna (axiológica)”¹⁰⁸⁰. En lo concerniente a la ponderación, añade: “nunca se pondera para perder”¹⁰⁸¹. Es decir, la ponderación no sería una técnica que nos conduciría a alcanzar un resultado cualquiera, sino que derivaría de una decisión anterior en la que ya se ha concluido que la regla, porque es injusta o inadecuada, no debe aplicarse.

En términos generales, estoy de acuerdo con la crítica de GARCÍA AMADO. Sí, me parece que no hay otra interpretación plausible para la norma en discusión. Y sí, efectivamente una “laguna axiológica” es una decisión (no se trata, obviamente, de “identificar” la laguna) previa a la ponderación y que, a decir verdad, acaba por determinar su resultado, lo que es tanto como decir que se “derrota” la regla antes mismo de la ponderación, cuya importancia parece residir simplemente en la forma de estructurar la fundamentación. Ahora bien, a los efectos de la discusión que se viene delineando en este capítulo, me parece que el tema puede examinarse de manera un poco distinta. El problema – en realidad el problema realmente peliagudo de la ponderación – es que el “caso Gürtel” involucra lo que en el capítulo segundo he llamado “colisión impura”, una etiqueta que, desafortunada o no, se refiere a una ponderación de principios que se da ante la presencia de una *regla*; es decir, una colisión en la que se ven implicados los principios que subyacen a la regla y que puede acarrear su inaplicación¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁹ J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, en MANUEL ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Bogotá, Palestra, 2012, (pp. 39-85), p. 59.

¹⁰⁸⁰ J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, cit., p. 76.

¹⁰⁸¹ J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, cit., p. 76.

¹⁰⁸² Como he tratado de matizar en el capítulo segundo, la ponderación “pura”, que no se enfrenta a la existencia de una decisión previa y a la que está vinculada la sentencia (es decir: una regla individual) no me parece demasiado problemática, aunque sí lo sea la apariencia de objetividad contenida en el método (tampoco a ATIENZA le parece útil la “fórmula del peso” alexyana: véase MANUEL ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 21). El propio HART admite que, debido a la textura abierta del Derecho, a veces se requiere un balance entre las circunstancias (el autor utiliza la expresión “*striking a balance*”), teniendo en cuenta el peso de los intereses en juego. Véase H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 135.

Si tiene razón GARCÍA AMADO y, para decirlo con arreglo al ejemplo puesto a examen, si lo que finalmente determinaría la *legalidad* de las escuchas es la decisión acerca de la existencia o no de la laguna, entonces parece que no es realmente la ponderación la que desempeña un papel decisivo en la posición de ATIENZA con respecto al caso. La ponderación consistiría, por tanto, en una forma de estructurar argumentativamente un razonamiento anterior sobre la inadecuación de la regla o quizás una intuición sobre la necesidad de matizarla o corregirla. Y aquí me parece que se desvela el punto clave de toda la discusión y que, a mi modo de ver, ha sido parcialmente ignorado en la crítica de GARCÍA AMADO.

El “caso Gürtel” tiene que ver con la aplicación de una regla. Se ha visto en las secciones anteriores que las reglas son generalizaciones atrincheradas y que contienen justificaciones subyacentes. Asimismo se ha visto que en ocasiones es posible que la regla misma (o, si se quiere, la ley misma) requiera una matización o corrección en su aplicación, porque no siempre se da una correspondencia entre el significado semántico del texto y el propósito a él subyacente. MANUEL ATIENZA es perfectamente consciente de ello y, en su polémica con GARCÍA AMADO, insiste en que, si bien el Derecho tiene una dimensión autoritativa que debe tomarse muy en serio, a menudo la *letra* de la ley debe ceder frente a sus razones subyacentes. De no ser así, aceptaríamos un formalismo indeseable, que es, a juicio de ATIENZA, la misma clase de formalismo que está en la base de la sentencia del “caso Gürtel”.

Merece la pena reproducir sus palabras: “el formalismo peyorativo supone no prestar atención a las *razones subyacentes a las reglas*, o sea, no ver el Derecho como un sistema de reglas y de *principios*; o, dicho de otra manera, *tratar de resolver todos los casos sin recurrir a los principios y, por lo tanto, a la ponderación*”¹⁰⁸³. En mi opinión, este fragmento pone de manifiesto el verdadero eje de la controversia. La dimensión de justificación de las reglas, según ATIENZA, se encuentra en el ámbito de los *principios* y no de la ley misma¹⁰⁸⁴. Así, las “razones subyacentes” de las leyes son más bien los

Por lo tanto, aunque no me ocupo aquí de evaluar las condiciones en las que estaría justificado ponderar, la idea de que en ocasiones es necesario *tener* en cuenta los valores o intereses (o, si se quiere, principios) en juego no tiene por qué ser objetable sin más. El problema de la ponderación, según he tratado de sostener con alguna insistencia, es la concepción del constitucionalismo que está en su trasfondo, que la conduce hacia un nivel de importancia, de centralidad para la aplicación del Derecho, que en realidad no debería tener.

¹⁰⁸³ MANUEL ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 32.

¹⁰⁸⁴ Resulta oportuno observar que, tras la primera respuesta de GARCÍA AMADO, en la que se alude a la “única interpretación posible” de la norma, ATIENZA cambia la forma de hacer frente al problema y empieza a argumentar sobre la base del texto de la ley y, en particular, de las intenciones que podría haber tenido el legislador para dictarla en su momento. Me parece importante subrayar que en *A vueltas con la*

principios y no el propósito justificatorio de la regla, su *pensamiento* o la intención del legislador. De ahí que no se trate tanto de poner el acento en el problema de la “laguna axiológica”, por muy controvertida que sea dicha noción. Los supuestos de impropiedad de la expresión, según he intentado describir en los términos de SAVIGNY, también requieren una decisión acerca de la inadecuación del sentido literal de la regla. Y habrá momentos en los que incluso un *juez deferente* deberá hacerlo. La diferencia – y se trata de una diferencia significativa – es que el nivel de justificación al que acude un juez que toma en serio su vinculación a la ley no es de entrada el nivel de los principios¹⁰⁸⁵.

GARCÍA AMADO, a mi juicio, tiene toda la razón al sostener que, en la forma en la que ATIENZA plantea su posición, la vinculación del juez a la ley es “provisional y relativa”¹⁰⁸⁶. En efecto, si son los principios los que primariamente componen la dimensión justificatoria de las reglas, entonces la ponderación siempre podría tener lugar. Pero la ponderación involucra principios y los principios, de acuerdo con lo que se ha estudiado en el capítulo tercero, son “conceptos esencialmente contestables”, polémicos, cuya aplicación imparcial resulta problemática. Si esto es así, entonces el juez que al acercarse a una ley la concibe primariamente como instrumento para la realización de esos principios – y no como resultado de una decisión autoritativa, de una intención o de un plan – difícilmente podrá distinguir las hipótesis en las que la ley es “defectuosa”, en el sentido de SAVIGNY, de los casos en los que simplemente la ley ofrece una respuesta que difiere de cómo piensa el juez que el Derecho *debería ser*¹⁰⁸⁷. Y es por eso por lo que se trataría de un juez, a fin de cuentas, *no deferente* al legislador.

ponderación, el primer texto de la discusión, las razones o ponderaciones del legislador no jugaban ningún papel en la argumentación. Con ello quiero poner de manifiesto que se trata de dos modos distintos de razonar y sobre todo de *concebir* la forma en la que resultaría plausible identificar una “laguna axiológica” en la ley. Véase la réplica de ATIENZA, ahora sobre la base de un examen del significado lingüístico y de las posibles intenciones del legislador, en MANUEL ATIENZA, “Carta sobre la ponderación”, en MANUEL ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Bogotá, Palestra, 2012, (pp. 87-110), pp. 93-94.

¹⁰⁸⁵ Con ello quiero decir que tampoco en los casos de “impropiedad de la expresión” (o de sub o sobreinclusividad) se trata de “identificar” el defecto contenido en la aplicación literal de la regla. Me parece que la cuestión concerniente a la decisión entre aplicar el sentido literal de la ley o formular una corrección con arreglo a sus razones subyacentes es naturalmente normativa. Así que la diferencia entre “ponderar principios” y argumentar en torno a las razones subyacentes a la ley (al plan o a la intención del legislador) radica en el nivel de la justificación; y, en mi opinión, esa diferencia resulta decisiva.

¹⁰⁸⁶ J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, cit., p. 74.

¹⁰⁸⁷ Me parece que la siguiente crítica de KELSEN se aplica perfectamente a esta forma de reconstruir el *pensamiento* de la regla sobre la base de principios, sobre la base de la idea de que la aplicación del Derecho sirve, en último término, para maximizar los valores de la práctica (que, en el el Estado Constitucional, anidarían en la dimensión de los principios). En palabras de KELSEN: “The so-called gap, then, is nothing but the difference between the positive law and a system held to be better, more just, more nearly right. (...) Interpretation here does not serve to bring about application of the interpreted norm; on the contrary, interpretation here serves to eliminate the interpreted norm and to replace it with a norm that is better, more

2.2. El juez y la interpretación conforme a la Constitución

Como es notorio, la interpretación conforme a la Constitución es una técnica relevante para la toma de decisiones en el seno del Estado Constitucional, en el que la Constitución mantiene superioridad jerárquica frente a la legislación. RICCARDO GUASTINI, preocupado por suministrar un análisis descriptivo del discurso de los juristas, la define así:

“Así, por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones en conflicto, de forma que la primera sea conforme con las normas constitucionales, mientras que la segunda está en contraste con ellas, se hace una interpretación conforme escogiendo la primera interpretación y rechazando la segunda. Esta forma de interpretar se erige sobre la (tácita) presunción de que el legislador es respetuoso con la constitución y no pretende violarla”¹⁰⁸⁸.

GUASTINI pone de relieve la existencia de un conjunto de técnicas decisorias de las que en general se sirven los tribunales para adecuar la aplicación de la legislación al texto de la Constitución: sentencias interpretativas estimatorias o desestimatorias, sentencias aditivas, con la producción de resultados “restrictivos” o “extensivos”, además de tantas otras hipótesis¹⁰⁸⁹. A grandes rasgos, la interpretación conforme posee el objetivo de mantener la coherencia interna del sistema, evitándo antinomias y, por encima de todo, conservándo la validez de los textos normativos que, en caso de ser interpretados de otra forma, resultarían inválidos en razón del contenido de la norma de rango superior. Por lo tanto, el presupuesto de la interpretación conforme es que la norma interpretada posea por lo menos dos significados normativos diferentes (N_1 y N_2), con lo cual se daría preferencia a la aplicación del significado que es *conforme* al texto constitucional.

Ahora bien, aunque esa realmente sea la descripción teórica de la interpretación conforme, me parece que se está cambiando – de manera, en mi opinión, preocupante – el modo de *concebirla* y, en consecuencia, de aplicarla. El problema resulta ya más claro en la experiencia del Reino Unido, donde – como se ha visto en el capítulo tercero – se ha introducido una especie de deber judicial de interpretación conforme en el seno de la

just, more nearly right – in short, the norm derised by the official applying it”. HANS KELSEN, “On the theory of interpretation”, cit, pp. 133.

¹⁰⁸⁸ RICCARDO GUASTINI, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, cit., p. 231.

¹⁰⁸⁹ RICCARDO GUASTINI, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, cit., pp. 231-233.

Human Rights Act. El ejemplo no corresponde exactamente a la relación jerárquica entre ley y Constitución, pero la naturaleza del problema es la misma. Conviene recordar que el mecanismo de la sección tercera determina que, tanto como sea posible, la ley debe interpretarse y aplicarse de modo *compatible* con los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos. Y la sección tercera tiene prioridad en relación con la sección cuarta (que trata de las declaraciones de incompatibilidad), con lo cual se hace notar el uso quizás desmesurado de la cláusula interpretativa.

MARK ELLIOT señala que dicho mecanismo ha cambiado *la naturaleza del proceso interpretativo*¹⁰⁹⁰, una vez que el espacio de concreción del significado de la legislación se ha trasladado hacia los tribunales, a la luz de las disposiciones por lo general abstractas (esto es, los principios) de la Convención. DAVID FELDMAN aduce algo similar, subrayando que el deber interpretativo de la sección tercera no se dirige hacia la resolución de ambigüedades del texto normativo y no tiene como objetivo tomar en serio la intención del legislador¹⁰⁹¹. En su opinión, se trata de prescribir a los jueces que sean creativos en la interpretación y aplicación de la Convención, es decir, con relativa independencia de los límites textuales y autoritativos que, en teoría, deberían constreñir la actividad judicial. AILEEN KAVANAGH pone de relieve que, en efecto, el uso de la sección tercera puede implicar la reconstrucción del significado de la legislación, lo que en alguna medida menoscabaría la soberanía parlamentaria¹⁰⁹².

El punto nuclear de la cuestión radica en el *parámetro* a partir del cual se examina la *conformidad* de la legislación. Es decir, si de lo que se trata es de llevar a cabo una interpretación que permita la compatibilidad del texto con un principio constitucional (o de rango supranacional), resulta de hecho muy borrosa la línea entre una “interpretación” y un verdadero cambio en el derecho positivo. VÍCTOR FERRERES, manifestando su acuerdo con la inquietud de LAPORTA respecto al uso de los principios por los jueces ordinarios, subraya que el problema no se halla precisamente en la Constitución, sino en su uso “interpretativo” – a menudo muy distante de lo que el texto legal permite – con el

¹⁰⁹⁰ MARK ELLIOTT, “Parliamentary sovereignty and the new constitutional order: legislative freedom, political reality and convention”, cit., p. 347.

