



**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**  
**Catalogación**

PO

C430

I573i

V.1

La Constitución como objeto de interpretación / coordinadora Alejandra Martínez Verástegui ; [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales ; prólogo Alejandra Martínez Verástegui]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación , 2016.  
xii, 151 p. ; 22 cm. -- (Interpretación constitucional aplicada ; 1)

Contenido: La argumentación consecuencialista en la aplicación judicial del derecho / Flavia Carbonell Bellolio -- El derecho como práctica interpretativa / Isabel Lifante Vidal -- Derecho constitucional, juicio moral y la Suprema Corte como súper-legislatura / Brian Leiter -- El precedente y la ponderación / Carlos Bernal Pulido -- Argumentación jurídica a partir de la Constitución / Raffaele De Giorgi

ISBN 978-607-468-863-4

1. Interpretación constitucional – Doctrina – Ensayos 2. Interpretación jurídica – Consecuencialismo – Teoría 3. Pensamiento filosófico – Razonamiento jurídico 4. Cortes supremas – Moral pública – Crítica 5. Decisiones judiciales – Ponderación 6. Argumentación jurídica I. Martínez Verástegui, Alejandra, coord. II. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales III. Aguilar Morales, Luis María, 1949-

Primera edición: junio de 2016

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc  
C.P. 06065, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México  
*Printed in Mexico*

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1 SERIE Interpretación Constitucional Aplicada

# *La Constitución como objeto de interpretación*

Alejandra Martínez Verástegui  
*Coordinadora*



**Suprema Corte**  
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios  
Constitucionales  
SCJN

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Luis María Aguilar Morales  
*Presidente*

### **Primera Sala**

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena  
*Presidente*

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo  
Ministra Norma Lucía Piña Hernández  
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

### **Segunda Sala**

Ministro Alberto Pérez Dayán  
*Presidente*

Ministro José Fernando Franco González Salas  
Ministro Javier Laynez Potisek  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministro Eduardo Medina Mora Icaza

### **Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Doctor Roberto Lara Chagoyán  
*Director General*

---

# CONTENIDO

Presentación .....	VII
Prólogo .....	IX
LA ARGUMENTACIÓN CONSECUENCIALISTA EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO	
<i>Flavia Carbonell Bellolio</i> .....	1
1. Introducción .....	1
2. Sobre el argumento consecuencialista .....	4
2.1. Orígenes históricos .....	5
2.2. Concepto, clasificaciones, alcances .....	8
2.3. Tipos de consecuencias.....	13
3. Propuestas teórico-jurídicas sobre el argumento consecuencialista .....	17
3.1. La teoría de MacCormick.....	17
3.2. La teoría de Wróblewski.....	21
3.3. La propuesta pragmadialéctica de Feteris.....	24
4. Jueces consecuencialistas .....	31

5. Conclusiones.....	44
6. Referencias bibliográficas.....	45
 EL DERECHO COMO PRÁCTICA INTERPRETATIVA	
<i>Isabel Lifante Vidal</i> .....	51
1. Introducción.....	51
2. Una teoría valorativa de la interpretación.....	53
2.1. Las prácticas interpretativas.....	53
2.2. Tres "ocasiones" interpretativas: la interpretación colaborativa, la interpretación explicativa y la interpretación conceptual.....	60
3. Una teoría interpretativa del Derecho.....	64
4. El constructivismo dworkiniano.....	73
5. Bibliografía citada.....	75
 DERECHO CONSTITUCIONAL, JUICIO MORAL Y LA SUPREMA CORTE COMO SÚPER-LEGISLATURA	
<i>Brian Leiter</i> .....	77
 EL PRECEDENTE Y LA PONDERACIÓN	
<i>Carlos Bernal Pulido</i> .....	107
1. La paradoja del precedente y la ponderación.....	107
2. Un sistema de precedentes y principios.....	109
3. Los precedentes en la estructura de la ponderación.....	113
3.1. La estructura de la ponderación.....	113
3.2. Los precedentes y la fórmula del peso.....	117
i) El grado de afectación de los principios en colisión.....	118
ii) El peso abstracto de los principios en colisión.....	120
iii) La seguridad de las apreciaciones empíricas.....	121
4. Bibliografía citada.....	123
 ARGUMENTACIÓN JURÍDICA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN	
<i>Raffaele De Giorgi</i> .....	125

---

## PRESENTACIÓN

La interpretación jurídica es una de las principales actividades que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales. Para poder resolver cualquier asunto, es necesario que el Juez establezca el significado de la disposición normativa que se pretende aplicar al caso concreto. En el caso de los tribunales constitucionales, esa situación no es distinta. La interpretación de la Constitución es una actividad que se realiza en toda sentencia constitucional, con independencia de la vía procesal o el órgano jurisdiccional que la haya dictado.

En el sistema jurídico mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene encomendadas varias funciones propias de la jurisdicción constitucional, entre las que destacan la protección de los derechos fundamentales, el control de la ley y la resolución de conflictos competenciales entre órdenes de gobierno. Como no podía ser de otra manera, la interpretación de la Constitución está presente en todas estas funciones que realiza el Máximo Tribunal del país. La protección de los derechos

fundamentales implica necesariamente fijar los alcances de éstos a través de la interpretación. El control constitucional de la ley no sólo exige que se atribuya sentido a la norma que se enjuicia, sino también a las disposiciones constitucionales que se utilizan como parámetros de control. Y finalmente, la resolución de conflictos competenciales entre órdenes de gobierno requiere que previamente se interpreten las normas constitucionales en las que se alojan esas competencias.

De esta manera, si se tiene en cuenta la omnipresencia de la interpretación de la Constitución en las funciones más relevantes que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la relevancia de una publicación que aborde los problemas que plantea esta actividad está fuera de toda duda. En esta línea, el primer volumen de la Serie Interpretación Constitucional Aplicada, que se publica bajo el sello editorial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contiene trabajos académicos que contribuyen desde distintas perspectivas al esclarecimiento de distintos problemas teóricos y prácticos vinculados con la interpretación de la Constitución.

Ministro Luis María Aguilar Morales  
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
y del Consejo de la Judicatura Federal*



---

## PRÓLOGO

Las enmiendas constitucionales de junio de 2011 en materia de derechos humanos y juicio de amparo constituyen una de las transformaciones más importantes que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en las últimas décadas. En este sentido, una de las actividades que han cobrado más relevancia para poder operar esas reformas es la interpretación constitucional. Con la finalidad de contribuir a la discusión de los problemas teóricos y prácticos relacionados con la interpretación de la Constitución, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación inaugura con este volumen la *Serie Interpretación Constitucional Aplicada*.

El volumen comienza con un trabajo de Flavia Carbonell, profesora de la Universidad de Chile, en el que se analiza un tipo de argumento jurídico cuya utilización en el razonamiento judicial es frecuentemente subestimado o incluso inadvertido: el argumento consecuencialista. Así, en la primera parte de "La argumentación

consecuencialista en la aplicación judicial del derecho", la profesora chilena reconstruye críticamente las aproximaciones teóricas de tres autores en relación con la estructura de los argumentos consecuencialistas (MacCormick, Wróblewski y Feteris). En la segunda parte del trabajo, la autora utiliza el marco conceptual delineado para explicar y evaluar la forma en que el Tribunal Constitucional de Chile utilizó algunos argumentos consecuencialistas en una sentencia en la que se analizaba la constitucionalidad de una ley.

En segundo lugar, Isabel Lifante Vidal, profesora de la Universidad de Alicante (España), presenta un artículo titulado "El Derecho como práctica interpretativa". En el trabajo se analizan las dos aportaciones más importantes de Ronald Dworkin a la teoría de la interpretación. En opinión de la autora, la primera consiste en entender el Derecho como una "práctica interpretativa", lo cual implica concebir la actividad interpretativa como el centro de la reflexión iufilosófica. La segunda aportación de la que se ocupa Lifante Vidal se centra en la existencia de "criterios de corrección" para la interpretación en el derecho, criterios que están condicionados por la propia naturaleza de la interpretación, que se presenta en la teoría dworkiniana como una práctica "constructiva y valorativa".

El libro continúa con un ensayo de Brian Leiter, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. En este trabajo, el autor intenta demostrar que la Corte Suprema de los Estados Unidos opera en la práctica como un súper legislador con jurisdicción limitada. Estas limitaciones se derivan de la imposibilidad de que este Alto Tribunal decida en casos que no son sometidos a su consideración y resuelva en contra de sus decisiones anteriores o del propio texto legal y constitucional. Por otro lado, Leiter afirma que los juicios morales y políticos de los Jueces supremos determinan la mayoría de sus decisiones, sobre todo en los casos en los

que existen lagunas jurídicas, o aquellos en los que no está claro lo que exige el derecho constitucional.

Por lo anterior, las convicciones morales y políticas de los Jueces deben operar como un criterio decisivo para su nominación y nombramiento. No obstante, la crítica de Leiter estriba en señalar que estas preferencias no son abiertamente discutidas durante la elección de los Jueces. De esta manera, el profesor aboga por el pleno reconocimiento de la Corte Suprema norteamericana como un actor político, por la eliminación de los nombramientos vitalicios de los Jueces supremos, y por la incorporación de un examen público y abierto sobre las inclinaciones políticas y morales de estos juristas, ya que ello incide en forma determinante en la interpretación que éstos realizan de la Norma Fundamental.

Por su parte, Carlos Bernal Pulido, profesor de la Universidad Macquarie (Australia), en su ensayo "El precedente y la ponderación", nos invita a reflexionar sobre lo que ha supuesto la incorporación de las categorías que se utilizan en el estudio del precedente en el *common law* en sistemas de tradición civilista. En particular, su análisis se concentra en lo que este trasplante ha implicado para el proceso racional de la ponderación. El autor ofrece una solución a lo que denomina "la paradoja del precedente y la ponderación", que se genera debido a que los precedentes suelen tener estructura de regla, por lo que son aplicados utilizando la técnica de la subsunción, mientras que los principios son aplicados mediante la ponderación. Esto ha generado un desconcierto en el desarrollo de la doctrina del precedente y en la metodología de la ponderación, lo que resulta particularmente importante en los sistemas de derecho continental, donde esta técnica interpretativa se ha convertido en una operación metodológica esencial para la protección de los derechos fundamentales.