¹⁰⁹¹ DAVID FELDMAN, “The Human Rights Act 1988 and constitutional principles”, cit., p. 185.

¹⁰⁹² Véase la nota a pie de página n. 731, en la que describo con un poco más de detenimiento la posición de KAVANAGH y hago breve referencia a la opinión de otros autores con respecto al tema. Véase también JAMES ALLAN, “Statutory Bills of Rights: You Read Words In, You Read Words Out, You Take Parliament’s Clear Intention and You Shake it All About – Doin’ the Sankey Hanky Panky”, en TOM CAMPBELL, K. D. EWING y ADAM TOKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights: Skeptical Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (pp. 108-126).

fin de socavar lo que determina la ley. A juicio de FERRERES, se trata de algo que puede verse con alguna claridad en el uso de la técnica de la interpretación conforme¹⁰⁹³.

Me gustaría ilustrar todo ello sirviéndome de un ejemplo que, a mi modo de ver, representa de manera emblemática un modo *no deferente* de aplicación del Derecho. A grandes rasgos, se trata de una decisión dictada por la Sala Primera del Supremo Tribunal Federal en tanto que última instancia de la jurisdicción ordinaria (y no, en cambio, en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad¹⁰⁹⁴). El caso alude a un *habeas corpus* interpuesto por personas que mantenían en funcionamiento una clínica de aborto en un municipio del Estado de Río de Janeiro¹⁰⁹⁵. Con independencia de los fundamentos que se han agregado a la sentencia, sobre todo en lo que atañe al examen de legalidad de la orden de prisión provisional, me interesan particularmente los fundamentos contenidos en el voto del magistrado Luís Roberto Barroso, cuya posición ha sido acogida por la mayoría de los miembros de la Sala.

Ante todo, conviene hacer constar que en Brasil no está permitida la interrupción del embarazo a petición de la mujer. El aborto constituye un delito y se penaliza tanto a la gestante como, en su caso, a los eventuales terceros que lo realicen, excepto en tres circunstancias¹⁰⁹⁶: (1) si el embarazo resulta de una violación; (2) si la interrupción es el único medio de preservar la vida de la gestante; y (3) en los supuestos de anencefalia diagnosticada del feto. Por lo tanto, no cabe duda de que la ley penal brasileña tipifica como un delito la realización del aborto por un tercero, aunque sea con el consentimiento de la mujer embarazada.

¹⁰⁹³ Véase VÍCTOR FERRERES, “El imperio de la ley y sus enemigos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 87, septiembre-diciembre de 2009 (413-426), p. 423-424. El artículo es muy interesante porque pone el acento en el problema del funcionamiento del diseño institucional de España y, en particular, en la tardanza del Tribunal Constitucional en dar una respuesta a las cuestiones de inconstitucionalidad. La consecuencia es que en ocasiones los jueces optan por corregir la ley por la “vía interpretativa”.

¹⁰⁹⁴ Véase la nota a pie de página n. 553, en la que hago una breve introducción al asunto y explico la razón por la que el Supremo Tribunal Federal, a la vista del diseño institucional brasileño, ha actuado en este caso como órgano de la jurisdicción ordinaria. Es cierto que ello no impide el reconocimiento – en concreto – de la inconstitucionalidad de una norma mediante el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, que, en rigor, puede declararse por cualquier juez y con efectos *inter partes* en Brasil. De todos modos, me parece importante subrayar, desde una preocupación de naturaleza institucional, que el caso no se relacionaba con una acción abstracta de inconstitucionalidad.

¹⁰⁹⁵ Se trata del “HC 124306, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio”. La noticia de la decisión, además del voto completo del magistrado Luís Roberto Barroso, puede verse en el siguiente enlace: <http://www.stf.jus.br/porta1/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>. Último acceso en: 15.07.2018.

¹⁰⁹⁶ Se trata de la aplicación de los artículos 124 a 128 del vigente Código Penal brasileño, que prevé expresamente las dos primeras excepciones; la última, en cambio, ha sido introducida tras una sentencia del Supremo Tribunal Federal.

En su voto, el magistrado pone de relieve un conjunto de derechos fundamentales que, a su entender, resultan vulnerados a causa de la penalización del aborto: (1) la autonomía de la mujer; (2) el derecho a su integridad física y psíquica; (3) sus derechos sexuales y reproductivos; (4) la igualdad de género; y, por fin, (5) el derecho de la mujer pobre a no ser discriminada. Tras llevar a cabo un juicio de proporcionalidad, con arreglo a cada uno de los subprincipios alexyanos (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), el magistrado concluye que la penalización del aborto a petición de la mujer, dentro de los tres primeros meses de su gestación, es incompatible con la Constitución. Y añade que, ante todo ello, es necesario conferir a la legislación penal (en particular, a los artículos 124 y 126 del Código Penal) una *interpretación conforme a la Constitución*, excluyéndose de su campo de aplicación la hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo en el primer trimestre de la gestación.

Con independencia de la posición que se mantenga acerca de la proporcionalidad de la prohibición del aborto y con independencia de la discusión en torno a la legitimidad de los jueces para zanjar esa clase de desacuerdo moral, me parece oportuno poner el acento en el hecho de que, así entendida, la *interpretación conforme a la Constitución* parece haber perdido completamente su sentido. Según nos ha enseñado GUASTINI, la interpretación conforme depende de la existencia de una controversia interpretativa al nivel del texto legal, de tal modo que, en orden a mantener su validez, se excluye la interpretación que vulnera la Constitución. Pero en este ejemplo de los funcionarios de la clínica de aborto no se ha puesto de relieve ninguna divergencia interpretativa, no se ha hecho referencia a ninguna ambigüedad o vaguedad que produjera dudas en el momento de atribuir significado a la norma. A decir verdad, la decisión del tribunal sencillamente inaplica la ley que prohíbe el aborto por entender que es la ley misma – y no una de sus interpretaciones posibles – la que resulta incompatible con la Constitución.

A la vista de todo lo anterior, me parece que el sentido *formal* de la interpretación conforme no es que haya perdido relevancia, sino que resulta en realidad muy poco operativo. En un escenario en el que el juez está llamado no sólo a aplicar derechos, sino más bien a comprender su actividad en términos de maximización de esos derechos, ¿de qué depende, al fin y al cabo, el análisis de si una ley (o uno de sus significados posibles) es o no compatible con la Constitución? En mi opinión, depende enteramente de una argumentación moral que ponga de manifiesto el significado concreto (es decir, capaz de adjudicar la controversia) del principio que sirve de parámetro para la *interpretación conforme*. En palabras sencillas y ante un escenario en el que la descripción de las

relaciones entre *derechos, jueces y legislación* es la ofrecida por el “constitucionalismo de los derechos”, la verdad es que la definición de GUASTINI parece no tener cabida; o, lo que es más preocupante, parece estar en manos de quienes la utilizan simplemente para encubrir una decisión que, en resumidas cuentas, cambia el Derecho sobre la base de una *concepción de la moralidad* que no está en absoluto determinada por el texto constitucional.

2.3. El juez, la jerarquía y los efectos dinámicos de la interpretación

A lo largo de este capítulo he intentado mostrar que la interpretación jurídica se encuentra estrechamente conectada con el problema de la distribución del poder político en la comunidad. El juez, al interpretar y aplicar el Derecho, siempre afirma algo, aunque de manera implícita, sobre su propia autoridad, es decir, sobre la parcela de poder político que el sistema jurídico le otorga. Y al hacerlo, claro está, termina por afirmar algo sobre la autoridad del que dicta las normas que deben aplicarse al caso concreto. Por esa razón, he tratado de sostener, siguiendo no sólo a Kelsen, sino también a Sunstein y Vermeule, que el problema de la interpretación jurídica se relaciona de manera intrínseca con la jerarquía del Derecho y, además, produce efectos dinámicos, en la medida en que afecta no sólo a la actividad de las demás instituciones, sino también a las expectativas de los propios ciudadanos.

Hay un ejemplo sustanciado ante la jurisdicción ordinaria brasileña que, en mi opinión, ayuda a entender con claridad la importancia de todo ello. El parlamento del Estado de Río Grande del Sur, al ejercer su competencia constitucional para regular un determinado tributo, ha dictado una ley que contiene una disposición con la siguiente redacción: “se considerarán exentas las ventas de vehículos automotores, de uso terrestre y de fabricación nacional o extranjera, *adaptados* a las necesidades de sus adquirientes, en razón de discapacidad física o paraplejia, *siempre y cuando se respeten las condiciones previstas en el reglamento (...)*”¹⁰⁹⁷. El reglamento, como es natural y en consonancia con la jerarquía del sistema, se limitaba básicamente a reproducir dicha norma, añadiendo

¹⁰⁹⁷ La cursiva es mía. Se trata del art. 55, I, “c”, de la Ley n. 8.820/90, que, en su redacción original, reza así: “Estão isentas, nos termos e condições discriminados neste artigo: (...) c) os veículos automotores, de uso terrestre e de fabricação nacional ou estrangeira, adaptados às necessidades de seus adquirientes, em razão de deficiência física ou paraplegia, desde que respeitadas as condições previstas em regulamento”.

simplemente algunos requisitos para que los ciudadanos pudieran acreditar que cumplían con las condiciones establecidas en la ley.

Pero ocurrió que los jueces, a medida que iban considerando controversias relacionadas con dicha norma, terminaron por sedimentar una interpretación singular de la ley: la exención tributaria no debería limitarse meramente a la adquisición de vehículos *adaptados*; es decir, también habrían de poder adquirirlos, sin ninguna adaptación y con derecho a la exención, las personas que padecieran discapacidad visual, síndrome de Down, discapacidad mental, etc. Esa interpretación prevaleció de manera incontrovertida en el ámbito del Tribunal de Justicia del Estado, que ha tratado de justificarla con arreglo a la dimensión de los principios. Un gran parte de las decisiones de los magistrados contenía referencias a la importancia de llevar a cabo la realización de los principios de dignidad de la persona o de igualdad. Y, por encima de todo, han identificado en la ley el siguiente propósito: la promoción de la inclusión de las personas con alguna discapacidad, con lo cual no podría restringirse el otorgamiento de la exención solamente a una clase determinada de favorecidos¹⁰⁹⁸.

Y en lo concerniente a la regla del Código Tributario Nacional (art. 111, II), que estatuye que el otorgamiento de exenciones debe interpretarse *literalmente*, los jueces tampoco la han considerado relevante para mantener la aplicación del requisito de la adaptación. Esto es: por lo menos no tan relevante hasta al punto de que pudiera prevalecer frente a la dimensión sustancial que, en su opinión, determinaba una aplicación “no literal”¹⁰⁹⁹ de la norma. A mi juicio, el caso ilustra una vez más lo que ya se ha comentado aquí: cuando se *concibe* la dimensión de justificación de las reglas al nivel de los principios, la “forma” de la aplicación del Derecho tiende a desvanecerse y a dar lugar a un razonamiento moral que no constriñe la actividad judicial. En este ejemplo, no se ha

¹⁰⁹⁸ Resulta muy oportuno traer a colación las premisas teóricas de algunas de las decisiones, que hacen constar que el orden jurídico vigente (el brasileño, naturalmente) debe ser comprendido a la luz del “neoconstitucionalismo” o del “post-positivismo”. Véase un primer fragmento: “Na ordem jurídica vigente, que vem marcada pela força normativa das regras e princípios emergentes da Constituição Federal (Neoconstitucionalismo), todos vocacionados a garantir a dignidade da pessoa humana (...)”. (“Apelação Cível, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública/Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Mauro Caum Gonçalves, j. 24.05.16”). Véase además el fragmento de una segunda decisión, en mi opinión aún más esclarecedor: “Pois no campo da interpretação da lei o formalismo vem cedendo espaço; tanto a doutrina quanto a jurisprudência pouco a pouco, passo a passo, vêm prestigiando os princípios como padrões valiosos de interpretação e aplicação das normas jurídicas, inserindo-os no centro de uma nova concepção do Direito a que Luís Roberto Barroso chama de pós-positivista” (“Apelação Cível, Vigésima Primeira Câmara Cível/Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Marco Aurelio Heinz, j. 01.12.10”).

¹⁰⁹⁹ La pongo entre comillas porque no se trata aquí simplemente de rechazar la aplicación *literal* de la ley, sino más bien de modificarla completamente.

tomado en serio el texto y tampoco se han tomado en serio las intenciones del legislador (¿acaso no podría pensarse que la exención para la adquisición de vehículos *adaptados* tuviera como propósito igualar las condiciones entre los discapacitados capaces de conducir y los conductores no discapacitados, suponiéndose que introducir una adaptación a un vehículo implica un determinado coste?).

De todos modos, ese no me parece el aspecto más interesante del caso. Ante la consolidación de esa interpretación en el tribunal local, el Poder Ejecutivo ha decidido cambiar el reglamento del tributo, suprimiendo la expresión “adaptados” de su texto y añadiendo la posibilidad de concesión de la exención no sólo a las personas con discapacidad física o paraplejia, sino también a las personas que padeciesen otras clases de discapacidad¹¹⁰⁰. Lo interesante es que *no se ha cambiado la ley que ha instituido el impuesto*; al contrario, en la dimensión legislativa, la exigencia de adaptación de los vehículos se mantuvo en vigor. A mi juicio, todo ello revela una situación claramente desformalizada: el reglamento – norma de rango inferior y que, por definición, no puede ir más allá de lo que dice la ley – sigue vigente y produciendo efectos. En cambio, la ley ha perdido su fuerza vinculante no sólo respecto a la actividad de los jueces, como pudiera parecer en un principio, sino también respecto a la actividad de la administración, cuya obediencia al principio de legalidad ya no resulta definitiva de su posición institucional dentro del sistema.