Para dar respuesta a este problema, el profesor Bernal sostiene que, a pesar de que la ponderación de principios debilita la normatividad de los precedentes, la utilización de esta técnica hace más racional un sistema jurídico. Aunado a lo anterior, el autor explica la importancia que tiene la ponderación de principios al generar que los precedentes garanticen la certeza jurídica, la coherencia, y que se proteja adecuadamente el principio de igualdad.

Por último, en el trabajo titulado "Argumentación jurídica a partir de la Constitución", Raffaele de Giorgi, decano y profesor de la Universidad de Salento (Italia), niega que el neoconstitucionalismo pueda ser concebido como teoría de la Constitución y como filosofía del derecho o de la política. Para justificar esta tesis, analiza la evolución de la democracia y del Estado constitucional y lo que eso ha implicado en la transformación de la función del Juez, específicamente de su labor interpretativa. El profesor De Giorgi cuestiona la forma de entender la argumentación como un procedimiento que hace posible la realización de los principios a partir de la razón.

En el Centro de Estudios Constitucionales esperamos que la publicación de artículos de autores tan destacados enriquezca la reflexión que se lleva a cabo en nuestro país sobre estos temas y contribuya a fortalecer la labor jurisdiccional realizada por los distintos tribunales de nuestro país encargados de interpretar la Constitución y proteger los derechos fundamentales.

Alejandra Martínez Verástegui  
*Investigadora jurisprudencial*  
*Centro de Estudios Constitucionales de la*  
*Suprema Corte de Justicia de la Nación*

---

# LA ARGUMENTACIÓN CONSECUENCIALISTA EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

**Flavia Carbonell Bellolio\***

## 1. INTRODUCCIÓN

Las teorías de la argumentación jurídica surgen en la teoría del derecho como una repercusión del giro argumentativo experimentado en la filosofía del lenguaje, y como una vía intermedia entre la idea de un Juez mecanicista y un Juez arbitrario con discrecionalidad absoluta. Estas teorías proponen un amplio rango de criterios para garantizar la racionalidad y razonabilidad de las decisiones jurídicas —especialmente de las judiciales— y para permitir el control público o intersubjetivo de la aplicación del derecho.<sup>1</sup>

---

\* Profesora de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile (flavia.carbonell@gmail.com). Una versión anterior en inglés fue publicada en un libro colectivo por la editorial Springer: "Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions" en DAHLMAN, Christian y FETERIS, Eveline (eds.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, Law and Philosophy Library, Springer, 2012, pp. 1-20. Agradezco el permiso de Springer Science + Business Media. Varias partes de la sección §2. son originales de esta publicación.

<sup>1</sup> Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Del método jurídico a las teorías de la argumentación" en *Anuario de Filosofía del derecho*, III, Ministerio de Justicia-Boletín Oficial del Estado, España, 1986, pp. 151-154.

Dentro de estos criterios, el argumento consecuencialista o pragmático ha recibido especial atención. Es un argumento generalmente utilizado en el contexto de los denominados "casos difíciles" —es decir, cuando estamos frente a problemas de interpretación, relevancia, calificación o prueba, de acuerdo a la clasificación de MacCormick—<sup>2</sup> en los que el Juez requiere justificar reforzadamente su decisión, concatenando diversos argumentos. Las propuestas teóricas que estudian el argumento consecuencialista consideran distintos elementos y variables para calificar su construcción y empleo como correctos o sólidos.

Pese a que la argumentación consecuencialista no es una técnica nueva dentro de las teorías de la argumentación en general y de las jurídicas en particular, su uso en la justificación de las decisiones jurídicas y sentencias judiciales ha recibido varias críticas y ha tenido una recepción heterogénea tanto en la teoría como en la práctica. Las críticas se refieren a diversos aspectos problemáticos de los argumentos consecuencialistas, tales como la falta de respaldo suficiente para las predicciones de consecuencias futuras, la determinación de cuáles (o hasta qué) consecuencias considerar en la cadena causal, la prueba de la relación de causalidad entre un acto o decisión y sus consecuencias previsibles, los parámetros para evaluar el carácter positivo o negativo de las consecuencias, el hecho de que el carácter positivo de las consecuencias que se invoquen pueda colisionar con otros valores, intereses o bienes, y la pregunta sobre para qué o para quiénes son aquellas consecuencias favorables o desfavorables, entre otros. En el campo jurídico, se pueden agregar problemas tales como la legitimidad de los Jueces para incorporar consecuencias extrajurídicas como razones para decidir en uno u otro sentido, o la cuestión de la excesiva discrecionalidad judicial de la mano de débiles mecanismos de control

---

<sup>2</sup> Los primeros dos problemas están relacionados con la premisa mayor o jurídica, y los dos siguientes con la premisa menor o fáctica. Vid. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1997, pp. 65, 72, 87-97.

cuando se hace uso de este tipo de argumentos.<sup>3</sup> No me detendré en todos estos aspectos.<sup>4</sup> Así, no me extenderé en el debate referido a si los Jueces pueden, deben o no deben emplear argumentación consecuencialista para respaldar sus decisiones. El punto de partida será que, en tanto los Jueces recurren al argumento consecuencialista en la fundamentación de sus sentencias, es relevante identificar cuáles son las herramientas teóricas que podrían ayudar a que hiciesen mejor uso del argumento. Me enfocaré especialmente en los diferentes parámetros propuestos por los teóricos del derecho para evaluar el argumento consecuencialista, indicando algunos problemas de las propuestas y ofreciendo una posible solución.

El objetivo de este artículo es realizar una comparación preliminar entre las propuestas teóricas sobre el argumento consecuencialista de tres autores—MacCormick, Wróblewski y Feteris—teniendo en cuenta que el propósito común de las teorías de la argumentación jurídica es proporcionar reglas o herramientas del buen o correcto argumentar, y construir indicadores para mejorar, modelar o guiar la práctica argumentativa. La comparación se hará empleando una sentencia del Tribunal Constitucional chileno, que servirá para identificar las fortalezas y debilidades de las propuestas.

El trabajo se estructura en tres partes. Una primera parte abordará brevemente los orígenes de este argumento (§2.1), definirá el argumento consecuencialista y tratará la

---

<sup>3</sup> Dworkin se refiere a este problema cuando señala que el razonamiento basado en consecuencias ignora las decisiones judiciales y políticas pasadas y reemplaza la concepción de bienestar de la comunidad por la concepción propia del Juez. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 101, 152 y ss.

<sup>4</sup> Para un panorama sobre los debates del argumento consecuencialista en teoría del derecho, *vid.* BENGOETXEA, Joxerramon, "Una defensa del consecuencialismo en el Derecho", *Telos, Revista Iberoamericana de estudios utilitaristas*, II, 2, diciembre 1993, pp. 31-68. Una introducción al debate del consecuencialismo – no consecuencialismo filosófico puede encontrarse en SINNOT-ARMSTRONG, Walter, "Consequentialism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006 y SLOTE, Michael, "Consequentialism", *Encyclopedia of Ethics*, Garland, Nueva York-Londres, 1992, pp. 212-214.

cuestión del alcance de las consecuencias (§2.2), y se detendrá en una distinción relevante en el ámbito jurídico (§2.3). La segunda parte estará destinada a destacar los elementos centrales de cada una de las propuestas teóricas en torno al argumento consecuencialista (§3). La tercera parte analizará la argumentación consecuencialista en una sentencia del Tribunal Constitucional de Chile a la luz de los criterios de evaluación que propone cada uno de los autores (§4). Finalmente, se expondrán algunas conclusiones (§5).

## 2. SOBRE EL ARGUMENTO CONSECUENCIALISTA

El argumento consecuencialista es común a varios campos del conocimiento. Así, en el campo de la ética se esgrime para calificar una acción de buena o mala, según sus consecuencias se ajusten o no, respectivamente, al concepto de bien acuñado. En otros términos, la evaluación de las acciones o actos humanos en conformidad a sus consecuencias o efectos produce una transferencia del valor de las consecuencias —favorables o desfavorables— al acto o hecho que las genera. A estas corrientes, en ética, se les identifica como "consecuencialismo"<sup>5</sup> —que se opone al deontologismo—,<sup>6</sup> término acuñado por Anscombe<sup>7</sup> para englobar distintas teorías

---

<sup>5</sup> Un tratamiento en profundidad del consecuencialismo excede del objetivo de este estudio. Una recopilación de escritos y críticas sobre el consecuencialismo puede verse en SCHEFFLER, Samuel, *Consequentialism and its Critics*, Oxford University Press, Oxford, 1988.

<sup>6</sup> Sobre las diferencias entre consecuencialismo y deontologismo, y sobre la estructura mínima del consecuencialismo, puede consultarse BAYÓN BAYÓN, Juan Carlos, "Causalidad, consecuencialismo y deontologismo", *Doxa*, 6, Alicante, 1989, pp. 461-500; y SINNOT-ARMSTRONG, Walter, "Consequentialism"..., *op. cit.* En el ámbito de las teorías de la argumentación, Alexy, siguiendo a Toulmin, señala que existen dos formas de argumentación. En la primera, que llama deontológica, una acción se justifica recurriendo a una regla moral vigente. En la segunda, la teleológica, la acción se justifica indicando sus consecuencias, menos dañinas que las de la alternativa en discusión. Entre estas dos formas de argumentar existe, según este autor, una semejanza estructural, que consiste en que en ambos casos se presupone la existencia de una regla. En la argumentación por referencia a una regla se presupone como verdadero un enunciado que describe las condiciones de aplicación de aquella regla. En la argumentación por referencia a las consecuencias, se presupone una regla que expresa que la producción de dichas consecuencias es obligatoria o buena. *Vid.* ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 93.