3. CONCLUSIÓN: EL JUEZ DEFERENTE ANTE “LA ADVERTENCIA DE KELSEN”

En la introducción a este capítulo hice referencia a la siguiente cita de KELSEN: “la sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción del derecho”¹¹⁰¹. Si se pudiera, a modo de conclusión, resumir la idea del *juez deferente* en una sola frase, creo que estaría bien que se eligiera esta. En efecto, el eje del argumento que intenté articular en este capítulo radica esencialmente en la idea de que el juez no es el único que piensa sobre el Derecho, que se preocupa por su corrección e incluso por su

¹¹⁰⁰ El reglamento (Decreto n. 37. 699/97) cuenta actualmente con la siguiente redacción en el original (art. 9, XL): “São isentas do imposto as seguintes operações com mercadorias: (...) saídas, no período de 1º de janeiro de 2013 a 30 de abril de 2019, de *veículo automotor novo quando adquirido por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal*” (la cursiva es mía). Como puede advertirse, la redacción del reglamento es significativamente distinta del texto de la ley.

¹¹⁰¹ HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 263.

adecuada aplicación en el seno de la comunidad. El juez se sitúa en un complejo orden institucional, anclado en el reparto del poder político entre distintos órganos de decisión. En palabras sencillas, podría afirmarse que el juez también forma parte de la respuesta a la “pregunta institucional”, la clase de pregunta que en realidad fue el hilo conductor del capítulo tercero.

En el capítulo cuarto, mi objetivo ha sido un poco más modesto y, debo admitir, ha venido acompañado de un cierto escepticismo respecto a la posibilidad de ofrecer algo así como un catálogo de prescripciones a los jueces o, dicho de otro modo, algo así como un conjunto analítico de distinciones respecto a cómo, por qué y en qué circunstancias concretas tendría cabida ser más o menos deferente, fijarse más o menos en el sentido literal de la ley, atender en mayor o menor medida a las razones subyacentes de las reglas. Lo que he tratado de articular ha sido más bien un argumento general. Y me parece oportuno resumirlo ahora de modo esquemático:

a) el *juez deferente* es el juez que, por razones de carácter autoritativo y procedimental, debe ser capaz de tomar una decisión que tal vez no hubiera tomado si le fuera otorgado el poder de valorar todas las circunstancias relevantes del caso. Por lo tanto, se trata de un juez capaz de frustrarse.

b) el *juez deferente* debe, además, entender su actividad en términos institucionales. Interpretar y aplicar el Derecho es una actividad institucional, que se lleva a cabo en el seno de un sistema dinámico y estructurado de manera jerárquica.

c) el *juez deferente* no necesita comprender su relación con la ley en términos de la diferencia analítica entre texto y norma. Esa es una distinción que puede tener su lugar en la actividad del teórico, pero no capta lo que resulta esencial en el contexto institucional en el que el juez está llamado a interpretar y aplicar el Derecho.

d) el *juez deferente* debe entender la ley en tanto que decisión autoritativa del legislador. Por ello, la constitución del marco que contiene las posibilidades interpretativas de la norma aplicable depende no sólo de factores lingüísticos,

sino también – y de modo fundamental – *de la comprensión que el intérprete mantiene de su propia autoridad.*

e) el *juez deferente* debe suponer que la norma general a la que se encuentra vinculado a menudo le confiere un espacio de decisión – a veces más amplio, a veces más restringido – en el que se ejerce una relativa discrecionalidad. Dar por sentada la tesis descriptiva de la discrecionalidad es importante para que el juez sea consciente de la parcela de poder que de modo inevitable es llamado a ejercer.

f) el *juez deferente* debe aceptar la prioridad de la legislación en la aplicación del Derecho (“positivismo presuntivo”).

g) el *juez deferente*, aunque sea consciente de la prioridad de la legislación, debe suponer que no siempre la letra de la ley conlleva un resultado correspondiente con su razón subyacente. Pero la aplicación del sentido convencional de las palabras de la ley debe tener prioridad en su actividad (“formalismo presuntivo”).

h) el *juez deferente* debe entender el recurso a las justificaciones subyacentes como parte de su cometido; es decir, como parte de la función de llevar a cabo la continuidad del proceso de producción del Derecho. Sin embargo, y como se trata de dar continuidad al proceso y no de reconstruirlo, el juez debe hacerlo en la dimensión justificatoria de las leyes.

i) el *juez deferente* debe comprender que la justificación subyacente de la ley es la que alude a la decisión autoritativa previa del legislador. No se trata, por lo tanto, de concebir la ley primariamente en tanto que producto de una ponderación de principios *sustantivamente correcta* (desde la perspectiva del juez) a la luz de los derechos fundamentales.

j) el *juez deferente*, en consonancia con lo anterior, debe entender la ley como el producto de una decisión inteligible, anclada en propósitos e intenciones. Así, cuando se trate de ajustar la aplicación de la ley – en virtud de la

expresión impropia (o sub y sobreinclusividad) de su texto – debe intentar reconstruir el plan del legislador, lo que es tanto como decir que debe *presentar su decisión como algo que pudiera dar continuidad a la decisión autoritativa del legislador.*

Como es fácil de advertir, estos diez tópicos resultan de la descomposición de mi *argumento general* y no tienen ninguna pretensión de constituir una suerte de manual del *buen juez*. Pero dicho argumento solo puede comprenderse adecuadamente si también se comprende su dependencia en relación con el “constitucionalismo político”, la concepción del constitucionalismo que le subyace. Ese enlace me parece el elemento más importante de una idea defendible, en el seno del Estado Constitucional, de *deferencia al legislador*. Pero volveré sobre ello por último y con un poco más de detenimiento a continuación, en las conclusiones de la tesis.

CONCLUSIONES

Cuando empecé a esbozar el proyecto de esta investigación, en mis primeros apuntes y observaciones latía una preocupación embrionaria con respecto a los principios constitucionales y su aplicación judicial. Mi primera idea era que necesitábamos *otra* teoría de los principios, alguna que fuera capaz de centrarse más en la legislación que en la jurisdicción. Tenía la intuición – que siempre me ha parecido clara – de que también ponderaba el legislador, de que su actividad, a decir verdad, consistía básicamente en ponderar. Y de hecho nadie parece negarlo. A fin de cuentas, la ponderación, por lo menos tal y como nos enseña ALEXY, produce siempre una regla, que resulta de un balance, de una clase de *compromiso* entre principios constitucionales. Y ¿qué hacen los legisladores sino deliberar y alcanzar precisamente un *compromiso* entre lecturas distintas de los valores que tenemos en común y que, en el Estado Constitucional, se encuentran emplazados en nuestras constituciones?

De ahí que siempre me haya causado alguna sorpresa – y bastante inquietud – la idea de que los principios constitucionales representaban más bien un tema muy propio de la jurisdicción; y, en particular, de la jurisdicción ordinaria. Y esa inquietud se agudizaba en la medida en que se asentaba mi percepción acerca de un cierto activismo de los jueces de mi país. Es que, según creo, no puede ser sana una cultura jurídica – la brasileña, cabe agregar – en la que los jueces parecen mantener una percepción tan dúctil de su propia autoridad. No sé hasta qué punto resulta normal que sean los jueces (ordinarios, nótese bien) los que decidan sobre cosas tan banales como los límites de velocidad de las avenidas o las franquicias de equipaje de las aerolíneas¹¹⁰². Y, por otra parte, tampoco entiendo cómo puede resultar justificado que sean estos mismos jueces los que decidan sobre cosas tan importantes como el nombramiento de los ministros de Estado, el reconocimiento (*contra legem*) de las parejas de hecho simultáneas o el alcance (tal y como se ha visto en el último capítulo) del delito de violación de persona

¹¹⁰² Me serví del ejemplo del límite de velocidad en la introducción al capítulo IV, donde se puede consultar la referencia. Por lo que respecta a la franquicia de equipaje, un juez ordinario ha llegado a suspender la eficacia de una decisión de la Agencia Nacional de Aviación Civil (ANAC) que permite (ya que se encuentra actualmente en vigor) que las aerolíneas cobren a los pasajeros por el equipaje facturado. Según la decisión judicial, el reglamento de la ANAC no protegería debidamente los derechos de los consumidores. La noticia puede encontrarse, por ejemplo, en el siguiente enlace: <https://www.jota.info/justica/justica-federal-suspende-cobranca-de-bagagens-em-voos-13032017>. Último acceso en 20.07.2018.

vulnerable¹¹⁰³; por no mencionar las clases de controversia de las que se ocupa la Corte Suprema.

Aquí, el planteamiento de MATTIAS KUMM aparentemente cobra toda su relevancia: “*Who is afraid of the Total Constitution?*”¹¹⁰⁴. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – que por cierto ha sido experimentada con más intensidad en determinadas comunidades políticas – es sin duda alguna un hecho. Y constatarlo en definitiva ha acentuado mi percepción respecto de lo que me parecía una tendencia general hacia el activismo. Sin embargo, la verdad es que no la entendía adecuadamente. Y ello porque de alguna manera todo lo anterior parecía un tanto inevitable. A fin de cuentas, teníamos (y esa suele ser la fotografía del Estado Constitucional en todo el mundo) una Constitución; nuestra Constitución contenía un conjunto significativo de derechos; esos derechos solían estar formulados en tanto que principios; y contábamos con una maquinaria institucional – o, mejor dicho, judicial – para llevar a cabo la tarea de protegerlos. ¿Quién más podría hacerlo? Habíamos aprendido que era la jurisdicción constitucional la institución responsable de salvaguardar la Constitución y nuestros derechos más fundamentales. Y quizás esto sea entendido (erróneamente, como sabemos) casi como un dato conceptual en la cultura jurídica de los Estados Constitucionales.

Lo cierto es que todo ello daba al rumbo de mi investigación un destino al parecer inexorable: estudiar una manera en la que fuera posible, tal vez sirviéndome de alguna clase de teoría de la argumentación, suministrar criterios racionales para la aplicación adecuada de los derechos fundamentales. Pero se trataba de un camino ya bastante conocido y que, por lo general, no me resultaba convincente. ¿Sería realmente inevitable

¹¹⁰³ El caso de la violación de persona vulnerable ha sido examinado en el capítulo cuarto. En cuanto al nombramiento de ministros de Estado, se trata de la decisión de un juez ordinario que ha logrado impedir el nombramiento de una parlamentaria al puesto de Ministra de Trabajo, bajo el fundamento de que el acto vulneraría el principio de moralidad administrativa, a la vista del hecho de que la diputada tenía una condena en la justicia laboral. El caso es paradigmático porque no hay, en el ordenamiento jurídico brasileño, una regla jurídica que contenga dicha prohibición o impedimento. La noticia puede verse, por ejemplo, en el siguiente enlace: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-federal-do-rio-suspende-nomeacao-e-posses-da-nova-ministra-do-trabalho,70002143288>. Último acceso en 20.07.2018. En lo que atañe al tema de las parejas de hecho, conviene señalar que el Código Civil brasileño prohíbe el reconocimiento de parejas de hecho simultáneas. Sin embargo, los jueces ordinarios han admitido dicha posibilidad en más de una ocasión. Véase la noticia en: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-17/juiz-reconhece-existencia-duas-unioes-estaveis-simultaneas>. Último acceso en: 20.07.2018.

¹¹⁰⁴ MATTIAS KUMM, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, cit. Con la salvedad de que el artículo se centra más bien en la constitucionalización del derecho privado. En un sentido similar, de entusiasmo apuesta por la proliferación de los derechos y, en consecuencia, del principio de proporcionalidad, véase KAI MÖLLER, “Proportionality and Rights Inflation”, en G. HUSCROFT, B. W. MILLER, G. WEBBER (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Reasons, Rights, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 (pp. 155-172).

el vínculo entre *jurisdicción* y *derechos* en el Estado Constitucional? Aunque lo fuera, ¿no habría un modo distinto de comprender dicha relación? Así que, con el fin de hacer frente a estas preguntas, decidí reconstruir el camino y leer con más detenimiento los textos de KELSEN sobre la jurisdicción constitucional. La polémica SCHMITT/KELSEN sobre quién debe ser el defensor de la Constitución es lectura obligada en los cursos de derecho constitucional. La había leído, pero sin la madurez (y quizás el interés) para comprender más el *sentido* de lo que se defendía y menos el producto, el resultado de lo que proponían los autores.

Entonces me vi ante “la advertencia”, el hilo conductor de esta tesis. Como sabemos, KELSEN recomendaba la no incorporación de principios o cláusulas abstractas a las constituciones. Es decir: proponía el diseño institucional de la justicia constitucional, pero al mismo tiempo subrayaba que, en el caso de que se añadieran principios a esas constituciones, habría una transferencia “insoportable” de poder político hacia la jurisdicción. Con ello, empecé a darme cuenta de dos cosas. En primer lugar, KELSEN y SCHMITT no estaban completamente en desacuerdo, pues ambos reconocían el carácter polémico de los principios, compatibles con distintas concepciones de la moralidad y de la justicia, de tal modo que, llamados a aplicarlos, los jueces habrían de desarrollar y elegir alguna de esas concepciones. En segundo lugar, alenté la intuición de que probablemente nos habíamos quedado tan solo con la estructura de la jurisdicción constitucional kelseniana, abandonando, en cambio, su función.

En esencia, eso es lo que intenté demostrar en el capítulo primero, acudiendo no solo a los textos de KELSEN sobre la justicia constitucional, en el contexto delicado de la República de Weimar, sino también a sus escritos de fondo político, en los que se ha puesto de manifiesto, ante todo, su preocupación por el mantenimiento de la democracia parlamentaria, por la preservación del *compromiso* entre mayorías y minorías. Concluí, entonces, que el constitucionalismo kelseniano tenía un propósito: proteger la regularidad del ejercicio del poder, mantener la resolución de los desacuerdos de la comunidad en el seno del parlamento. Se trataría más bien de una clase de constitucionalismo *al servicio de la política*. En un texto muy interesante sobre este tema, ANNA PINTORE señala:

“(…) en los escritos de Kelsen está implícito un modelo que podría denominarse provocativamente de *democracia sin derechos*, un modelo que puede desempeñar una función de saludable contrapeso frente a los

modelos de *democracias saturadas de derechos* actualmente predominantes”¹¹⁰⁵.

Pero el contraste señalado por PINTORE – el contraste entre una democracia sin derechos y una democracia saturada de derechos – no me parecía que revelara simplemente que deberíamos aceptar la recomendación de KELSEN y eliminar los catálogos de derechos fundamentales (por lo menos los que estuvieran redactados en forma de principios) de nuestras constituciones. En realidad, subrayé en el capítulo segundo que podrían existir buenas razones para preferir una Constitución de principios en lugar de una Constitución de detalle. En efecto, este no era exactamente el punto importante de la discusión. Lo relevante, a mi entender, radicaba en la diferencia entre la manera de *concebir* el significado de la Constitución, de *los derechos* y, por consiguiente, de su relación con la legislación y con la jurisdicción. Eso sí me parecía decisivo para hacer frente a la inquietud que me acompañaba desde el comienzo de esta investigación, es decir, el problema de cómo pensar la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional.

Me resultaba ahora claro que se había producido un cambio significativo en la manera de *comprender* el constitucionalismo. Tal y como intenté describir en el capítulo segundo, “la advertencia de Kelsen” ha sido rotundamente ignorada. A partir de la segunda mitad del siglo XX, no sólo ha proliferado el mecanismo del control judicial de la ley (el modelo kelseniano ha tenido amplia acogida sobre todo en Europa), sino que también se sembró un determinado ideal de los derechos, enteramente dependiente de su relación con la actividad judicial, de tal modo que se produjo una conjunción en gran medida inseparable entre *jurisdicción* y *derechos fundamentales*. En consecuencia, las teorías se ocuparon de desarrollar descripciones acerca del modo de funcionamiento de esta, por decirlo así, “nueva etapa” del Estado Constitucional. A tales descripciones corresponde la etiqueta – que da nombre al título del segundo capítulo de esta tesis – “constitucionalismo de los derechos”.

Se trata de la concepción del constitucionalismo más consolidada – y en proceso de expansión, añadiría yo – en nuestros Estados Constitucionales. Su rasgo más

¹¹⁰⁵ ANNA PINTORE, “Democracia sin derechos: en torno al Kelsen democrático”, cit., p. 120. Para los propósitos de mi argumento (sobre todo a modo de conclusión) basta con mencionar este pasaje. Pero conviene añadir que, en contraste con la interpretación de LARS VINX presentada en el primer capítulo, PINTORE no está de acuerdo con una lectura holística y coherentista de la obra de KELSEN, como si la *Teoría Pura* fuera parte de un proyecto de teoría política, de teoría de la democracia constitucional o algo por el estilo.

definitorio radica en su compromiso declarado con la materialización o maximización de los derechos fundamentales; y la tarea de hacerlo se ha encomendado en particular a los jueces. Por ello se trata, a diferencia del constitucionalismo kelseniano, de un modelo *al servicio de los derechos*. Tal y como señalé en su momento, son dos las vertientes más influyentes en el seno del “constitucionalismo de los derechos”: la principialista y la garantista. En la primera se encuadrarían principalmente RONALD DWORKIN y ROBERT ALEXY; en la segunda, FERRAJOLI. No me parece necesario reproducir lo que ya se ha descrito con detenimiento en esta tesis. Pero conviene poner el acento en el punto más importante. Me concentré en el estudio de esas teorías con el fin de identificar el lugar del juez ordinario bajo esta clase de concepción del constitucionalismo. Y mis conclusiones me han permitido entender un poco más la dificultad que tenía para comprender adecuadamente aquella percepción inicial acerca del activismo judicial.

Es cierto que todas esas teorías pretenden dar cuenta de la dimensión autoritativa del Derecho; es decir, DWORKIN, ALEXY y FERRAJOLI, así como los principales autores que podrían encuadrarse en alguna de estas corrientes, no se declaran de ningún modo defensores del activismo judicial. ATIENZA y RUIZ MANERO, por ejemplo, siempre han hecho constar que su concepción argumentativa del Derecho tomaba muy en serio los principios institucionales¹¹⁰⁶. De modo similar, ALEXY ha hecho hincapié en la importancia de los “principios formales”, subrayando que ellos también formarían parte del razonamiento ponderativo. A su vez, DWORKIN ha esclarecido que la dimensión de ajuste (“*fit*”) – que toma en cuenta las fuentes institucionales – debería integrar los criterios para la identificación de qué cuenta como Derecho en una comunidad política. Y FERRAJOLI ha afirmado de manera categórica su reproche al activismo judicial, añadiendo que la actividad del juez garantista sería *tendencialmente cognoscitiva*.

Ahora bien, tal y como traté de argumentar en esta tesis, el problema de las concepciones principialistas descansa en la idea de que los principios institucionales y los principios sustantivos entran en colisión en el mismo nivel¹¹⁰⁷, con lo cual el mantenimiento o no del resultado determinado por la regla (o, si se quiere, por la ley)

¹¹⁰⁶ Véase, en particular, MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., p. 39.

¹¹⁰⁷ Me permito no entrar aquí, con respecto al principialismo de ALEXY, en la “fórmula del peso refinada” y en las colisiones de primer y de segundo grado entre principios formales y sustanciales, algo que he intentado describir en el capítulo segundo. Lo que afirmo, en resumidas cuentas, es que los principios sustanciales subyacentes a las reglas siempre juegan un papel en la decisión del intérprete de aplicar o no la consecuencia determinada por la regla, aunque los principios formales también jueguen un papel en este tipo de decisión ponderativa.

siempre depende de un balance, de un razonamiento justificatorio que, en último término, tiene un carácter moral. Es decir: esa es en realidad la “Constitución Total” a la que se refiere MATTIAS KUMM, porque los principios siempre juegan un papel en la decisión de mantener o no el carácter definitivo de las reglas. Es por ello por lo que la vinculación del juez a la ley bajo el “constitucionalismo de los derechos” es siempre provisional; a decir verdad, y según traté de argumentar en el último capítulo, la verdadera *lealtad* del juez principialista radica en el balance *correcto* de los principios que subyacen a la regla. Pero como dicho balance no existe con anterioridad a la decisión (es decir: no se trata del balance llevado a cabo por el legislador), se concluye que, inexorablemente, el *juez principialista* sólo puede ser leal a *su* propia ponderación.

Por lo que respecta a la perspectiva garantista, el problema quizás sea aún más grave, simplemente porque se oculta lo que es realmente importante. Basta con recordar la idea nuclear del constitucionalismo de FERRAJOLI; esto es: la noción de “esfera de lo indecible”, en la que se ubicarían los derechos fundamentales, sustraídos a cualquier poder de decisión (indisponibles, por tanto). Me parece claro que se trata de una imagen equivocada, porque ignora el hecho irremediable de que (1) alguien habría de decidir qué derechos formarían parte de dicha esfera; (2) en el caso de que fuera posible cambiarlos, quién y de qué manera lo haría; y, por fin, (3) quién habría de delinear el contorno de la esfera, delimitando el alcance y contenido de los derechos ante los supuestos concretos. De ahí que el constitucionalismo garantista, erigiéndose sobre la base de la *sustancia* de los derechos, mantenga ocultas las cuestiones procedimentales y autoritativas. En consecuencia, el juez que lo aceptara, que estuviera convencido de que aplicar uno de los derechos de nuestras constituciones significaría tan solo *garantizarlo*, podría convertirse en un activista potencial, sencillamente por desconocer el amplio poder de decisión inherente al razonamiento sobre la base de derechos.

Mis conclusiones acerca del “constitucionalismo de los derechos” arrojaron un poco de luz en la forma en mi forma de entender el activismo judicial. Porque si el Derecho del Estado Constitucional se comprende en estos términos – y si es cierto que esta era la comprensión dominante en el escenario aparentemente activista que me inquietaba –, entonces, a decir verdad, ya no me parece posible distinguir al genuino activista del juez principialista (o, en su caso, garantista). El DWORKIN de *Taking Rights Seriously* lo planteaba de manera bastante clara: el “programa del activismo judicial” se basaría en la prescripción de que los tribunales deberían aceptar el cometido de

argumentar y decidir sobre la base de principios constitucionales¹¹⁰⁸. El problema es que, en general, no hay manera imparcial (*no partisana*) de distinguir un argumento moral “constitucionalmente válido”, por decirlo así, de un argumento moral derivado de la subjetividad del intérprete. Vistas así las cosas, creo que un tribunal orientado por una concepción como la del “constitucionalismo de los derechos” ya no dispondría de herramientas para identificar al genuino (pero argumentativamente hábil) activista, aquel que estaría allí a fin de poner en marcha una particular visión de la moralidad. En mi opinión, se trataría más bien de un activista entre ingenuos.

Pues bien, todo ello me ha permitido comprender mejor el eje del problema que me preocupaba. Del hecho de que nuestros Estados Constitucionales incorporen principios no se deriva que necesariamente debamos comprenderlos *a la manera* del principialista o del garantista. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales puede ser un hecho, pero no es una propiedad necesaria del Estado Constitucional. La existencia del mecanismo de la *judicial review* es también un hecho, pero tampoco es necesario entenderla como la entienden los que mantienen una concepción del constitucionalismo *al servicio de los derechos*. Y ello es algo en lo que ha insistido FRANCISCO LAPORTA:

“Pues bien, cabe preguntarse: ¿por qué hemos tardado tanto en percatarnos de que las constituciones suponían ese importante cambio? ¿Por qué no pueden registrarse libros como el de Zagrebelsky (por poco convincente que sea) hasta más de cuarenta años después de la entrada en vigor de la Constitución italiana? ¿O una aproximación como la de Alexy hasta tantos años después de la Constitución alemana? Por no mencionar, claro está, una teoría como la de Dworkin y su lectura moral de la Constitución americana. La respuesta no puede ser más que una. La formulo aquí en bruto: *no es la aparición de la Constitución lo que cambia la teoría, sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la Constitución*”¹¹⁰⁹ (la cursiva es mía).

Esta observación de LAPORTA pone de relieve que la manera en la que “el constitucionalismo de los derechos” describe la realidad no sólo es que sea contingente, sino que *cambia* nuestro modo de concebir la relación entre *derechos, legislación y jurisdicción*. Tal y como traté de destacar en el capítulo tercero, el Derecho es una práctica social, con lo cual la manera en la que entendemos qué estamos haciendo al movernos

¹¹⁰⁸ Véase RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 137.

¹¹⁰⁹ Se trata una vez más del diálogo entre ATIENZA y LAPORTA. MANUEL ATIENZA, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, cit., p. 218.

dentro de esta práctica cambia en definitiva la propia práctica¹¹¹⁰. Ello no me resultaba en absoluto claro al comienzo de esta investigación. A decir verdad, no era consciente de la profundidad e importancia de su significado. Y era precisamente por ello por lo que tampoco entendía bien el núcleo del problema de la relación entre jueces ordinarios y principios constitucionales. Tal vez porque, al menos en la cultura jurídica de la que participaba, se ha venido aceptando el “constitucionalismo de los derechos” – sobre todo en su vertiente principialista – como la *descripción* correcta del funcionamiento del Estado Constitucional. Me parece entonces que la investigación debería avanzar en el sentido de tomar en serio este planteamiento de LAPORTA.

En el capítulo tercero intenté articular una concepción del constitucionalismo que recobraría el sentido de “la advertencia de Kelsen”, es decir, que pudiera situar el razonamiento sobre la base de derechos primordialmente en la arena de la política. A mi juicio, el núcleo de este capítulo ha consistido en poner de relieve la inexorabilidad de la “pregunta institucional”, esto es, de la pregunta concerniente a *quién y cómo debe zanjar nuestros desacuerdos político-morales*. Mi objetivo radicaba en articular una concepción del constitucionalismo *al servicio de la política* – el “constitucionalismo político” – que pudiera ser capaz de ofrecer una descripción plausible de la relación entre *jueces, legisladores y derechos* y que, a la postre, se distanciara profundamente del “constitucionalismo de los derechos”. Así que decidí organizar el capítulo en torno a cuatro argumentos.

El “argumento del desacuerdo” ha consistido en poner de relieve el carácter controvertido – esencialmente contestable – de los derechos formulados en tanto que principios. Se trata más bien de una cultura de la controversia, dentro de la cual tienen lugar desacuerdos razonables respecto al contenido y alcance de nuestros derechos. Por ello – y con total independencia de las posiciones metaéticas que alguien pueda mantener sinceramente – la pregunta institucional es ineludible. No hay manera de evitarla. El “argumento de la contingencia y contextualidad del control judicial de la ley” ha puesto de manifiesto que, si bien debe reconocerse el hecho del desacuerdo, de ello no se sigue sin más una respuesta determinada a la pregunta institucional. Lo cual quiere decir que no es necesario entrelazar el “constitucionalismo político” con el rechazo de la *judicial review*. Intenté demostrar, con arreglo a la experiencia de los países de “constitucionalismo débil”, en el que se suele mantener la última palabra sobre el

¹¹¹⁰ Véase GERALD. J. POSTEMA, “Jurisprudence, the Sociable Science”, cit., pp. 886-887.

contenido y alcance de los derechos en manos del legislador, que hay un *continuum* de posibilidades con respecto a la relación institucional entre legisladores y jueces. Por ello, es importante señalar que no ha sido mi intención suscribir – en términos sustantivos – ninguno de los modelos examinados, sino más bien, y tan solo, poner de manifiesto que la existencia de distintos mecanismos institucionales, diseñados para hacer frente al problema de dar contenido a los derechos, ilustra con claridad la inexorabilidad de la pregunta institucional.