<sup>7</sup> *Cfr.* ANSCOMBE, Gertrude E.M., "Modern Moral Philosophy", *The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, XXXIII, 124, 1958, pp 1-19.



morales que evalúan los actos humanos a través de sus consecuencias, o que emplean razonamientos consecuencialistas —argumento *ad consequentiam*— para justificar el valor de una acción. Generalmente, cuando se habla de consecuencialismo la referencia es al "consecuencialismo de acto" y menos frecuentemente al "consecuencialismo de regla".<sup>8</sup> Especies de consecuencialismo son el utilitarismo<sup>9</sup> y el pragmatismo.<sup>10</sup>

## 2.1. Orígenes históricos

Se ha intentado reconstruir los orígenes históricos del *argumentum ad consequentiam* destacando, por una parte, que es un argumento comúnmente utilizado y razonable, y por otra, que no es necesariamente una falacia, como muchas veces se ha considerado. El argumento consecuencialista puede ser ampliamente caracterizado como "el argumento para aceptar la verdad (o falsedad) de una proposición citando las consecuencias de aceptar dicha proposición (o de no aceptarla)".<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Cfr. SLOTE, Michael, "Consequentialism"..., *op. cit.*, pp 211-214. En el primero, la rectitud u obligatoriedad de un acto depende de si sus consecuencias son al menos tan buenas como (o mejores que) aquellas de cualquier otro acto posible del agente. Dentro del consecuencialismo de acto se ubica el utilitarismo de acto, que considera que los únicos factores que permiten calificar de buenas las consecuencias son la felicidad, el placer, la utilidad, el bienestar. El consecuencialismo de regla, por su parte, postula que la moralidad de las acciones se determina por su conformidad a un conjunto de reglas que producen buenas consecuencias.

<sup>9</sup> El utilitarismo de Bentham expresa magistralmente el consecuencialismo presente en el razonamiento jurídico conforme al principio de utilidad: "¿Qué es ofrecer una *buen*a razón con respecto a una ley? Es alegar el bien o el mal que la ley tiende a producir: a mayor bien, más argumentos en su favor; a mayor mal, más argumentos en su contra; recordando en todo momento que bien y mal no son nada más que placer y dolor. / ¿Qué es ofrecer una *falsa* razón? Es alegar a favor o en contra una ley algo distinto de sus efectos buenos o malos". BENTHAM, Jeremy, "Principles of Legislation", *The Theory of Legislation*, vol. I, Thoemmes Press, Bristol, 2004, p. 67.

<sup>10</sup> Vid. MENAND, Louis, *El club de los metafísicos. Historia de las ideas en América*, Destino, Madrid, 2002, pp. 343-381; i. q. JAMES, William, "The Pragmatic Method", *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, 1, 25, 1904, pp. 673-687. DEWEY, John, "The Realism of Pragmatism", *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods* 2, 12, 1905, pp. 324-327 y, del mismo, "What Does Pragmatism Mean by Practical?", *Ibidem*, vol. 5, núm. 4, 1908, pp. 85-99, y "The Pragmatism of Peirce", *Ibidem*, 13, pp. 709-715.

<sup>11</sup> WALTON, Douglas, "Historical Origins of Argumentum ad Consequentiam", *Argumentation*, vol. 13, 1999, p. 252.

Los orígenes de este argumento se remontan a Aristóteles, quien lo trata tanto en los *Tópicos* como en la *Retórica*. En el primer texto señala que el argumento de las consecuencias es una forma particular de inferencia dentro del razonamiento práctico deliberativo,<sup>12</sup> mientras que en el segundo lo ubica dentro de los lugares comunes generales de los entimemas como un argumento de persuasión retórica.<sup>13</sup> De esta forma, el argumento consecuencialista se presenta en dos contextos diversos: el de deliberación y el de persuasión,<sup>14</sup> y su uso variará en cada uno de ellos.

La inclusión del argumento consecuencialista en el catálogo de falacias —que aparentemente se habría hecho a fines del siglo XIX en los libros de lógica— se debe a una confusión entre este tipo de argumento y la "falacia de lo que sigue" o "falacia de afirmación del consecuente" (*fallacy of consequent*), a la que Aristóteles se refiere en las *Refutaciones Sofísticas*. Esta falacia formal radica en que se considera que la consecuencia es reversible, y lo que Aristóteles refuta es que siempre se pueda

<sup>12</sup> Dice Aristóteles que "... cuando dos cosas son muy próximas una a otra y no podemos percibir ninguna superioridad de la una respecto a la otra, hay que verlo a partir de sus consecuencias. En efecto, aquello a lo que sigue un bien más grande es también más deseable; y si las consecuencias son malas, es preferible aquello a lo que sigue un mal menor; pues, aun siendo ambas cosas deseables, nada impide que tengan alguna consecuencia inconveniente [...] Tomar, pues, de las consecuencias, aquella que sea útil". ARISTÓTELES, *Tópicos*, 117a 5-15. Este argumento de las consecuencias se encuentra dentro de los lugares del accidente —es decir, lo que puede darse y no darse en una misma cosa— específicamente, dentro de los lugares de lo preferible.

<sup>13</sup> "Otro [lugar común] es el de que, puesto que la mayoría de las veces ocurre que a una misma cosa siga un bien y un mal, sea por las consecuencias por lo que se aconseje o disuada, se acuse o defienda y se elogie o censure [...] Cuando hay que aconsejar o disuadir a propósito de dos cosas opuestas, otro [lugar] consiste en hacer uso, para ambas cosas, del lugar común citado antes. La diferencia consiste, sin embargo, en que, allí, los términos están contrapuestos por casualidad, mientras que, aquí, son contrarios [...] Y en esto consiste la 'bláísisis': cuando a cada uno de dos contrarios sigue un bien y un mal, [conviene contraponer] cada uno de los contrarios a cada uno de los otros". ARISTÓTELES, *Retórica*, 1399a 11- 1399a 29 (el destacado es mío).

<sup>14</sup> Cfr. WALTON, Douglas, "Historical Origins...", *op. cit.*, p. 255. Dewey señala que es característico del razonamiento deliberativo el recurso a las consecuencias: "La deliberación genuina procede estableciendo y examinando cursos alternativos de actividad y considerando sus respectivas consecuencias. Este hecho esclarece la naturaleza funcional de las proposiciones disyuntivas e hipotéticas..." DEWEY, John, *Lógica. Teoría de la investigación*, FCE, México, 1950, p. 193.

invertir el condicional en las inferencias.<sup>15</sup> Esta falacia es, como queda de manifiesto, distinta al argumento consecuencialista, que Aristóteles no sólo acepta, sino que considera razonable emplearlo.

A pesar de ello, autores como Rescher incluyen el *argumentum ad consequentiam*, es decir, el recurso a las consecuencias, como subespecie de la falacia de la relevancia,<sup>16</sup> señalando que "lógicamente hablando, es completamente irrelevante que ciertas consecuencias indeseables puedan derivarse del rechazo de una tesis, o ciertos beneficios de su aceptación".<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Aristóteles describe y ejemplifica esta falacia de la forma siguiente: "La refutación [aparente] en función de lo que se sigue [se da] por creer que la consecuencia es reversible; en efecto, cuando, al existir esto, necesariamente existe aquello, también —creen algunos, al existir lo segundo, existirá necesariamente lo primero. De aquí surgen errores que envuelven la opinión a partir de la sensación: muchas veces se ha tomado la bilis por miel, debido a que el color amarillento acompaña a la miel; y como ocurre que, al llover, la tierra queda empapada, si está empapada se supone que ha llovido; pero ello no es necesariamente así. Y, en retórico, las demostraciones de acuerdo con el signo proceden de aquello que se deriva de la cosa en cuestión: pues, si se quiere mostrar que alguien es adúltero, se toma lo que de ello se sigue, a saber, que se adorna con afectación o que se le ve vagar de noche. Pero en muchos individuos se da esto y, en cambio, no se da lo predicado". ARISTÓTELES, *Refutationes Sofísticas*, 167b 1-13. Este tipo de razonamiento falaz o desviado se incluye en aquellos que se encuentran al margen de la expresión y específicamente, dentro de aquellas refutaciones en razón del accidente.

<sup>16</sup> En la falacia de la relevancia, que es una falacia informal, las premisas no son suficientemente relevantes lógicamente para la verdad de su conclusión, y la relación entre las premisa y la conclusión se produce casi completamente por la impresión psicológica creada por las premisas, y no por la información que proporcionan. RESCHER, Nicholas, *Introduction to Logic*, St. Martin's Press, Nueva York, 1964, p. 78. Que sea una falacia informal significa que es el contenido de las premisas lo que hace que el razonamiento sea equivocado o falaz, y no su forma lógica.

<sup>17</sup> *Ibidem* p. 82. Los autores de la aproximación pragmatológica señalan que el argumento consecuencialista no siempre es permisible o apropiado para probar una aserción. Así, puede serlo cuando la proposición en que se expresa la causa y aquella en que se expresa el efecto son ambas apropiadas; por ejemplo, cuando se trata de optar por un curso de acción que tenga consecuencias positivas. No es permisible, en cambio, cuando hay que probar una aserción (proposición descriptiva) señalando los efectos indeseables de la aserción (proposición evaluativa), ya que se confunden hechos y valores. En este caso, el examen de las implicaciones de una aserción es un esquema inapropiado de argumentación conocido como *argumentum ad consequentiam*. Los autores lo definen como el uso de un esquema de argumentación (causal) inadecuado que consiste en rechazar un punto de vista descriptivo debido a sus consecuencias indeseables, y constituye una violación a la séptima regla de discusión racional: "Una parte no puede considerarse un punto de vista concluyentemente defendido si la defensa no tiene lugar a través de un esquema de argumentación adecuado que sea correctamente aplicado". EEMEREN, Frans H. van, y GROOTENDORST, Rob, *Argumentation, Communication and Fallacies. A Pragma-Dialectical Perspective*, Lawrence Erlbaum, Hillsdale N.J., 1992, pp. 162, 209 y 212.

## **2.2. Concepto, clasificaciones, alcances**

Entenderé por argumento consecuencialista aquel que toma en cuenta las consecuencias positivas o negativas que podría generar una determinada decisión jurídica como razón para apoyar o rechazar dicha decisión. Merece la pena destacar dos elementos de esta definición. Primero, las consecuencias son expuestas como razones para apoyar o, la mayoría de las veces, para rechazar una decisión que tiene consecuencias inaceptables, dañinas o desfavorables bien para el sistema jurídico, bien para la sociedad; es decir, las consecuencias son un factor para adoptar una decisión. Segundo, esas consecuencias que actúan como razones para decidir son futuras e hipotéticas, en el sentido de que razonan sobre la base de una hipótesis, que consiste en un hecho que previsiblemente ocurrirá en el futuro de adoptarse una determinada decisión, pero respecto del cual no existe certidumbre. Pero se trata de un razonamiento hipotético no probabilístico,<sup>18</sup> a diferencia de la argumentación en materia de hechos en que sí puede existir un cálculo de probabilidades de ocurrencia de los hechos pasados bajo examen. Las consecuencias se plantean como suposiciones, y no se respaldan ni por grados de probabilidad, ni son corroborables científicamente o falseables, sino que normalmente, se justifican como hipótesis del sentido común.<sup>19</sup>

En lo que sigue, usaré como intercambiables las expresiones "razonamiento consecuencialista", "argumento consecuencialista", "argumentación a partir de consecuencias", "argumento pragmático", "razonamiento basado en consecuencias".<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, IIJ, México, 2003, p. 124.