Seguí, entonces, hacia un argumento menos teórico y de carácter más bien persuasivo: “el argumento del escepticismo en torno a la protección judicial de los derechos fundamentales”. Aquí, mi idea ha sido suministrar razones a favor de una matización respecto a la capacidad de los tribunales para hacer operativos los derechos emplazados en nuestras constituciones. Creo haber demostrado que hay razones para pensar que, por lo general, la materialización del “estado de cosas” plasmado en la Constitución depende en gran medida de la política, del funcionamiento adecuado de los poderes elegidos. En efecto, este argumento también contribuye a robustecer la naturaleza cardinal de la “pregunta institucional”: es muy probable que la clave para hacer efectivos nuestros catálogos de derechos radique no en ellos mismos, no en la parte sustantiva de la Constitución, sino más bien en su parte orgánica. Se trata de poner el acento en lo que WALDRON ha llamado “estructura constitucional”¹¹¹¹o, si se quiere, en lo que GARGARELLA ha denominado, con expresión afortunada, la “sala de máquinas de la Constitución”¹¹¹².

Finalmente, me pareció fundamental suscribir una teoría del derecho que, compatible con los ideales del “constitucionalismo político”, ofreciera una forma de comprensión del fenómeno jurídico que tomara realmente en serio la “pregunta institucional”. Y esa teoría debería ser de corte normativo. Se trata aquí del “argumento del positivismo prescriptivo”, que hace hincapié en el valor de comprender el Derecho en términos formales, autoritativos y procedimentales, asumiéndose, por ende, tanto su autonomía como su carácter artificial. En este punto se da un enlace entre el constitucionalismo y la teoría del derecho. En el marco de este último “argumento” del “constitucionalismo político”, señalé que habría distintas formas de articular el “positivismo prescriptivo”. Sin embargo, la que, a los efectos del objeto de esta

¹¹¹¹ Véase JEREMY WALDRON, “Constitutionalism: a skeptical view”, cit., pp. 36-37.

¹¹¹² Véase ROBERTO GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014, pp. 332-334.

investigación, me había parecido la más importante – definitoria, diría yo – radicaba en afirmar el fundamento político del positivismo jurídico: la importancia de *concebir* el Derecho en tanto que orden normativo institucional, anclado en una dimensión autoritativa inexorable. En este sentido, es *valioso* que tengamos un Derecho que pueda identificarse sin recurrir a juicios morales, sobre todo en razón del primer argumento, es decir, del “argumento del desacuerdo”.

Llegada la investigación a este punto, necesitaba hacer frente, de manera más concreta, al problema de cómo podría entenderse – de un modo plausible – el ideal de *deferencia al legislador*. Tal y como se ha visto en la conclusión al último capítulo, traté de organizar mi argumento general en torno a diez aspectos. No voy a hacer referencia a todos y pienso que basta ahora con hacer alusión a lo que se sigue del argumento. Porque el principal problema de la noción de vinculación del juez a la ley estriba en la cuestión de los casos recalcitrantes, de los supuestos que ponen de manifiesto la existencia de una incompatibilidad entre lo que *dice* la ley y lo que es su propósito o justificación subyacente. Así que mi intención ha sido la de subrayar una idea básica y que, a mi juicio, se conecta de manera clara con la concepción del constitucionalismo defendida en esta tesis: el juez *deferente* debe entender su actividad en términos de *autoridad y continuidad* y, por ello, debe comprender que el objeto de la interpretación jurídica no es meramente un *texto*, sino una decisión anterior, la decisión previa del legislador.

En este sentido, si tiene que llevar a cabo algún ajuste en la aplicación de la ley, debe, ante todo, *concebirla* como una decisión, como parte de un *plan* para modificar el Derecho en un sentido determinado. De ahí que deba tomar realmente en serio el nivel de justificación en el que está situada la ley, preguntándose en efecto por la intención del legislador, por su propósito al elegir las expresiones relevantes del *texto legal*. Si esto es así, lo que al fin y al cabo debe hacer el juez deferente es, por encima de todo, *presentar su decisión como si estuviera autorizada por la norma general, como si pudiera leerse en cuanto resultado del plan del legislador*. El juez *deferente* debe ser precisamente *deferente* no a su propia ponderación, no a la ponderación que él mismo considera que es el balance correcto entre los principios constitucionales. Su cometido consiste más bien en ser deferente a la ponderación *previa* a su decisión, esto es, a la ponderación *autoritativa* llevada a cabo por el legislador.

Para terminar, un último comentario. Estoy realmente convencido de que, en el seno del Estado Constitucional, donde nos encontramos ante constituciones, principios y tribunales destinados a salvaguardarlos, resulta fundamental entender el planteamiento

del capítulo cuarto – la deferencia al legislador – como una prolongación del argumento del “constitucionalismo político”. Y es que no se trata tanto de elaborar un elenco preciso y detallado de circunstancias en las que podría tener lugar una aplicación deferente o no deferente de la ley, si es que algo así resulta posible. Lo fundamental consiste en tomar en serio la idea del Derecho como práctica social, entrando definitivamente en la disputa por la mejor manera de concebirla. Según he subrayado a lo largo de la tesis, el resultado de la decisión judicial depende del modo en el que el juez se acerque al objeto de su interpretación, lo que, en última instancia, descansa enteramente en la comprensión que el propio juez mantenga de su *autoridad*. Me parece que los argumentos articulados en el capítulo tercero contienen un conjunto de razones que, rectamente entendidas, dan lugar a una defensa plausible de la deferencia al legislador.

Todo lo anterior, a mi entender, permite tomar realmente en serio la “advertencia de Kelsen” y recobrar el sentido político de su constitucionalismo. Resulta curioso que hoy en día la concepción del constitucionalismo que realmente es capaz de hacer caso al *sentido profundo* de esa “advertencia” sea la que no necesariamente aboga – y es a menudo incluso escéptica – por el control judicial de la ley. En suma, el “constitucionalismo político” toma en serio “la advertencia de Kelsen” porque sitúa los derechos – los principios – en el seno del compromiso y de la dimensión institucional del Derecho. Lo que es tanto como reconocer la necesidad de volver a la política, porque solamente al hacerlo deviene posible recuperar la inteligibilidad del carácter institucionalmente estructurado del Derecho, evitándose, a la postre, que el poder político del que disponen los jueces se convierta, como temía KELSEN, en un poder verdaderamente “insoportable”.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

AGUILÓ REGLA, Josep, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 55-72).

_____, “Francisco Laporta, Liborio Hierro y los principios jurídicos”, *Doxa*, edición especial, 2017 (pp. 23-27).

ALEXANDER, Larry y SHERWIN, Emily, *The Rule of Rules: morality, rules & dilemmas of law*, Durham y London, Duke University Press, 2001.

ALEXY, Robert, “Derecho Constitucional y Derecho Ordinario – Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria”, en ROBERT ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (pp. 41-92).

_____, “Discourse Theory and Fundamental Rights”, en AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ y ERIK O. ERIKSEN, *Arguing Fundamental Rights*, v. 77, 2006, Dordrecht, Springer (pp. 15-32).

_____, “El Concepto y la Validez del Derecho”, en ROBERT ALEXY, *El Concepto y la Validez del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994 (pp. 11-130).

_____, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, n. 66, 2012 (pp. 13-64).

_____, “La Fórmula del Peso”, en MIGUEL CARBONELL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008 (pp. 13-42).

_____, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa*, 32, 2009 (pp. 67-84).

_____, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, v. 16, n. 04, diciembre de 2003 (pp. 433-449).

_____, “On Necessary Relations between Law and Morality”, *Ratio Juris*, v. 02, n. 02, julio de 1989 (pp. 167-183).

_____, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, v. 21, n. 03, septiembre de 2008 (pp. 281-299).

_____, “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, v. 13, septiembre de 2000 (pp. 394-304).

_____, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y ROBERT ALEXI, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006 (pp. 01-18).

_____, “The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, mayo de 2016 (pp. 01-17).

_____, “The Special Case Thesis”, *Ratio Juris*, v. 12, n. 04, diciembre de 2009 (pp. 374-384).

_____, “Two or Three”, en MARTIN BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, Nomos, 2010 (pp. 09-18).

_____, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña*, trad. José A. Seoane, n. 5, 2001 (pp. 75-95).

ALLAN, James, *Democracy in Decline: steps in the wrong direction*, Montreal, Kingston, Londres, Ithaca, McGill-Queen’s University Press, 2014.

_____, “Statutory Bills of Rights: You Read Words In, You Read Words Out, You Take Parliament’s Clear Intention and You Shake it All About – Doin’ the Sankey Hanky Panky”, en TOM CAMPBELL, K. D. EWING y ADAM TOKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights: Skeptical Essays*”, Oxford, Oxford University Press, 2011 (pp. 108-126).

_____, “The Effect of a Statutory Bill of Rights where Parliament is Sovereign: The Lesson from New Zealand”, en T. CAMPBELL, K.D.EWING y A. TOMKINS, *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, (pp. 375-390).

ALLAN, T.R.S., “Human Rights and Judicial Review: A Critique of ‘Due Deference’”, *The Cambridge Law Journal*, v. 65, n. 03, 2006 (pp. 671-695).

_____, “Justice, Integrity and the Common Law”, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper n. 44, 2014 (pp. 01-19). Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2482428>.

_____, “Law, Justice and Integrity: The Paradox of Wicked Laws”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 04, 2009 (pp. 705-728).

ANSCHÜTZ, Gerhard, “Three guiding principles of the Weimar Constitution”, en ARTHUR JACOBSON and BERNARD SCHLINK (eds.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 2000 (pp. 132-150).

ARAGÓN, Manuel, estudio preliminar a *Sobre el parlamentarismo*, trad. De Thies Nelsson y Rosa Grueso, Madrid: Tecnos, 1990, p. XX.

ARCIONI, Elisa y STONE, Adrienne, “The small brown bird: Values and aspirations in the Australian Constitution”, *I-CON*, v. 14, n. 01, 2016 (pp. 60-79).

ATIENZA, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en MANUEL ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Bogotá, Palestra, 2012, (pp. 09-38).

_____, “Carta sobre la ponderación”, en MANUEL ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Bogotá, Palestra, 2012, (pp. 87-110).

_____, “Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado”, en MANUEL ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Bogotá, Palestra, 2012, (133-138).

_____ y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, n. 27, octubre de 2007 (pp. 07-28).

_____, “Dos versiones del constitucionalismo”, *Doxa*, 34 (2011) pp. 73-88.

_____, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía*, n. 31, octubre de 2009 (pp. 205-223).

_____ y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, 4 ed., Barcelona, Ariel, 2007.

_____, “Objetivismo moral y derecho”, tomado del blog del autor (*La Mirada de Peitho*), disponible en la página web <https://dfddip.ua.es/es/documentos/objetivismo-moral-y-derecho.pdf?noCache=1458554296851>, pp. 01-41.

_____, *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos, 2013.

_____, “Réplica a Pierluigi”, *Analisi e Diritto*, 2010 (pp. 309-311).

_____, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa*, 37, 2014 (pp. 299-318).

ATRIA, Fernando, “El derecho y la contingencia de lo político”, *Doxa*, n. 26, 2003, (pp. 319-347).

_____, “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones*, n. 04, 2004 (pp. 15-59).

_____, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

_____, “La Hora del Derecho”, *Estudios Públicos*, v. 91, invierno de 2003 (pp. 45-89).

_____, “La Ironía del Positivismo Jurídico”, *Doxa*, 27, 2004 (pp. 81-139).

_____, “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, *Discusiones*, n. 04, 2004 (pp. 145-176).

_____, “Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces”, en F. ATRIA, E. BULYGIN, J.J. MORESO, P. NAVARRO, J.L. RODRIGUEZ Y R. MANERO, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005 (pp. 159-184).

ÁVILA, Humberto, “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, *Revista de Direito Tributário Atual*, n. 29, 2013 (pp. 181-204).

_____, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

AUSTIN, John, *The Province of Jusirprudence Determined*, editado por W. E. RUMBLE, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Trad. Doron Kalir, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

BARBERIS, Mauro, “Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 89-93).

_____, “¿Imperialismo de la Argumentación? Comentarios al *Curso de Argumentación Jurídica* de Manuel Atienza”, *Doxa*, 37, 2014.

BARRERO ORTEGA, Abraham, “El Caso *Lautsi*: la Cara y la Cruz”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 94, enero-abril de 2012 (pp. 379-409).

BAYÓN, Juan Carlos, “¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?”, en JORDI FERRER BELTRÁN, JOSÉ JUAN MORESO y DIEGO M. PAPAYANNIS (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012 (pp. 17-39).

_____, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en MIGUEL CARBONELL y LEONARDO GARCÍA J. (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid: Editorial Trotta, UNAM, 2010, (pp. 285-354).

_____, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en PABLO E. NAVARRO y MARÍA CRISTINA REDONDO (comp.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002 (pp. 57-92).

_____, “Derechos, Democracia y Constitución”, *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, n. 01, 2000 (pp. 65-94).

_____, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (pp. 157-208).

_____, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013 (pp. 57-99).

_____, “El Imperio de la Ley y la interpretación y aplicación del Derecho: dos visiones”, *Doxa*, edición especial, 2017 (pp. 67-72).