<sup>19</sup> Cfr. BENGOTXEA, Joxerramon, "Una defensa..." *op. cit.*, pp. 45 y 46.

<sup>20</sup> Esta última expresión la tomo de Peter Cserne.

Circunscribiré el análisis a las decisiones judiciales como caso paradigmático de las decisiones jurídicas.

El estudio de este argumento se ha hecho bajo diversas etiquetas. Perelman, Ost y Ezquiaga<sup>21</sup> lo estudian como "argumento pragmático", mientras que MacCormick y Bengoetxea<sup>22</sup> como "argumento consecuencialista". Pero como no todos lo consideran un argumento autónomo, también es analizado dentro del argumento teleológico o finalista, o como una especie de argumento de reducción al absurdo. Aquí se considerará como un argumento independiente,<sup>23</sup> a pesar de que en algunos casos pueda combinarse con el contenido o forma de otros tipos argumentales.

Perelman fue uno de los primeros teóricos de la argumentación en estudiar el argumento pragmático, ubicándolo dentro de los argumentos basados en la estructura de lo real, es decir, aquellos que se presentan conformes a la naturaleza misma de las cosas y a partir de la cual establecen una solidaridad entre juicios ya

---

<sup>21</sup> Vid. OST, François, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur" en *zx(ed.)*, *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 139-140, y EZQUIAGA, Francisco J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, HAAE/IVAP, Oñate, 1987, p. 262.

<sup>22</sup> Vid. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss., y BENGOETXEA, Joxerramon, "Una defensa...", *op. cit.* Bengoetxea define los argumentos consecuencialistas como aquellos que "se centran en los resultados a los que presumiblemente llevarían una u otra decisión (entre las jurídicamente posibles) en el entorno social en que opera el derecho, y en este sentido suponen una negación de la autonomía radical del sistema jurídico, de su carácter autopoiético. La actividad judicial recurre a otros tipos de racionalidad además de la jurídico-formal", tales como la de los sistemas social, económico, cultural, político y moral. *Ibidem*, p. 37.

<sup>23</sup> Creo acertada la afirmación de Ross en orden a que la interpretación pragmática no puede identificarse con la teleológica, que atiende a la finalidad o propósito de una ley, porque ésta es demasiado restringida. Argumenta de la siguiente forma: primero, el fin de una actividad, aun suponiendo que pueda establecerse de forma inequívoca, no es la única guía de la actividad, sino que deben adoptarse enfoques valorativos más amplios; segundo, a menudo es difícil establecer inequívocamente el propósito de una ley; tercero, a veces esto último es imposible. *Cfr.* ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3a. ed., Eudeba, Argentina, 2005, pp. 182 y 183.

admitidos y otros que se intenta promover.<sup>24</sup> Específicamente, se trata de una argumentación estructurada a través de un nexo causal —enlace de sucesión— que procura evidenciar el efecto que debe resultar de cierto hecho o acontecimiento. Así, del efecto hacia la causa —en una relación ascendente— se efectúa una transferencia de valor que hace aumentar o disminuir la creencia en los efectos de un hecho.

El argumento pragmático es "aquel que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables".<sup>25</sup> Las consecuencias pueden ser presentes o futuras, observarse o simplemente preverse, pueden estar aseguradas o ser puramente hipotéticas. Este tipo de argumento tiene una importancia directa para la acción, ya que no requiere, para que lo admita el sentido común y según estos autores, justificación alguna, sino que basta con demostrar la superioridad de una conducta partiendo de la utilidad de sus consecuencias. Por ello, sostienen, sólo puede desarrollarse a partir del acuerdo sobre el valor de las consecuencias.<sup>26</sup>

Sin embargo, quienes argumentan en contra de este argumento dicen que es la verdad lo que debe preconizarse en tanto valor absoluto, independientemente

---

<sup>24</sup> Los argumentos basados en la estructura de lo real se distinguen de los argumentos cuasi-lógicos, que son los que derivan su validez de su relación más o menos estrecha con determinadas fórmulas lógicas. Al respecto, *vid.* PERELMAN, Chaim, y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 2000, pp. 303 y ss.

<sup>25</sup> *Ibidem* p. 409.

<sup>26</sup> Esta no es una afirmación pacífica. Hay que tener en cuenta que es precisamente el desacuerdo valorativo el que impide elegir una interpretación en un primer test de consistencia y coherencia. El desacuerdo, por tanto, persistirá en esta segunda fase de argumentación consecuencialista, y lo importante serán las razones o argumentos que se den para justificar el valor en que se funda la decisión.

de sus consecuencias. Para ellos, los valores morales o religiosos, las reglas de lo verdadero y falso, del bien y el mal, de lo oportuno y de lo inoportuno se reconocen con independencia de sus consecuencias actuales e inmediatas.<sup>27</sup>

Por otra parte, estos autores distinguen entre las relaciones hecho-consecuencias y medio-fin. Si se quiere minimizar un efecto, basta presentarlo como una consecuencia, y en este caso la relación causal pertinente es la de "hecho-consecuencia" (unicidad del hecho –pluralidad de consecuencias); si se quiere aumetar la importancia de un efecto, hay que presentarlo como un fin, caso en el cual es útil la relación "medio-fin" (unicidad del fin –multiplicidad de medios). Es decir, no siempre los fines coinciden con las consecuencias. Puede que una consecuencia imprevisible, por ejemplo, sea contraria al fin perseguido. Lo anterior revela dos críticas al argumento pragmático: el valor de las consecuencias no es una magnitud fija —por lo que no siempre existe acuerdo sobre aquél— y se produce la descalificación del argumento en tanto aparece únicamente como medio con miras a obtener resultados. Una dificultad adicional del argumento pragmático es que existe una multiplicidad divergente y "casi infinita de consecuencias posibles de un acto". En estos casos, el Juez suele interrumpir la cadena de las consecuencias, y apela a aquellas previsible, normales o razonables. Esto quiere decir que el balance de las consecuencias posibles de dos o más decisiones muy raras veces es completo, ya que concurren muchas consecuencias favorables y desfavorables, y es difícil decidir cuáles son las relevantes y cómo ponderarlas.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 411 y 415.

<sup>28</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 414 y 417.

Una distinción importante es la introducida por MacCormick, que diferencia entre consecuencias y resultado de una decisión. El resultado es el producto necesario de una acción, y dentro del ámbito de la decisión judicial, se identifica con la condena, absolución, declaración de un derecho, o prohibición de una conducta. Es decir, el resultado de la acción judicial consiste en producir una norma válida dentro del sistema y este resultado debe justificarse. Las consecuencias, por el contrario, son un factor en la justificación de la decisión.<sup>29</sup>

Las consecuencias van, de esta forma, más allá del resultado y pueden, a su vez, estar causalmente conectadas con aquél, o ser más bien remotas. Las consecuencias causales son las que la decisión causa por sí misma.<sup>30</sup> Desde otro punto de vista, las consecuencias pueden ser jurídicas, económicas, sociales o políticas. Como se verá más adelante, MacCormick se centra en las primeras, que denomina también consecuencias como implicaciones lógicas.

El alcance de las consecuencias reconduce a dos problemas: por una parte, cuáles consecuencias de la cadena causal deben considerarse y hasta dónde debe extenderse esta consideración, y por otra, si el intérprete debe sólo considerar las consecuencias del caso particular o también debe tener presente los efectos de

---

<sup>29</sup> Vid. MACCORMICK, Neil, "On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, vol. 2, núm. 58, 1983, pp. 246 y ss.

<sup>30</sup> Una consecuencia causal sería—y siguiendo la ejemplificación del propio MacCormick—la desesperación de la parte a la que se le condena a pagar una alta suma de dinero; consecuencias remotas son aquellas que encuentran en la decisión una condición o precondition, como lo sería, en el ejemplo, que a causa de la desesperación, la parte vencida se vuelva alcohólica.



universalización<sup>31</sup> que la consideración de dichas consecuencias produce en el sistema jurídico.<sup>32</sup>

Respecto de la extensión temporal de las consecuencias o hasta dónde considerarlas —consecuencias inmediatas o a corto plazo y consecuencias a largo plazo—, Perelman señala que esto es algo que el intérprete tendrá que determinar según la relevancia que dicha consideración pueda tener en la decisión del caso, intentando evitar que se destruya la posibilidad de transferencia de valor desde el efecto a la causa.<sup>33</sup> Pese a que se trata de límites borrosos y difíciles de establecer, creo que en general debe atenderse a las consecuencias causales a corto plazo para no desfigurar este argumento.<sup>34</sup>

### **2.3. Tipos de consecuencias**

A más de las clasificaciones mencionadas —consecuencias causales y remotas, favorables y desfavorables, previsibles y ciertas— y siguiendo las sugerencias

---

<sup>31</sup> La universalización o universalidad consiste en que el Juez que adopta una decisión en un caso concreto debe estar dispuesto a dar la misma solución a todos los casos futuros que se le presenten y que tengan análogas propiedades relevantes. Sobre la regla de universalidad, *vid.* PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, pp. 163-169 y ALEXI, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1989, p. 187. La universalización hacia el futuro se relaciona con el autoprecedente, entendido como la "adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del Derecho", que constituye "una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización". GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 37-38.

<sup>32</sup> Gottlieb distingue entre la consideración de las consecuencias de una decisión —que comprende sólo a las partes de la controversia— y aquellas que enuncian una regla o principio particular —donde lo importante es el uso y alcance prospectivo de aplicación de la regla formulada. GOTTLIEB, Gidon., *The Logic of Choice, An Investigation of the Concept of Rule and Rationality*, George Allen & Unwin Ltd., Londres, 1968, p. 76.

<sup>33</sup> *Cfr.* PERELMAN, Chaim, y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 414.