_____, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (pp. 263-313).

_____, “Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho”, en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003 (pp. 27-66).

_____, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa*, n. 19, 1996 (pp. 143-162).

BELLAMY, Richard, “Political Constitutionalism and the Human Rights Act”, *I-CON*, v. 9, n. 01, 2011 (pp. 86-111).

_____, *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener, Batoche Books, 2000.

BERNAL PULIDO, Carlos, “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”, *Discusiones*, n. 04, 2004 (pp. 99-144).

BESSON, Samantha, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Oregon, Oxford, Hart Publishing, 2005.

BEZEMEK, Christoph, “Pure formalism? Kelsenian Interpretative Theory between Textualism and Realism”, 2015, Forthcoming in Telman (ed.), *Kelsen in America*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2607218>.

BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2 ed., N. Haven, Yale University Press, 1962.

BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto, “Derechos del hombre y sociedad”, en NORBERTO BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991 p. 115.

_____, *El Positivismo Jurídico*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993.

_____, “Kelsen and Legal Power”, en PAULSON, STANLEY L. y PAULSON, BONNIE LITSCHESKI (ed.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 435-450.

_____, “La teoría pura y sus críticos”, en Claudio Oliva (ed), *Estudios sobre Kelsen*, Valparaíso, Edeval, 1996, pp. 377-405.

BISOGLI, Giovanni, “Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: ‘auctoritas’ o ‘veritas facit iudicium’”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVIII, 2018 (pp. 371-383).

BOROWSKI, Martin, “La Ponderación en la Estructura Jerárquica del Derecho”, en MARÍA ELÓSEGUI ITXASO (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Zaragoza, Fund. Manuel Giménez Abad/Marcial Pons, 2016 (pp. 71-100).

_____, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s ‘Law of Combination’”, en MARTIN BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart, Nomos, 2010 (pp. 19-35).

BRANDÃO, Rodrigo, *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, 2ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

BÜHLER, Ottmar, “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos”, en *La constitución de Weimar* (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919), trad. José Rovira Armengol, Madrid: Tecnos, 2010, (pp. 115-358).

BYRNES, Andrew; CHARLESWORTH, Hilary Y MCKINNON, Gabrielle, *Bills of Rights in Australia: history, politics and law*, Sydney, UNSW Press, 2009.

CALSAMIGLIA, Albert, “Dworkin y el enfoque de la integridad”, en AGUSTIN SQUELLA (dir.), *Ronald Dworkin: estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993 (pp. 45-68).

CAMPBELL, Tom, “Human Rights: A Culture of Controversy”, en TOM CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004 (pp. 189-208).

_____, “Human Rights Strategies: An Australian Alternative”, en T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY y ADRIENNE STONE (Eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights*, Aldershot, Ashgate, 2006 (pp. 319-341).

_____, “Incorporation through Interpretation”, en TOM CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004 (pp. 209-230).

_____, “Legal Positivism and Political Power”, en TOM CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004 (pp. 69-86).

_____, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004.

_____, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1996.

_____, “The Point of Legal Positivism”, en TOM CAMPBELL, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004 (pp. 21-42).

CAMPDERRICH, Ramón, *La palabra de Behemoth: Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*, Madrid: Trotta, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

_____, “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, n. 43, Enero-Abril, 1995 (pp. 09-23).

CELANO, Bruno, “¿Cómo debería ser la disciplina constitucional de los derechos?” (trad. A. Greppi), en B. CELANO, *Derecho, Justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009 (pp. 195-234).

_____, “Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione”, *Analisi e Diritto* (a cura di PAOLO COMANDUCCI y RICCARDO GUASTINI), 2004 (pp. 53-74)

_____, “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”, *Doxa*, 24, 2001 (pp. 407-427).

_____, “Positivismo jurídico normativo, neutralidad y estado de derecho”, en JORDI FERRER BELTRÁN, JOSÉ JUAN MORESO y DIEGO M. PAPAYANNIS (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012 (pp. 243-277).

CHIASSONI, Pierluigi, “Il realismo radicale della Teoria Pura del Diritto”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XLII, n.1, giugno 2012, pp. 237-261.

_____, *La Tradición Analítica en la Filosofía del Derecho: de Bentham a Kelsen*, trad. Félix Morales Luna, Lima, Palestra, 2017.

_____, *Técnicas de Interpretación Jurídica: breviario para juristas*, trad. Pau Luque Sánchez, Maribel Narváez Mora, Madrid, Marcial Pons, 2011.

_____, “Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 101-120).

COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, “Proportionality and the Culture of Justification”, *The American Journal of Comparative Law*, v. 59, 2011 (pp. 463-490) .

COLEMAN, Jules, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, v. 11, 1982 (pp. 139-164).

_____, “Truth and Objectivity in Law”, *Legal Theory*, v. 01, issue 01, marzo de 1995 (pp. 33-68).

COLETTI, Bruno Irion y MOREIRA, Pedro da Silva, “Constitutionalism and Judicialization of Politics: the ‘judicial’ right to healthcare in Brazil”, *Panorama of Brazilian Law*, año 03, n. 03-04, 2015 (pp. 358-393).

COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (Neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. Miguel Carbonell, *Isonomía*, n. 16, abril de 2002 (pp. 89-112).

_____, “La interpretación jurídica”, en JORDI FERRER BELTRÁN y GIOVANNI B. RATTI (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011 (pp. 51-70).

CORREAS, Oscar (compilador), *El otro Kelsen*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1989.

CRAIG, Paul, “Political Constitutionalism and the Judicial Role: a response”, *I-CON*, v. 9, n. 01, 2011 (pp. 112-131).

CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Derechos fundamentales y derecho privado”, en PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 227-242.

_____, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.

DA SILVA, Virgilio Afonso, “Teoría de los Principios, Competencias para la Ponderación y Separación de Poderes”, en JAN-R. SIECKMANN (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011 (pp. 243-259).

DAHL, Robert, “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, *Journal of Public Law*, 6, 1959 (pp. 279-295).

DE LORA, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en MIGUEL CARBONELL y P. SALAZAR (comps.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2 ed., Madrid, Trotta/UNAM, 2009 (pp. 287-284).

DE POORTER, Jurgen C.A., “Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility”, *Utrecht Law Review*, v. 9, Issue 2, 2013 (pp. 89-105).

DEI VECCHI, Diego, “Reglas derrotables en *El Imperio de la Ley*”, *Analisi e Diritto*, 2011 (pp. 169-177).

DELMAS, Candice, “Political Resistance for Hedgehogs”, en WILL WALUCHOW y STEFAN SCIARAFFA (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, Nueva York, Oxford University Press, 2016 (pp. 25-48).

DIAS, Gabriel Nogueira, *Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito: na obra de Hans Kelsen*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

DICKSON, Julie, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001.

DIXON, Rosalind “An Australian (partial) bill of rights”, *I-CON*, v. 14, 2016 (pp. 80-98).

DWORKIN, Ronald, *A Bill of Rights for Britain: Why British Liberty Needs Protection?*, Londres, Chatto & Windus, 1990.

_____, *A matter of principle*, Cambridge-Massachusetts, London-England, Harvard University Press, 1985.

_____, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, trad. Leonardo García Jaramillo, *Isonomía*, n. 32, 2010 (pp. 07-29).

_____, “Does Britain Need a Bill of Rights?”, en RONALD DWORKIN, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, N. York, Oxford University Press, 1996 (pp. 352-371).

_____, “Introduction”, en RONALD DWORKIN, *A matter of principle*, Cambridge-Massachusetts, London-England, Harvard University Press, 1985 (pp. 01-06).

_____, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, N. York, Oxford University Press, 1996 (pp. 01-38).

_____, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge-Massachusetts, London-England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____, *Law’s Empire*, Cambridge-Massachusetts, London-England, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____, “No Right Answer”?, *New York University Law Review*, v. 53, 1978 (pp. 01-32).

_____, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, primavera de 1996 (pp. 87-139).

_____, “Roe in Danger”, en RONALD DWORKIN, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, N. York, Oxford University Press, 1996 (pp. 44-59).

_____, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977/1988.

_____, “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, v. 56, 1981 (pp. 469-518).

_____, “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, v. 35, 1967 (pp. 14-46).

DYZENHAUS, David, “Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification”, *Review of Constitutional Studies*, v. 17, n. 01, 2012 (pp. 87-114).

_____, “The Genealogy of Legal Positivism”, *Oxford Journal Of Legal Studies*, v. 24, n. 01, 2004 (pp. 39-67).

_____, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, en MICHAEL TAGGART (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997 (pp. 279-307).

EDWARDS, Richard A., “Judicial Deference under the Human Rights Act”, *The Modern Law Review*, v. 65, n. 06, 2002 (pp. 859-882).

EISGRUBER, Christopher L., “Should Constitutional Judges be Philosophers”?, en SCOTT HERSHOVITZ (ed.), *Exploring Law’s Empire: the Jurisprudence of Ronald Dworkin*, N. York, Oxford University Press, 2006 (pp. 05-22).

EKINS, Richard, “Interpretive Choice in Statutory Interpretation”, *The American Journal of Jurisprudence*, v. 59, n. 01, 2014 (pp. 01-24).

_____, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

ELLIOTT, Mark, “Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution”, *New Zealand Law Review*, 2011 (pp. 591-623).

_____, “Parliamentary sovereignty and the new constitutional order: legislative freedom, political reality and convention”, *Legal Studies*, v. 22, n. 03, septiembre de 2002 (pp. 340-376).

ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, N. York, Oxford University Press, 2000.

ESTÉVEZ ARAUJO, José A. *La Crisis del Estado de Derecho Liberal: Schmitt en Weimar*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989.

EWING, K. D., “The Resilience of the Political Constitution”, *German Law Journal*, v. 14, n. 12, 2013 (pp. 2111 – 2136).

FALLON, JR., Richard, "The Core of an Uneasy Case against Judicial Review", *Harvard Law Review*, 121, 2008 (pp. 1693-1736).

FELDMAN, David, "The Human Rights Act 1988 and constitutional principles", *Legal Studies*, 19, 1999 (pp. 165-206).

FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", *Doxa*, 34, 2011 (pp. 15-54).

_____, "Derechos fundamentales", en A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 5 ed., Madrid, Trotta, 2014 (pp. 19-56).

_____, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2 ed., Madrid, Trotta, 2001.

_____, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos B., R. Cantarero B., Madrid, Trotta, 1995.

_____, *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2014.

_____, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, v. II, trad. P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, Marina Gascón, L. Prieto, A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.

FERRAZ, Octavio L. M., "Brazil, Health Inequalities, Rights and Courts", en ALICIA ELY YAMIN y SIRI GLOPPEN (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Cambridge, Harvard University Press, 2011 (pp. 76-102).

FERRERES COMELLA, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values: a european perspective*, New Haven & London, Yale University Press, 2009.

_____, "El imperio de la ley y sus enemigos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 87, septiembre-diciembre de 2009 (413-426).

_____, *Justicia Constitucional y Democracia*, 2ed, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, 23, 2000 (pp. 29-47).

FEUTCHWANGER, E.J., *From Weimar to Hitler: Germany, 1918-33*, 2. Ed., London: MACMILLAN Press LTD, 1995.

FINNIS, John, "Natural Law and Legal Reasoning", en ROBERT P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory: contemporary essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (pp. 134-157).

FISH, Stanley, "Intention is all there is: a critical analysis of Aharon Barak's purposive interpretation in law", *Cardozo Law Review*, v. 29, n. 03, 2008 (pp. 1109-1143).

FISHER, Louis, *Congress protecting individual rights*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 2016.

FISS, Owen, "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review*, v. 34, 1981-1982 (pp. 739-763).

FLEMING, James E. "The Place of History and Philosophy in the Moral Reading of the American Constitution", en SCOTT HERSHOVITZ (ed.), *Exploring Law's Empire: the Jurisprudence of Ronald Dworkin*, N. York, Oxford University Press, 2006 (pp. 23-39).

FRIEDMAN, Barry, "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five", *Yale Law Journal*, 112, 2002 (pp. 153-259).

_____, "The counter-majoritarian problem and the pathology of constitutional scholarship", *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 03, 2001 (pp. 933-954).

_____, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy", *New York University Law Review*, 73, 1998 (333-433).

FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional Government and Democracy*, 4ed., Waltham, Massachusetts, Blaisdell Publishing Company, 1968.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "La discusión sobre el método en derecho público durante la república de Weimar (Ciencias del espíritu y método jurídico)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 416, n. 46, Enero-Abril, 1996, pp. 11-37.

GALLIE, W. B., "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 56, 1955-1956 (pp. 167-198).

GALLIGAN, Brian y MORTON, F.L. (Ted), "Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights", en T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY y ADRIENNE STONE (Eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights*, Aldershot, Ashgate, 2006 (pp. 17-39).

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", en ROBERT ALEXY (coord.), *Derechos Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, 2007 (pp. 249-332).

_____, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, n. 35, 2006 (pp. 151-172).

_____, *Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 158.

_____, “Pidiendo el principio. Dworkin y la teoría del Derecho en serio”, en JOSÉ M. SAUCA (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho: tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (pp. 127-157).

_____, “Sobre ponderaciones. Debatendo con Manuel Atienza”, en MANUEL ATIENZA y J.A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Bogotá, Palestra, 2012, (pp. 39-85).

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli”, en MIGUEL CARBONELL y P. SALAZAR (comps.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2 ed., Madrid, Trotta/UNAM, 2009 (pp. 287-284).

GARDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, diciembre de 2013 (pp. 01-32).

_____, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.

GEE, Graham y WEBBER, Grégoire C. N., “What is a Political Constitution?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 30, n. 2, 2010 (pp. 273-299).

GEIRINGER, Claudia, “On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act”, *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 40, 2009 (pp. 613-647).

_____, “What’s the story? The instability of the Australasian bills of rights”, *I-CON*, v. 14, n. 01, 2016 (pp. 156-174).

GOLDSWORTHY, Jeffrey, “Judicial Review, Legislative Override and Democracy”, *Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003 (pp. 451-472), pp. 469-469.

_____, “Legislative Intentions, Legislative Supremacy, and Legal Positivism”, en JEFFREY GOLDSWORTHY y TOM CAMPBELL (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, 2002 (pp. 45-65).

_____, “The Reality and Indispensability of Legislative Intentions”, *Sidney Law Review*, v. 36, 2014 (pp. 39-68).

GRIFFITH, J.A.G., “The Political Constitution”, *The Modern Law Review*, v. 42, n. 01, enero de 1979 (pp. 01-21).

GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.

_____, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, XI, 2012 (pp. 27-57).

_____, “Interpretar, Construir y Argumentar”, en RICCARDO GUASTINI, *Teoría Analítica del Derecho. Estudios*, trad. César E. Moreno More, Lima, Zela Grupo Editorial, 2017 (pp. 83-144).

_____, *Interpretare e argomentare*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2011.

_____, “La <constitucionalización> del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003 (pp. 49-73).

_____, *La Sintaxis del Derecho*, trad. Álvaro Nuñez Vaquero, Madrid, Marcial Pons, 2016.

_____, “Manifiesto de una filosofía analítica del derecho”, en RICCARDO GUASTINI, *Teoría Analítica del Derecho. Estudios*, trad. César E. Moreno More, Lima, Zela Grupo Editorial, 2017 (pp. 21-36).

_____, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

_____, “Questioni Aperte Nella Teoria Pura”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XLII, n.1, giugno 2012, pp. 229-236.

_____, “Teorías de la interpretación. Hermeneutas y analíticos”, en RICCARDO GUASTINI, *Teoría Analítica del Derecho. Estudios*, trad. César E. Moreno More, Lima, Zela Grupo Editorial, 2017 (pp. 37-63).

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1996.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John, *The Federalist Papers*, Middletown, DE, Coventry House Publishing, 2015.

HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983 (pp. 49-87).

_____, “Postscript” (Penelope A. Bulloch, Joseph Raz – Eds.), en H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 263-268.

_____, “The Demystification of the Law”, en H.L.A. HART, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982 (pp. 21-39).

_____, “The United States of America”, en H.L.A. HART, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982 (pp. 53-78).

HIEBERT, Janet L., “New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?”, *Texas Law Review*, v. 82, 2004 (pp. 1963-1988).

_____, “Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?”, *I-CON*, v. 04, n. 01, 2006 (pp. 01-38).

_____, “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”, *The Modern Law Review*, v. 69, 2006 (pp. 07-28).

HIERRO, Liborio, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, 25, 2002 (pp. 263-302).

_____, “Sobre la odisea constitucionalista de Ferrajoli”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 153-166).

_____, “Sostiene Barberis: consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”, en JORDI FERRER BELTRÁN y GIOVANNI B. RATTI (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011 (pp. 217-236).

HIRSCHL, Ran y ROSEVAR, Evan, “Constitutional Law Meets Comparative Politics: socio-economic rights and political realities”, en TOM CAMPBELL, K. D. EWING y ADAM TOKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights: Skeptical Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (pp. 207-228).

_____, *Constitutional Theocracy*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2010.

_____, “On the blurred methodology matrix”, en SUJIT CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, New York, Cambridge University Press, 2006 (pp. 39-66).

_____, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

HOOG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. y WRIGHT, Wade K., “Charter Dialogue Revisited: Or ‘Much Ado About Metaphors’”, *Osgoode Hall Law School Journal*, v. 45, n. 01, 2007 (pp. 01-65).

_____, “The Charter Revolution: Is It Undemocratic?”, *Forum Constitutionnel*, 12 (2001/2002), pp. 01-08.

_____ y BUSHELL, Allison A. “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)”, *Osgoode Hall Law Review*, v. 35, n. 01, 1997 (pp. 75-124).

HORWITZ, Paul, “Three faces of deference”, *Notre Dame Law Review*, v. 83, n. 03, 2008 (pp. 1061-1146).

HUNNEUS, Alexandra; COUSO, Javier; y SIEDER, Rachel, “Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America”, en ALEXANDRA HUNNEUS, JAVIER COUSO Y RACHEL SIEDER (eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Contemporary Latin America*, New York, Cambridge University Press, 2010 (pp. 03-21).

IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, 23, 2000 (pp. 77-104).

JESTAEDT, Matthias, “The Doctrine of Balancing – its Strengths & Weakness”, en MATTHIAS KLATT (ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*”, Oxford, Oxford University Press, 2012 (pp. 152-172).

KAUFMANN, Matthias, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Carl Schmitt*, México: Fontamara, 1999.

KAVANAGH, Aileen, *Constitutional Review under the Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

_____, “Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, en GRANT HUSCROFT (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 (pp. 184-215).

_____, “Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 34, n. 03, 2014 (pp. 443-479).

_____, “What’s so weak about ‘weak-form’ review? The case of the UK Human Rights Act 1998”, *I-CON*, v. 13, n. 04, 2013 (pp. 1008-1039).

KAHANA, Tsvi, “Understanding the notwithstanding mechanism”, *University of Toronto Law Journal*, v. 52, 2002 (pp. 221-274).

KELSEN, Hans, “El problema del parlamentarismo”, trad. Manuel Atienza, en HANS KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid: Editorial Debate, 1988 (pp. 85-108).

_____, “Foundations of Democracy”, *Ethics*, v. 66, n. 1, 1955 (pp. 01-101).

_____, *General Theory of Law and State*, New Brunswick (U.S.A) and London (U.K): Transaction publishers, 2006.

_____, *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (la justicia constitucional), trad. Juan Ruiz Manero, en HANS KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid: Editorial Debate, 1988 (pp. 109-155).

_____, “La teoría política del bolchevismo: un análisis crítico”, en HANS KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid: Editorial Debate, 1988 (pp. 157-203).

_____, “Legal formalism and the pure theory of law”, en ARTHUR JACOBSON and BERNARD SCHLINK (eds.), *Weimar: a jurisprudence of crisis*, Berkeley/Los Angeles/London, University of California Press, 2000 (pp. 76-83).

_____, “On the theory of interpretation”, *Legal Studies*, Vol. 10, N. 02, 1990 (pp. 127-135).

_____, *¿Qué es justicia?*, edición española a cargo de Albert Calsamiglia, Barcelona: Ariel, 1991.

_____, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. Ernesto Garzón Valdez, México D.F., Fontamara, 1995.

_____, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid: Tecnos, 2009. (p. 289-366).

_____, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, trad. Wenceslao Roces, México: Editorial Porrúa, 1987.

_____, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, México: UNAM, 1982.

_____, *The Essence and Value of Democracy*, N. URBINATI y CARLO I. ACCETTI (eds.), trad. Brian Graf, Plymouth, UK: Rowman & Littlefield Publishers, INC, 2013.

_____, “The function of a Constitution”, en TUR, RICHARD and TWINNING, WILLIAM, *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 109-119.

KING, Jeff A., “Institutional Approaches to Judicial Restraint”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 03, 2008 (pp. 409-441).

KLATT, Matthias, *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (pp. 319-356).

_____ y MEISTER, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

KLUG, Francesca, “Judicial Deference under the Human Rights Act 1998”, *European Human Rights Law Review*, 2, 2003 (pp. 125-133).

KOLB, Eberhard, *The Weimar Republic*, 2. ed., trad. P.S. Falla and R. J. Park, London & New York: Routledge, 2005.

KRAMER, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, N. York, Oxford University Press, 2004.

KUMM, Mattias, “Institutionalising Socratic Contestation: the rationalist human rights paradigm, legitimate authority and the point of judicial review”, *European Journal of Legal Studies*, v. 01, n. 02, 2007 (pp. 153-183).

_____, “The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and Beyond the State”, en JEFFREY L. DUNOFF y JOEL P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 (pp. 258-324).

_____, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, *German Law Journal*, Vol. 07, n. 04, 2006 (pp. 341-370).

KUTZ, Christopher L., “Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law”, *Yale L.J.*, v. 103, 1993 (pp. 997-1030).

LAGI, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920): los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.

LAPORTA, Francisco J., “El ensayo ‘Objectivity and Truth: You’d Better Believe It’ de 1996 y la teoría ética de Dworkin”, en JOSÉ M. SAUCA (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho: tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (pp. 21-38).

_____, *El Imperio de la Ley: una visión actual*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

_____, “Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema”, en J. BETEGÓN, F. J. LAPORTA, L. PRIETO y J. R. DE PÁRAMO (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004 (pp. 297-326).

_____, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa*, n. 22, 1999 (pp. 320-330).

_____, “Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 167-181).

LAW, David S. y VERSTEEG, Mila, “Sham Constitutions”, *California Law Review*, Vol. 101, Issue 04, 2013 (pp. 863-952).

_____ y _____, “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, *California Law Review*, Vol. 99, Issue 5, 2011 (pp. 1163-1258).

_____, “Why Has Judicial Review Failed in Japan?”, *Washington University Law Review*, v. 88, 6, 2011 (pp. 1.425-1466).

LEITER, Brian, “Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, *The American Journal of Jurisprudence*, v. 48, 2003 (pp. 17-51).

_____ y COLEMAN, Jules “Determinacy, Objectivity and Authority”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 142, 1993 (pp. 549-637).

_____, “Explaining Theoretical Disagreement”, *University of Chicago Law Review*, v. 76, 2009.

_____, “Objectivity, Morality and Adjudication”, en BRIAN LEITER (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, N. York, Cambridge University Press, 2001 (pp. 66-98).

LEVINSON, Sanford, “Why I do not teach *Marbury* (except to eastern europeans) and why you shouldn't either”, *Wake Forest Law Review*, 38, 2003 (pp. 553-578).

LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

LOMBARDI, Giorgio (estudio preliminar), en CARL SCHMITT y HANS Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid: Tecnos, 2009, p. LXIII.

LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, trad. J. Torres Nafarrante, C. México, Herder, 2005.

MANNING, John F., “Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules”, *Columbia Law Review*, v. 96, n. 03, 1996 (pp. 612-696).

MARMOR, Andrei *Interpretation and Legal Theory*, 2ed., Oxford y Portland, Hart Publishing, 2005.

_____, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 04, 2006, (pp. 683-704).

MARTÍ, José Luis, “El Realismo Jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?”, *Isonomía*, n. 17, octubre de 2002 (pp. 259-282).

MATHEN, Carissima, “Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on ‘Charter Dialogue Revisited’”, v. 45, n. 01, 2007 (pp. 125-146).

MCCORMICK, Neil, “A Moralistic Case for A-Moralistic Law”, *Valparaiso University Law Review*, v. 20, n. 01, 1985 (pp. 01-41).

_____, “Dworkin as pre-benthamite”, *The Philosophical Review*, v. 87, n. 04, 1978 (pp. 585-607).

_____, “Institutional Normative Order: A Conception of Law”, v. 82, n. 05, 1997 (pp. 1051-1070).

MCLEAN, Janet, “The unwritten political constitution and its enemies”, *I-CON*, v. 14, n. 01, 2016 (pp. 119-136).

MENDES, Conrado Hübner, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

MÖLLER, Kai, “Proportionality and Rights Inflation”, en G. HUSCROFT, B. W. MILLER, G. WEBBER (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Reasons, Rights, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 (pp. 155-172).

MOORE, Michael S., “Law as a Functional Kind”, en ROBERT P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory: contemporary essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (pp. 188-244).

_____, “Moral Reality Revisited”, *Michigan Law Review*, v. 90, n. 8, agosto de 1992 (pp. 2424-2533).

MORALES LUNA, Félix F., *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli: análisis del lenguaje normativo y discurso de los juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

MOREIRA, Pedro da Silva, “O imponderável direito à saúde: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy”, *Revista Juris Plenum: Direito Administrativo*, v. 01, n. .1, 2014 (pp. 51-73).

MORESO, José Juan, “Acerca del neoconstitucionalismo”, en JOSÉ JUAN MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009 (pp. 223-233).

_____, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en MIGUEL CARBONELL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008 (pp. 69-83).

_____, “Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, *Doxa*, 34, 2011 (pp. 183-200).

_____, “Con la plomada de Lesbos. Celano sobre *Rule of Law* y particularismo”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, n. 13, 2016 (pp. 01-23)

_____, “El reino de los derechos y la objetividad de la moral”, en JOSÉ JUAN MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009 (pp. 69-93).

_____, “Kelsen: certeza del derecho y prudencia epistémica”, en JOSÉ JUAN MORESO y JOSÉ LUIS MARTÍ (Eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid-Buenos Aires-Barcelona-São Paulo, 2012, pp. 199-202.

_____, “Kelsen on Justifying Judicial Review”, en GONZALO A. RAMÍREZ CLEVES (ed.), *Ecos de Kelsen: vidas obras y controversias*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012 (pp. 354-378). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2595560>.

_____, “Los intocables del Derecho”, en JOSÉ M. SAUCA (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho: tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (pp. 91-104).

MORTON, F.L. y KNOPFF, Rainer, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000.

MURPHY, Liam, “Better See Law This Way”, *New York University Law Review*, v. 83, n. 04, 2008 (pp. 1088-1108).

NEUMANN, Franz L., “The decay of German democracy”, en WILLIAM E. SCHEUERMAN (ed.), *The Rule of Law under Siege. Selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, California: University of California Press, (pp. 29-43).

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Algunos comentarios sobre un debate entre constitucionalistas y realistas”, *Analisi e Diritto*, 2010 (pp. 319-331).