<sup>34</sup> Bengoetxea expone este mismo problema a propósito de las consecuencias como repercusiones de la decisión. Puede ser que esta apelación futura de las consecuencias difiera dependiendo del ámbito en que se empleen. BENGOTXEA, Joxerramon, "Una defensa...", *op. cit.*, pp. 44-45. Por otra parte, el problema de la relación de causalidad entre el acto y la consecuencia es un tema demasiado amplio y complejo como para ser expuesto aquí. Baste con señalar que han habido extensos estudios sobre la causalidad en el derecho. Véase la doble perspectiva filosófica-jurídica y dogmática que se recoge en Hart y Honoré.

de algunos autores,<sup>35</sup> se puede distinguir entre consecuencias jurídicas y extra-jurídicas.

*Consecuencias jurídicas* son los efectos de una decisión dentro del sistema jurídico. En este sentido, el uso del argumento de consecuencias jurídicas mira hacia la consistencia y coherencia de una decisión con la Constitución y con el resto de normas del sistema jurídico y, al mismo tiempo, intenta evitar vacíos normativos y desregulación. Así, la argumentación consecuencialista aparece frecuentemente junto con otros argumentos basados en la coherencia, y se usa principalmente para rechazar soluciones que producen efectos incoherentes con el sistema jurídico considerado como un todo o con los principios específicos de una determinada rama del derecho.<sup>36</sup> Algunos ejemplos del uso del argumento consecuencialista son: evitar inseguridad jurídica; evitar vacíos normativos; evitar vaciar de contenido una competencia jurídica; evitar lesionar derechos de terceros de buena fe; y rechazar la invocación genérica de daños futuros.<sup>37</sup>

Por otra parte, *consecuencias extrajurídicas* son las repercusiones que una decisión jurídica produce en la realidad social extrajurídica o fuera del sistema

---

<sup>35</sup> Bengoetxea hace esta distinción con otra terminología, distinguiendo entre aquellos que se refieren a los resultados o repercusiones (en el comportamiento) que podrían seguirse de la decisión judicial en el ámbito del Derecho, por ejemplo en la economía o en el derecho como sistema social o en otros sistemas; y aquellos que se refieren a las posibles implicancias jurídicas de una decisión jurídica al interior del sistema jurídico (BENGOETXEA, Joxerramon, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Clarendon, Oxford, 1993, pp. 256 ss). *Vid.* también la distinción entre consecuencias jurídicas (*judicial consequences*) y consecuencias en el comportamiento (*behavioural consequences*) en MACCORMICK, Neil, "On Legal Decisions and Their Consequences...", *op. cit.*, p. 251. También podrían considerarse análogas las categorías de consecuencias "normativas" y "fácticas" dentro de la trilogía propuesta por WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Justification Through Principles and Justification Through Consequences" en FARRALI, C., y PATTARO, E., *Reason in Law*, Giuffrè, Milan, 1984, pp. 151 y ss.

<sup>36</sup> *Cfr.* BENGOETXEA, Joxerramon, "Una defensa...", *op. cit.*, p. 48.

<sup>37</sup> Estos tipos de argumentos provienen del análisis de un conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional español que realicé hace algunos años. Siguiendo el orden del texto, estas sentencias son: STC 45/1989, de 20 de febrero; STC 195/1998, de 1 de octubre; STC 75/1984, de 27 de junio; STC 37/1981, de 16 de noviembre; STC 178/2004, de 21 de octubre; STC 184/2004, de 2 de noviembre.

jurídico. Dentro de ellas pueden distinguirse consecuencias económicas, sociales y políticas. Al igual que el argumento sobre consecuencias jurídicas, el argumento sobre consecuencias extrajurídicas se usa comúnmente en su variante negativa. Es decir, se incorpora en el razonamiento judicial para justificar el rechazo de una posible decisión por sus consecuencias indeseables o desfavorables. Algunos ejemplos de consecuencias extrajurídicas son: las consecuencias económicas, para el gobierno local, de revisar o anular un permiso de edificación o algún otro acto administrativo urbanístico; el impacto en el erario fiscal derivado de la obligación del Estado de devolver impuestos pagados en virtud de una norma tributaria declarada nula; las variaciones producidas por una decisión referida a la política estatal económica y financiera; los efectos políticos negativos del incumplimiento de obligaciones o de reversión de compromisos internacionales; la alteración de la lógica del sistema democrático; y las consecuencias sociales producidas por cambios introducidos en materia laboral que afectan la política de empleo.<sup>38</sup>

La relevancia de distinguir entre estos dos tipos de consecuencias es doble. En primer lugar, el argumento que hace uso de consecuencias jurídicas es menos controvertido que aquel que hace uso de consecuencias extrajurídicas. Esto es así, ya que las consecuencias jurídicas generalmente se articulan, en los discursos justificatorios de adjudicación del derecho, con otros elementos del sistema jurídico que son fácilmente identificables o cuya pertenencia al sistema y su importancia no son controvertidas. Nadie negaría, por ejemplo, que la seguridad jurídica es una finalidad importante para los sistemas jurídicos —aun cuando se trata de una expresión vaga que pueda ser entendida de formas diversas. Por el contrario, es una

---

<sup>38</sup> Estos ejemplos se toman del estudio mencionado en la nota anterior. Siguiendo el orden del texto, estas sentencias son: STC 54/2002, de 27 de febrero; STC 13/1992, de 6 de febrero; STC 155/2005, de 9 de junio; ATC 135/2004, de 20 de abril; STC 22/1981, de 2 de julio.

cuestión debatida si los efectos positivos o negativos de un principio o valor social, económico o político pueden ser usados para adoptar o rechazar una determinada decisión. Así, por ejemplo, no es claro si la "estabilidad económica" puede ser invocada en una decisión como razón para decidir en uno u otro sentido —e incluso es menos claro que sean los Jueces los facultados para realizar este balance de valores, principios o intereses— pese a que pareciese, a primera vista, un estado positivo y deseable para una sociedad. Más aún, el análisis sería incompleto si se argumenta que la estabilidad económica es deseable, sin considerar si existe o no otro principio jurídico o un interés jurídicamente protegido que esté siendo derrotado, inaplicado o desplazado por la consecuencia extrajurídica favorable que podría producir la decisión. Más claramente, el problema de las consecuencias extrajurídicas en la argumentación judicial es que la justificación de la deseabilidad o carácter positivo de aquéllas no es una cuestión autoevidente o incontrovertida. En muchas ocasiones este argumento se reviste de sentido común o de autoridad, lo cual esconde tanto la existencia de un desacuerdo fundamental en la materia como las razones que realmente justifican la decisión.<sup>39</sup>

En segundo lugar, la distinción es también útil para identificar criterios de evaluación del argumento consecuencialista que son problemáticos, especialmente cuando se aplican a las consecuencias extrajurídicas, y para recalcar la necesidad de tener tanto criterios comunes como diferenciados para cada tipo de consecuencias.<sup>40</sup> Ello no implica negar que, en algunos casos, no exista una línea divisoria

---

<sup>39</sup> Cfr. BELL, John, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Clarendon, Oxford, 1983, p. 36.

<sup>40</sup> Me parece que esta es la propuesta de Bengoetxea. Algunos de los criterios comunes para evaluar las consecuencias jurídicas son la unidad entre las partes del argumento, la consistencia o ausencia de contradicciones entre los elementos del argumento, la coherencia del argumento en el sistema jurídico, y la completitud, es decir, que el argumento da cuenta de todas sus premisas. Criterios propios para la evaluación de consecuencias jurídicas son: la equidad sustantiva, los fines y objetivos de la norma o rama del derecho, valores institucionales, principios

clara entre consecuencias jurídicas o extrajurídicas, o estas últimas son reconducidas a principios o normas jurídicas.

### 3. PROPUESTAS TEÓRICO-JURÍDICAS SOBRE EL ARGUMENTO CONSECUENCIALISTA

Teniendo en cuenta el concepto de argumento consecuencialista y la distinción entre consecuencias jurídicas y extrajurídicas, las siguientes secciones expondrán los principales puntos del razonamiento basado en consecuencias en los tres autores bajo estudio: MacCormick, Wróblewski y Feteris.

#### 3.1. La teoría de MacCormick

En la teoría de MacCormick, el argumento consecuencialista actúa en el segundo nivel de justificación, en el que se lleva a cabo la fundamentación material de las premisas normativa y fáctica. Este segundo orden de justificación tiene lugar cuando el primer orden de justificación (silogismo deductivo) es insuficiente para resolver un caso difícil. Tres son los elementos que cumplen un rol importante en este segundo nivel: consistencia, coherencia y consecuencias de las decisiones alternativas. Los primeros dos requisitos expresan la necesidad de que la decisión tenga sentido

---

constitucionales o principios generales del derecho. Las consecuencias extrajurídicas, por su parte, se evalúan a través de criterios axiológicos tales como la estabilidad económica, buenas relaciones internacionales y la protección del estado de bienestar de la sociedad o de cierto grupo social. El problema es, precisamente, que siendo las consecuencias hipotéticas, no hay posibilidad de una evaluación empírica cuando son usados como argumento; por el contrario, su evaluación siempre se hace *a priori* y abstractamente, lo que impide el control racional de esas hipótesis. Cfr. BENGOTXEA, Joxerramon, "Una defensa...", *op. cit.*, pp. 46 y ss.

con relación al sistema, mientras que el último busca que la decisión tenga sentido con el mundo perceptible, es decir, que sea aceptable.<sup>41</sup>

MacCormick está especialmente interesado en la justificación de segundo nivel porque si las premisas están bien justificadas, la deducción formalmente correcta a partir de las premisas producirá una conclusión, interpretación o decisión justificada o racional. Las consecuencias son incorporadas en la teoría como una manera de recordar que las decisiones jurídicas, particularmente las judiciales, no impactan sólo en la fisonomía del sistema jurídico, sino también —o quizás principalmente— de manera directa en las personas y en otras dimensiones o subsistemas de la sociedad.