_____, “La interpretación en *El Imperio de la Ley*”, *Analisi e Diritto*, 2011 (pp. 237-246).

PATTERSON, Dennis M., “Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 03, 2006 (pp. 545-557).

PAULSON, Stanley L., “How Merkl’s *Stufenbaulehre* Informs Kelsen’s Concept of Law”, *Revus*, 21, 2013 (pp. 29-45).

_____, “Kelsen on legal interpretation”, *Legal Studies*, 10, 1990 (pp. 136-152).

_____, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 12, N. 3, 1992 (pp. 311-332).

PECZENICK, Alexander, “Taking Laws Seriously”, *Cornell Law Review*, v. 68, 1983 (pp. 660-684).

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*. 14ed., revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán, Madrid, Marcial Pons, 2014.

PERRY, Michael, “Protecting Human Rights in a Democracy: what role for the courts?”, *Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003 (pp. 635-698).

PHILLIPSON, Gavin, “Deference, Discretion, and Democracy in the Human Rights Era”, *Current Legal Problems*, v. 60, 2007 (pp- 40-78).

PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 5 ed., Madrid, Trotta, 2014 (pp. 243-265).

_____, “El formalismo jurídico: un cotejo entre Jori y Schauer”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 79, 2017 (pp. 47-75).

_____, “Democracia sin derechos: en torno al Kelsen democrático”, trad. J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, v. 23, 2000 (pp. 119-144).

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el Derecho: el rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

POSCHER, Ralf, “Acertos, Errores y Falso Autoconcepto de la Teoría de los Principios”, en JAN-R. SIECKMANN (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011 (pp. 71-92).

_____, “Interpretation and Rule Following in Law. The Complexity of Easy Cases”, en M. ARASZKIEWICZ, P. BANAS, T. GIZBERT-STUDNICKI, K. PŁESZKA (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Cham, Springer (Law and Philosophy Library, v. 111), 2015 (pp. 281-294).

_____, “The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?”, en MATTHIAS KLATT (ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (pp.218-247), pp. 241-243.

POSTEMA, Gerald, *Bentham and the Common Law Tradition*, N. York, Oxford University Press, 1986.

_____, “Integrity: Justice in Workclothes”, en JUSTINE BURLEY (ed.), *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2004 (pp. 291-318).

_____, “Jurisprudence, the Sociable Science”, *Virginia Law Review*, v. 101, 2015 (pp. 869-901).

_____, “Legal Positivism: Early Foundations”, en ANDREI MARMOR (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, N. York y Londres, Routledge, 2012, pp. 31-47.

_____, “Objectivity Fit for Law”, en BRIAN LEITER (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, N. York, Cambridge University Press, 2001 (pp. 99-143).

POZZOLO, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ed., Madrid, Trotta, 2009 (pp. 187-210).

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Cuatro preguntas a propósito de Dworkin”, en AGUSTIN SQUELLA (dir.), *Ronald Dworkin: estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993 (pp. 69-100).

_____, *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

_____, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, *Jueces para la democracia*, n. 86, 2016.

_____, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 22, septiembre-diciembre de 1995 (pp. 09-57).

_____, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en MIGUEL CARBONELL (compilador), *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. 2.ed. México: Editorial Porrúa, UNAM, 2012, pp. 305-342.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Revised ed., Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

_____, *Political Liberalism*, Exp. ed., N. York, Columbia University Press, 2005.

RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

_____, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en GEORGE PAVLAKOS (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007 (pp. 17-36).

ROACH, Kent, “Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship”, *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 01, 2007 (pp. 169-191).

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El concepto no-positivista de los derechos fundamentales. Teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, en MARÍA ELÓSEGUI ITXASO (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Zaragoza, Fund. Manuel Giménez Abad/Marcial Pons, 2016, (pp. 111-141).

RODILLA, Miguel Ángel, “Imperio de la ley y principios. Presentación de un debate”, en F. J. LAPORTA, J. RUIZ MANERO y M. Á. RODILLA, *Certeza y predecibilidad*

de las relaciones jurídicas, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. (pp. 09-53).

ROSATI, Connie S., “The Moral Reading of Constitutions”, en WILL WALUCHOW y STEFAN SCIARAFFA (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, Nueva York, Oxford University Press, 2016 (pp. 323-351).

ROSEN, Arie, “Statutory Interpretation and the Many Virtues of Legislation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, n. 01, 2017 (pp. 134-162).

ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1991.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

RUIZ MANERO, Juan (presentación), en Hans Kelsen *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, Madrid: Editorial Debate, 1988.

_____ y FERRAJOLI, Luigi, *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

_____, “Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta”, en F. J. LAPORTA, J. RUIZ MANERO y M. Á. RODILLA, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

_____, “Sobre la interpretación genovesa de Kelsen: Kelsen como realista”, *Analisi e Diritto*, 2014 (pp. 115-128).

RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Dworkin y el limbo de la Metaética” en JOSÉ M. SAUCA (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho: tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015 (pp. 39-71).

_____, “Por qué no es realista ser realista jurídico (genovés): algunos problemas del punto de vista externo”, *Analisi e Diritto*, 2014 (pp. 129-148).

RUSSELL, Peter H., “The Notwithstanding Clause: The Charter’s Homage to Parliamentary Democracy”, *Policy Options*, febrero de 2007 (pp. 65-68).

SADURSKI, Wojciech, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 22, n. 02, verano de 2002 (pp. 275-299).

_____, *Rights Before Courts: a study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, 2 ed. Dordrecht, Springer, 2014.

SAGER, Lawrence G. "Putting Law in its Place", en WILL WALUCHOW y STEFAN SCIARAFFA (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, N. York, Oxford University Press, 2016 (pp. 117-129).

SANTIAGO NINO, Carlos, *La constitución de la república deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

SAVIGNY, F.C. de, *Sistema de Derecho Romano Actual* (Tomo I), vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley, Madrid, F. Góngora y Compañía editores, 1878.

SCARPELLI, Uberto, *Cos è il positivismo giuridico?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965.

_____, "La metaética analítica y su relevancia ética", trad. A. Rentería Díaz, en UBERTO SCARPELLI, *Ética jurídica sin verdad*, México D.F, Fontamara, 2007 (pp. 17-56).

SCHAUER, Frederick, "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text", en MATTHIAS KLATT (ed.), *Institutionalized Reason: the Jurisprudence of Robert Alexy*", Oxford, Oxford University Press, 2012 (pp. 307-316).

_____, "Deferring", *Michigan Law Review*, v. 103, n. 06, 2005 (pp. 1567-1577).

_____, "Easy Cases", *Southern California Law Review*, v. 58, 1985 (pp. 399-440).

_____, "Exceptions", *The University of Chicago Law Review*, v. 58, n. 03, 1991 (pp. 871-899).

_____, "Formalism", *The Yale Law Journal*, Vol. 97, n. 4, 1988 (pp. 509-548).

_____, "Institutions and the Concept of Law: a Reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick)", en MAKSYMILIAN DEL MAR y ZENON BANKOWSKI (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Farnham, UK, Ashgate, 2009 (pp.35-44).

_____, "Legal Positivism and the Contingent Autonomy of Law", en TOM CAMPBELL y JEFFREY GOLDSWORTHY (eds.), *Judicial power, democracy and legal positivism*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2000 (pp. 215-226).

_____, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

_____, "Positivism as Pariah", en ROBERT P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law: essays on legal positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996 (pp. 31-55).

_____, “Positivism Before Hart”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 24, n. 02, 2011 (pp. 455-471).

_____, “The Limited Domain of Law”, *Virginia Law Review*, v. 90, 2004 (pp. 1909-1956).

_____, “The Path-Dependence of Legal Positivism”, *Virginia Law Review*, v. 101, n. 04, 2015 (pp. 957-976).

_____, “The Social Construction of the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 03, 2005 (pp. 493-501).

_____, *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2009.

SCHMITT, Carl, *Constitutional Theory*, translated and edited by Jeffrey Seitzer, Durham and London: Duke University Press, 2008.

_____, *El concepto de lo político*, versión de Rafael Agapito, Madrid: Alianza Editorial, 2009.

_____, “El defensor de la Constitución”, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid: Tecnos, 2009 (pp.1-287).

_____, *Legalidad y Legitimidad*, Granada: Editorial Colmares, 2006.

_____, *Ley y Juicio*, en CARL SCHMITT, *Posiciones ante el Derecho*, Madrid: Tecnos, 2012.

_____, “Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy”, en *Sobre el parlamentarismo*, trad. De Thies Nelsson y Rosa Grueso, Madrid: Tecnos, 1990.

_____, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, en CARL SCHMITT, *Posiciones ante el Derecho*, Madrid: Tecnos, 2012, (pp. 243-315).

SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____, “The Hart-Dworkin Debate: a Short Guide for the Perplexed”, en ARTHUR RIPSTEIN (ed), *Ronald Dworkin*, N. York, Cambridge University Press, 2007 (pp. 22-55).

SMITH, Michael, *El problema moral*, trad. R. Sánchez Brigido y A. Embrioni, Madrid, Marcial Pons, 2015.

SOPER, Philip, "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", *Social Philosophy & Policy*, v. 04, n. 01, 1986 (pp. 31-48).

_____, *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes del derecho público (II)*, Madrid y Barcelona: Marcial Pons, 2004.

STONE, Alec y MATHEWS, Jud, "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008 (pp. 73-165).

STRECK, Lenio L., *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 5ed., São Paulo, Saraiva, 2014,

SUNSTEIN, Cass R. y VERMEULE, Adrian, "Interpretation and Institutions", *Michigan Law Review*, v. 101, 2003 (pp. 885-951).

TEN KATE, Jan y VAN KOPPEN, Peter J., "Judicialization of Politics in The Netherlands: Towards a Form of Judicial Review", *International Political Science Review*, Vol. 15, n. 2, 1994 (pp. 143-151).

TOMKINS, ADAM, "The role of the courts in the political constitution", *University of Toronto Law Journal*, v. 60, 2010 (pp. 01-22).

_____, "What's Left of the Political Constitution?", *German Law Journal*, v. 14, n. 12, 2013, pp. 2275-2292).

TREMBLAY, Luc B., "The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures", *I-CON*, v. 03, n. 04, 2005 (pp. 617-468).

TROPER, Michel, "Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy (book review)", *University of Toronto Law Journal*, v. 58, n. 04, 2008 (pp. 521-527).

_____, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", en Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'état*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994 p. 85-94.

_____, “Une théorie realiste de la validité”, *Analisi e Diritto*, 2014, Madrid, Marcial Pons (pp. 149-164).

TUSHNET, Mark, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, v. 101, 2003 (pp. 2781-2802).

_____, “How Different are Waldron’s and Fallon’s Core Cases For and Against Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 30, n. 01, 2010 (pp. 49-70).

_____, “Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World”, *University of Toronto Law Journal*, 53, 2003 (pp. 89-100).

_____, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries”, *Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003 (pp. 813-838).

_____, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, N. Jersey, Princeton University Press, 1999.

_____, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2008.

UHR, John, “The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights”, en T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY y ADRIENNE STONE (Eds.), *Protecting Rights Without a Bill of Rights*, Aldershot, Ashgate, 2006 (pp. 41-59).

VAN DER SCHYFF, Gerhard, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht, Springer, 2010.

VERNENGO, Roberto J., “El Derecho como interpretación e integridad”, en AGUSTIN SQUELLA (dir.), *Ronald Dworkin: estudios en su homenaje*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993 (pp. 17-44).

VINX, Lars, *Hans Kelsen’s pure theory of law: legality and legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy, “Can There Be a Democratic Jurisprudence”?, *Emory Law Journal*, v. 58, 2008-2009 (pp. 675-712).

_____, “Clarity, Thoughtfulness, and the Rule of Law”, in GEERT KEIL y RALF POSCHER, *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2016 (pp. 317-332).

_____, “Constitutionalism: a skeptical view”, en JEREMY WALDRON, *Political Political Theory: essays on institutions*, Cambridge y London, 2006 (pp. 23-44).

_____, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts”, en JEREMY WALDRON, *Political Political Theory: essays on institutions*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Harvard University Press, 2016 (pp. 246-273).

_____, “¿Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?”, *Law and Philosophy*, 21, 2002 (pp. 137-164).

_____, *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press, 1999.

_____, “Moral Truth and Judicial Review”, *The American Journal of Jurisprudence*, v. 43, issue 1, 1998 (pp. 75-98).

_____, “Normative (or Ethical) Positivism”, en JULES COLEMAN (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001 (pp. 410-434).

_____, “Political Political Theory”, en JEREMY WALDRON, *Political Political Theory: essays on institutions*, Cambridge y London, 2006 (pp. 01-22).

_____, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, 115 (pp. 1346-1406), 2006.

_____, *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____, “The Irrelevance of Moral Objectivity”, en ROBERT P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory: contemporary essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992 (pp. 158-187).

_____, “The Rule of Law as a Theater of Debate”, en Justine Burley (ed.), *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2004 (pp. 319-336).

_____, “Vagueness in Law and Language: some philosophical issues”, *California Law Review*, Vol. 82, n. 3, Symposium: Void for Vagueness, 1994, pp. 509-540.

WEINRIB, Lorraine E., “Postwar paradigm and american exceptionalism”, en SUJIT CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, New York, Cambridge University Press, 2006 (pp. 84-111).

YOUNG, Alison L., *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

_____, “In Defence of Due Deference”, *The Modern Law Review*, v. 72, n. 04, 2009 (pp. 554-580).

_____, “Will You, Won’t You, Will You Join the Deference Dance?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 34, n. 02, 2014 (pp. 375-394).

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, 10 ed., trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011.