Siguiendo una sugerencia de Rudden, el autor escocés distingue entre consecuencias jurídicas y en el comportamiento. Consecuencias jurídicas, o consecuencias con implicancias lógicas relevantes para la justificación jurídica, son aquellas que tienen efectos dentro del sistema jurídico. Consecuencias en el comportamiento, por otra parte, son aquellos efectos que las decisiones producen en el mundo, en el comportamiento de los sujetos y en el de la economía y sociedad.<sup>42</sup>

Hay otros aspectos importantes en los escritos de MacCormick sobre consecuencias. De acuerdo a su visión, algunos tipos y rangos de consecuencias son *necesarios* y *relevantes* en la justificación de decisiones y debiesen incluirse en ellas. Esto se explica porque su propuesta se ubica en una vía intermedia entre dos posiciones extremas: la justificación basada exclusivamente en consecuencias —siendo

---

<sup>41</sup> *Cfr.* MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning...*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>42</sup> *Cfr.* MACCORMICK, Neil, "On Legal...", *op. cit.*, p. 251.

el principal criterio aquí la *ratio* costo-beneficio— y la justificación que garantiza la naturaleza y la calidad de la decisión.<sup>43</sup>

Sin embargo, la incorporación de consecuencias en el razonamiento judicial no puede ignorar una regla central en la argumentación jurídica: "tiene que ser siempre posible enmarcar la respuesta jurídica en términos del derecho, a través de la interpretación de leyes o precedentes, o de principios jurídicos desarrollados por medio de la reflexión sobre el derecho considerado como un orden normativo casi coherente". En esta línea, un requisito básico del razonamiento jurídico es mostrar que la decisión "no contradice normas jurídicas válidamente establecidas". Un segundo requisito es mostrar que la decisión se encuentra respaldada por principios jurídicos instituidos. Cuando ambos requisitos no son suficientes o concluyentes en favor de una única decisión, entonces la consistencia y la coherencia requieren ser complementadas por el argumento basado en consecuencias.<sup>44</sup>

Junto con los requisitos recién mencionados, el proceso justificatorio debería conducir a la universalización de las razones de la decisión, que es una manera de realizar la justicia formal o el carácter igualitario de la *rule of law*.<sup>45</sup> El requisito de universalización también se aplica al razonamiento consecuencialista, lo que significa que un criterio de evaluación debiese ser su capacidad para ser universalizado, es

---

<sup>43</sup> Cfr. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning...*, *op. cit.*, pp. 101-102.

<sup>44</sup> Cfr. MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 101 y 104.

<sup>45</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 230-231. La uniformidad en las decisiones judiciales es un requerimiento de consistencia y coherencia del sistema jurídico, y al mismo tiempo una expresión de la regla de justicia que "exige tratar de igual manera a los que son esencialmente similares". Perelman lo llama la regla de justicia formal "porque no nos dice cuándo los seres son esencialmente similares ni cómo debemos tratarlos" PERELMAN, Chaim, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1977, pp. 81-82.

decir, de transformarse en una norma general del sistema.<sup>46</sup> En igual sentido, debiese entenderse la afirmación de MacCormick que sostiene que las consecuencias relevantes son aquellas que se basan en reglas generales y no solo en los efectos específicos producidos por la decisión en las partes.<sup>47</sup>

Finalmente, MacCormick identifica la cuestión de la determinación de los criterios para evaluar las consecuencias como una "trampa" del consecuencialismo. Sin distinguir entre consecuencias jurídicas y en el comportamiento, dice que este examen debiese hacerse a la luz de criterios tales como "justicia", "sentido común", "política pública" y "conveniencia".<sup>48</sup> Así, la evaluación considera una pluralidad de valores que el derecho espera lograr, y no solo utilidad o una relación costo-beneficio. Es por ello que el argumento consecuencialista no puede ser sin más asimilado al razonamiento utilitarista. La evaluación de consecuencias se hace no solo a partir de una pluralidad de valores sino que, en palabras de este autor, es al menos en parte subjetiva, ya que diversos Jueces pueden atribuir pesos o importancia distinta a los diferentes criterios de evaluación. Incluso se plantea la siguiente cuestión: ¿pueden estos criterios ser reconducidos a una medida única o debiésemos aceptar que son inconmensurables? Esta pregunta, sin embargo, se deja sin respuesta clara. Existen valores, argumenta, que son "imperfectamente conmensurables incluso situacionalmente"; por otra parte, hay casos controvertidos irresolubles donde el desacuerdo es razonable.<sup>49</sup> La sugerencia parece ser que, en estos últimos casos, los Jueces pueden justificar sus decisiones en distintas direcciones, y la forma lógica,

---

<sup>46</sup> Wróblewski dice que aunque pueda ser cuestionada la idea de que la universalidad es expresión de la racionalidad de la argumentación, la universalidad puede, no obstante, ser entendida como una exigencia de su legalidad. Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Justification...*, op. cit., pp. 160-161.

<sup>47</sup> Cfr. MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning...*, op. cit., p. 150.

<sup>48</sup> *Idem*, y tb. MACCORMICK, Neil, "On Legal...", op. cit., p. 255.

<sup>49</sup> Cfr. MACCORMICK, Neil, *Rhetoric...*, op. cit., p. 117.



la universalidad y la completitud constituyen requisitos argumentativos básicos que solo garantizan un mínimo de corrección.

### **3.2. La teoría de Wróblewski**

Conviene comenzar notando que Wróblewski usa el término "consecuencias" para describir dos operaciones diversas: la "elección de consecuencias" y la "justificación a través de consecuencias". El primer uso se refiere a la competencia que ciertas normas confieren a los Jueces para individualizar las consecuencias de sus decisiones, quedando esta determinación dentro de sus poderes discrecionales por reconocimiento expreso del sistema jurídico.<sup>50</sup> El ejemplo típico son las normas penales que permiten a los Jueces decidir los años de privación de libertad dentro de un rango. No obstante, el ejercicio de esta competencia no involucra necesariamente razonamiento basado en consecuencias, sino que es simplemente el ejercicio de una facultad legal.

El segundo uso que Wróblewski hace del término "consecuencias" es el que aquí interesa. La justificación que recurre a consecuencias, explica este autor, es una justificación que incluye consecuencias entre las razones que respaldan la decisión o, en otras palabras, un razonamiento que justifica una decisión o una acción mediante la evaluación de sus consecuencias.<sup>51</sup> Wróblewski distingue este tipo de justificación de la justificación a través de principios, en la que el principio es la *ultima ratio* de la decisión. A pesar de ello, ambos tipos de justificación están interrelacionados en tres sentidos: primero, porque la clasificación de consecuencias

---

<sup>50</sup> Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of the Law*, Kluwer, Dordrecht, 1992, pp. 189 y ss.

<sup>51</sup> Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Justification through...", *op. cit.*, p. 191

se basa en la categoría de los principios; segundo, ya que "se necesita una justificación a través de consecuencias cuando los principios utilizados en la justificación se refieren a consecuencias, o cuando la elección entre esos principios dependen de la evaluación de sus consecuencias"; y tercero, porque es probable que operen conjuntamente, especialmente en los casos difíciles.<sup>52</sup>

Wróblewski clasifica las consecuencias en lógico-semióticas, normativas y fácticas.<sup>53</sup> Esta clasificación se relaciona con tres tipos de principios: a) principios como reglas de razonamiento justificativo, o PRR, por ejemplo, principios de la lógica, retórica, argumentación, *topoi*; b) principios como normas promulgadas y sus consecuencias formales o interpretativas consideradas como reglas válidas relevantes, o PN; y c) principios como reglas relacionadas con normas promulgadas, pero que no son ni sus consecuencias formales ni interpretativas (las razones de las normas o sus fundamentos axiológicos, o PR).

Así, las *consecuencias lógico-semióticas* son las que se infieren de las reglas o decisiones de acuerdo con los principios en tanto reglas de razonamiento justificativo (PRR). Consecuencias formales (es decir, aquellas inferidas de normas a través de un cálculo lógico-formal) y consecuencias interpretativas (aquellas que son el resultado de la interpretación de normas promulgadas) son ejemplos de esta categoría. Las *consecuencias normativas* son de dos tipos: a) consecuencias lógico-semióticas consideradas como reglas válidas de acuerdo al concepto aceptado de validez o a una regla de reconocimiento; y b) consecuencias de reglas o decisiones en términos de derechos, obligaciones u otras modalidades atribuidas a sujetos, o

---

<sup>52</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 156.

<sup>53</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 151 y ss.

que cualifiquen su comportamiento. Por último, están las *consecuencias fácticas* de reglas y decisiones identificadas o analizadas en un nivel socio-psicológico empírico, y que son las que tienen una dimensión espacio-temporal. Este último tipo pertenecería a la categoría que he denominado consecuencias extrajurídicas.

En su análisis, Wróblewski asume que "la justificación debiese incluir *inter alia* una referencia a una regla jurídica válida, a los hechos, y a evaluaciones, y que las reglas de razonamiento y las premisas de la decisión que se usen pudiesen ser controladas".<sup>54</sup> Este presupuesto es relevante, toda vez que supone distintas elecciones, por ejemplo, la determinación de los criterios de validez de las normas jurídicas y la decisión de incorporar valoraciones en el proceso de justificación jurídica.

También refuerza la idea de explicitar en la decisión los diversos elementos en juego con el objetivo de permitir su control. Las elecciones, a su vez, revelan opciones teóricas (por ejemplo, cómo se entiende el sistema jurídico) o incluso una ideología, en palabras de este autor. El marco teórico de Wróblewski para analizar la justificación contiene elecciones y se funda en dos valores básicos: la legalidad y la racionalidad. La legalidad implica que la decisión sea conforme a derecho, es decir, que "a) la decisión no crea derecho, sino que lo aplica; b) el alcance del derecho es determinado, y c) la decisión implementa la axiología del derecho aplicable".<sup>55</sup> La racionalidad se refiere a las condiciones formales para la justificación interna y externa, que son consistencia entre las premisas y la decisión, consistencia de las premisas y consistencia entre las premisas y su justificación.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 158-159.

<sup>56</sup> *Cfr.* WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974, pp. 33-46. En "Justification through...", *op. cit.*, Wróblewski distingue cinco niveles de justificación.

La propuesta de Wróblewski para evaluar las consecuencias identifica criterios internos, externos y mixtos. El criterio interno evalúa las consecuencias en su relación con los elementos del sistema, y emplea los sub-criterios de consistencia, coherencia normativa y justicia formal. La coherencia requiere que el argumento, la cadena de argumentos y la decisión resultante sean axiológicamente coherentes con el sistema jurídico respectivo,<sup>57</sup> y su verificación precisa la identificación de los valores que subyacen a las reglas, principios e instituciones jurídicas. El criterio externo recurre a valores que permiten una evaluación de la decisión jurídica desde fuera del sistema, siendo el valor superior el de la justicia sustantiva. El criterio mixto es la aceptabilidad,<sup>58</sup> que hace referencia a la aprobación o rechazo de las consecuencias de la decisión por un auditorio concreto, que es aquel que tiene características sociales específicas y que comparte un consenso axiológico determinado. La decisión mejor justificada será la que alcance la adhesión del auditorio universal. Así, el Juez debiese preguntarse si su decisión será aceptada o rechazada por las partes y la opinión pública. La aceptación de la decisión depende de diversos factores, tales como la extensión de consecuencias lesivas, cualquier daño a bienes, derechos o intereses que pudiesen verse afectados, y cualquier consecuencia inaceptable.<sup>59</sup>

### **3.3. La propuesta pragmatialéctica de Feteris**

El principal objetivo de la teoría pragmatialéctica aplicada a los procesos judiciales es reconstruir la argumentación de los intervinientes y del Juez como parte de una

---

<sup>57</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 153.

<sup>58</sup> Cfr. AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Kluwer, Dordrecht, 1987, pp. 185 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Justification Through...", p. 153.

discusión crítica sometida a control racional.<sup>60</sup> En diversos artículos, Feteris aplica y especifica el modelo pragmadialéctico al análisis y evaluación del argumento de las consecuencias en las decisiones judiciales. Para esta autora, la argumentación consecuencialista es un argumento que justifica una decisión recurriendo a consecuencias que se ajusten a un fin deseable o que permitan alcanzar dicho fin. Es decir, las consecuencias positivas o deseables de un acto lo son en tanto satisfagan un fin deseable o valioso.

En su formulación básica, el argumento consecuencialista se estructura de la siguiente forma:

- punto de vista: El acto X es deseable (decisión o interpretación)  
porque: El acto X produce la consecuencia Y (enunciado empírico)  
y: La consecuencia Y es deseable (enunciado prescriptivo)

El punto de vista se refiere a un determinado acto X, que puede ser una decisión o interpretación. El enunciado prescriptivo establece que la consecuencia Y es deseable, y el enunciado empírico establece que el acto X produce la consecuencia Y. Lo importante es responder afirmativamente a las dos preguntas críticas que guían la evaluación del argumento pragmático: 1) ¿conduce la aplicación de la regla X en su interpretación X' a la consecuencia Y?;<sup>61</sup> 2) ¿es la consecuencia Y (in)deseable?

---

<sup>60</sup> Cfr. FETERIS, Eveline T., "The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules: a Pragma-Dialectical Perspective", *Argumentation*, núm. 19, 2005, p. 462. Uno de los textos fundacionales de la teoría pragmadialéctica es el de EEMEREN, Frans H. van, y GROOTENDORST, Rob, *Argumentation, Communication and Fallacies... op. cit.*

<sup>61</sup> Siguiendo una línea argumentativa similar, Van Eemeren y Grootendorst señalan que para la argumentación instrumental, como modelo de argumentación que se basa en la relación de causalidad, las preguntas críticas importantes son: ¿es realmente deseable el efecto esperado de la medida propuesta?, ¿realmente se producirá este

La primera pregunta se relaciona con la existencia de una relación causal entre el acto y las consecuencias, y evalúa el enunciado empírico; la segunda inquiriere por la justificación del enunciado prescriptivo o, en otras palabras, por las razones que apoyan el enunciado que afirma la deseabilidad o aceptabilidad de las consecuencias.

Es en el nivel subordinado donde estas preguntas deben ser resueltas, la segunda de ella demostrando la compatibilidad de la consecuencia Y' con un propósito P y justificando el propósito P como uno perseguido por el legislador histórico (por ejemplo, a través del estudio del debate parlamentario), o como uno objetivamente prescrito por el sistema jurídico (por ejemplo, explicando en qué medida el propósito P subyace a ciertas reglas, principios o valores).

Sin embargo, estas justificaciones no son ni simples ni obvias. La identificación de los propósitos del legislador histórico no siempre funciona cuando se trata de interpretar disposiciones de textura abierta, tales como cláusulas constitucionales, porque su vaguedad —y la posibilidad de diversas lecturas de la misma— fue probablemente necesaria para el acuerdo respecto de su aprobación. En este sentido, se hace difícil la identificación "del" propósito del legislador histórico. Adicionalmente, es frecuente que el fin del legislador al promulgar una norma colisione con otros fines protegidos por otras reglas jurídicas válidas. A ello se suma el hecho de que el fin o propósito de una norma no es siempre claro, explícito o fácil de detectar. Otros, en fin, señalan que aquel propósito no corresponde al del legislador histórico, sino que debe actualizarse al que razonablemente correspondería atribuir al momento

---

efecto?, ¿o puede ser alcanzado más fácilmente por otra medida?, ¿realmente la medida no tiene ningún efecto secundario negativo serio? *Cfr. Ibidem*, p. 102.

de aplicación de la norma.<sup>62</sup> Problemas similares surgen del análisis de la expresión "fin objetivamente prescrito por el sistema jurídico".

Con relación a la primera pregunta crítica, no se dan más orientaciones sobre los elementos que ayudarían a contestarla, ya que se refiere a la relación causal entre la decisión o acto y sus consecuencias previsibles, y esto es un problema fáctico—o un contrafáctico, sostendrían algunos—irresoluble cuando se argumenta sobre posibles consecuencias futuras.

Tomando en consideración la estructura simple del argumento consecuencialista, Feteris propone un marco pragmatialéctico para el análisis y evaluación de los argumentos prácticos en el derecho. Este argumento por sí solo puede ser débil o insuficiente, por lo que puede ser complementado reconduciendo lo (in)deseable de la consecuencia Y del acto X, a lo (in)deseable del fin Z. Esta argumentación compleja se construye en tres niveles: principal, subordinada y sub-subordinada. La estructura puede representarse de la siguiente forma:<sup>63</sup>

1. La interpretación X es deseable; la interpretación X conduce a Y;  
Y es deseable (argumento consecuencialista)
2. Y es deseable; Y cumple el principio, fin, directriz política o valor Z;  
Z es deseable (argumento finalista)

---

<sup>62</sup> *Vid.*, por ejemplo, la distinción entre argumento teleológico-subjetivo y argumento teleológico-objetivo que propone GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios" en ZULUAGA, Ricardo, (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2004, pp. 13-27.

<sup>63</sup> *Cfr.* FETERIS, Eveline T., "The Rational...", *op. cit.*, pp. 462 y ss.

3. Z es deseable; Z es coherente y consistente con los principios generales del derecho, fines y valores P subyacentes al sistema jurídico (argumento de coherencia o consistencia)

Como puede verse, ya no se trata de un simple esquema de consecuencias, sino de la coordinación de tres argumentos —consecuencialista, finalista y de coherencia y consistencia— que tienen una fuerza mayor a la suma de sus pesos argumentales individuales. Se recurre a este tipo de justificaciones cuando el Juez se enfrenta a distintas posibilidades de interpretación contrapuestas, caso en el cual su argumentación debiera reflejar la elección entre dos puntos de vista rivales de las partes, y mostrar la ponderación entre estas dos posiciones de acuerdo a las consecuencias deseables e indeseables en relación con el fin de la regla.<sup>64</sup>

Feteris también enfatiza la importancia de la razonabilidad y equidad en tanto valores que el Juez debe considerar cuando analice dos o más interpretaciones posibles de una regla, elementos que pueden ser usados para restringir o ampliar su esfera de aplicación basándose en las consecuencias absurdas que una aplicación muy extensiva o una aplicación muy restrictiva pueden producir con relación al fin de la regla.<sup>65</sup>

En el modelo pragmatialéctico, como se ha mostrado, la determinación del fin o propósito de una norma aplicable al caso juega un rol central. No obstante, los

---

<sup>64</sup> "Si la aplicación de la regla *R* en su interpretación *X1* en las circunstancias del caso *C1, C2, ... Cn* conducen a *Y1*, e *Y1* es deseable, y si la aplicación de la regla *R* en la interpretación *X2* conduce a *Y2* e *Y2* es indeseable, entonces la aplicación de la regla *R* en la interpretación *1* debe preferirse a la aplicación de la regla *R* e su interpretación *X2*". FETERIS, Eveline T., "The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justification of Judicial Decisions", *Ratio Juris*, vol. 4, núm. 21, 2008, p. 490.

<sup>65</sup> *Cfr.* FETERIS, Eveline T., "The Rational...", *op. cit.*, pp. 962 y ss.



sistemas jurídicos contienen una multiplicidad de fines que fácilmente pueden colisionar —y de hecho colisionan— en un caso concreto, por lo que la decisión de favorecer uno y desplazar el otro también debiese justificarse. Otro problema se presenta tratándose de casos en que no exista norma explícita que los resuelva. En esos casos, la solución sería, de acuerdo a este modelo, recurrir a los principios que inspiran el sistema jurídico como un todo, aun cuando no sean explícitos. Este tipo de técnica presenta los conocidos problemas de cómo "detectar" o "leer" los valores que subyacen a un determinado ordenamiento jurídico, o los problemas de "asignación" de significados a través de definiciones y elecciones interpretativas, lo que se traduce en que el ejercicio de detección, lectura o adscripción de significado puede variar ampliamente entre los intérpretes.<sup>66</sup> Una cuestión similar ocurre con relación a las consecuencias extrajurídicas. El modelo de Feteris no diferencia entre consecuencias jurídicas y extrajurídicas, toda vez que el punto importante es que las consecuencias se encuentren vinculadas a un fin o propósito de la norma o del sistema jurídico. En este sentido, podría decirse que las consecuencias extrajurídicas que no se pueden relacionar fácilmente con el propósito de una norma o del sistema jurídico no tendrían cabida en la estructura pragmatialéctica.

En esta sección, he explicado brevemente los principales puntos de la teoría de cada uno de los autores estudiados, referidos al argumento consecuencialista. A partir de esta descripción, surgen algunas similitudes y diferencias, que es interesante destacar para los propósitos de la siguiente sección. Con relación a las semejanzas, los tres autores insisten de alguna u otra medida en que la decisión, y

---

<sup>66</sup> Los postulados de una teoría escéptica moderada en materia interpretativa pueden verse, entre otros, en GUASTINI, Ricardo, *Interpretare e argumentare*, Giuffré, Milán, 2011; COMANDUCCI, Paolo, "L'interpretazione delle norme giusidiche. La problematica attuale" en BESSONE, Mario, (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale*, vol. I; Regole, metode, modelli, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 1-20; y CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

por tanto, los argumentos pragmáticos que la apoyan, deben respetar la *rule of law* y el derecho válido del sistema jurídico. En segundo lugar, los tres se ocupan de la necesidad de establecer criterios para evaluar el uso del argumento consecuencialista. Mientras que MacCormick propone criterios generales y Wróblewski clasifica las consecuencias en tres tipos, Feteris diseña las preguntas críticas en términos de deseabilidad de las posibles consecuencias a las que podría conducir una determinada decisión, pese a que no define los criterios para evaluarlas. En tercer lugar, MacCormick y Wróblewski hacen una distinción similar a la aquí propuesta entre consecuencias jurídicas —jurídicas y normativas— y consecuencias extrajurídicas —en el comportamiento y fácticas, respectivamente. Finalmente, estos mismos autores consideran que, en algunos casos, el uso del argumento de consecuencias extrajurídicas o la influencia del no-derecho, para usar una expresión de Wróblewski, es inevitable o, más precisamente, es una condición necesaria para la racionalidad de la decisión.

También existen algunos puntos divergentes entre las propuestas bajo análisis, que provienen de las diferentes formas que tienen los autores de aproximarse a la argumentación consecuencialista. La aproximación normativa de MacCormick consiste en incluir el argumento a partir de las consecuencias en un diseño más amplio de los dos niveles de justificación, específicamente, dentro de la exigencia de que las decisiones deben tener sentido tanto dentro del sistema jurídico como del mundo. Wróblewski asume un estilo analítico en el tratamiento de este argumento, desde que distingue y clasifica los tipos de consecuencias relevantes para el derecho y los criterios de evaluación de aquéllas. Feteris, por su parte, está preocupada de la estructura del argumento consecuencialista y de cómo se interconectan los diferentes niveles de argumentación.

#### 4. JUECES CONSECUENCIALISTAS

Esta sección ofrecerá una síntesis de los principales argumentos consecuencialistas —jurídicos y extrajurídicos— esgrimidos en un procedimiento de inconstitucionalidad seguido ante el Tribunal Constitucional de Chile, y los analizará con las herramientas de las propuestas teóricas antes descritas, con el fin de detectar sus fortalezas y debilidades.

El caso bajo estudio es una sentencia del Tribunal Constitucional<sup>67</sup> en la que se debate la constitucionalidad de una disposición de la Ley de ISAPRES (Instituciones

---

<sup>67</sup> STC 1710-10-INC, de 06 de agosto de 2010, que declara la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del art. 38 ter de la Ley 18.933, Ley de que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional.

El artículo 38 ter dispone:

"Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

- 1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;
- 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;
- 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;
- 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;
- 5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

de Salud Previsional).<sup>68</sup> Específicamente, el problema jurídico consiste en determinar si el art. 38 ter de esa ley vulnera el artículo 19 n° 2, 9 y 18 de la Constitución chilena. La disposición impugnada regula la facultad de la Superintendencia de ISAPRES para fijar rangos máximos en la diferencia de precios de los planes de los seguros privados de salud de acuerdo a la edad y sexo del asegurado (que son significativamente más caros para personas de 60 o más años y para mujeres a partir de los 20 años). La inconstitucionalidad derivaría del hecho de que esta disposición permite a las Instituciones de Salud Previsional determinar el precio del plan de salud de acuerdo a su edad y sexo (lo que se concreta en una "tabla de factores"). Ello genera a) una discriminación arbitraria entre hombres y mujeres, y entre niños, adultos y ancianos (violación del principio de igualdad ante la ley, art.19, n° 2); b) una vulneración del derecho a la protección de la salud, porque impide garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, y el derecho que asiste a cada uno de elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea estatal o privado (art.19, n° 9); c) una infracción de los principios de solidaridad y universalidad que sirven de fundamento al derecho a la seguridad social en particular, el acceso a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes (art.19, n° 18).

---

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38°.

<sup>68</sup> El sistema de salud chileno combina, desde la reforma del año 1981, un sistema público (Fondo nacional de salud o Fonsa) y un sistema privado (a través de Instituciones de salud previsional o Isapres). La población que cuenta con seguros privados no supera el 17%.

La sentencia, tanto en el voto de mayoría como en los votos disidentes, incorpora argumentos sobre consecuencias jurídicas y extrajurídicas. Así, el tribunal argumenta que:

[...] la exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear *efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia*. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es *la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal*. Si deviene una *situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación*, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma.<sup>69</sup>

Contrariamente a lo que podría esperarse por la introducción de este argumento en su razonamiento, el voto de mayoría no lo desarrolla, y finalmente decide declarar inconstitucionales los numerales impugnados.

En contra de la decisión de la mayoría, algunos argumentos consecuencialistas más precisos fueron esgrimidos. Así, por ejemplo, se citó la doctrina constitucional alemana para respaldar el razonamiento de que el tribunal debía abstenerse de declarar la inconstitucionalidad de una ley:

a) cuando se evita la creación de un vacío normativo; b) cuando la sentencia pueda incidir en la *"libertad de configuración normativa (Gestaltungsfreiheit) que corresponde al legislador"*; c) *"si la declaración de nulidad no es necesaria cuando se trata de corregir una omisión parcial del legislador"*; d) si *"la declaración de*

---

<sup>69</sup> STC causa Rol 558, de 05 de junio de 2007, cons. 18 y 19. Citada por la STC causa Rol 1710-10-INC, de 06 de agosto de 2010, cons. 23.

*nulidad de la ley no alcanza a cubrir la finalidad perseguida por la sentencia; y e) "si la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que justamente se trata de evitar".<sup>70</sup>*

A excepción del inciso c, el resto de los casos denuncian los posibles impactos normativos negativos que podría producir la eliminación de una norma del sistema jurídico, tales como la persistencia de los daños que la sentencia intenta evitar —en este caso concreto, la lesión de ciertos derechos fundamentales—, la interferencia en la esfera legislativa, la imposibilidad de reestablecer el sistema jurídico y la producción de un vacío normativo.

En la misma línea argumental, una de las opiniones disidentes argumenta que la sentencia constitucional que deroga una norma produce cambios profundos en el sistema. Esto significa que el tribunal solo debería declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando no exista otra interpretación posible que sea armónica con la Constitución. Por otra parte, esta opinión reproduce algunas de las consideraciones incorporadas por la mayoría, insistiendo que la exclusión de una norma jurídica no puede producir efectos más perjudiciales que los producidos por la existencia de la norma impugnada. El vacío normativo y la incerteza jurídica, se argumenta, conduce a una situación de "mayor inconstitucionalidad".<sup>71</sup>

Se invocan, además, razonamientos basados en consecuencias extrajurídicas en este caso. Así, la decisión de la mayoría se opone a considerar consecuencias extrajurídicas como un factor justificatorio de la decisión, mientras que la minoría

---

<sup>70</sup> Presentación del Presidente Sebastián Piñera, 20 de mayo de 2010, p. 37. Algunas de estas causales fueron invocadas por los votos disidentes.

<sup>71</sup> Voto disidente de la ministra Marisol Peña.

refuerza la necesidad de incluirlas cuando se razona acerca de la constitucionalidad de una norma. En un párrafo confuso, el voto de mayoría sostiene que:

[...] es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional *tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable*, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado.<sup>72</sup>

Por otra parte, el voto de minoría reivindica la importancia de las consideraciones de consecuencias extrajurídicas, cuando señala que la declaración de inconstitucionalidad debiese ponderar todos los efectos que puede producir (jurídicos o de otro tipo, tales como sociales, económicos y políticos); no obstante, no desarrolla en profundidad el argumento, sino que sólo lo menciona.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> STC causa Rol 1710-10-INC, de 06 de agosto de 2010, cons. 44.

<sup>73</sup> El voto de la ministra Marisol Peña argumenta en favor de la incorporación de elementos extrajurídicos, recurriendo a una cita de Zagrebelsky:

"Cuando están en juego dos apreciaciones distintas, además de los principios y las convicciones, debe considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones." (*Jueces constitucionales. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, año 6, 2006, p. 320). [Las negritas son nuestras].

11°.- Que, de esta forma, la consideración de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad va a generar, no sólo respecto del ordenamiento jurídico, sino que en un sentido amplio, se torna imprescindible para el Juez constitucional. Con mayor razón cuando, como en el caso sometido a la decisión de este Tribunal, se encuentran en juego aspectos medulares del sistema de salud vigente en Chile que combina los esfuerzos públicos y privados que el legislador ha debido regular en forma congruente con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental.

Es por esta razón, avalada por la doctrina constitucional autorizada, que esta Juez disidente no comparte lo razonado en el considerando cuadragésimocuarto de la sentencia, que llama al Juez constitucional a no "inhibirse" de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, aunque esté consciente del impacto político, económico

Adicionalmente, durante el proceso, se realizaron diversas presentaciones ante el Tribunal Constitucional que pretendieron identificar, de manera más concretas, cuáles serían las consecuencias extrajurídicas de la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1 a 4 del art. 38 ter,<sup>74</sup> enfatizando la necesidad de establecer:

[...] los efectos constitucionales que una eventual derogación de la norma legal en cuestión causaría en los afiliados y en las instituciones de salud previsual, en especial, en relación a la cobertura de los planes, discriminación en los precios y afectación arbitraria a ciertos grupos de la sociedad, efectos en los contratos de salud vigentes y futuros, viabilidad del sistema de salud privado garantizado constitucionalmente, entre otros.

Los efectos finales de este proceso, continua el argumento:

[...] podrían impactar seriamente al Sistema de salud del país en su totalidad (público y privado), incluyendo la cobertura y beneficios a los afiliados y el precio final cobrado a los mismos, la viabilidad de las instituciones de salud provisional

---

y social de sus decisiones. Por el contrario, en concepto de quien suscribe este voto, la consideración de los efectos que la sentencia denomina "extrajurídicos" resulta fundamental a la hora de decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal, pues de su análisis integral puede concluirse que tal declaración producirá un efecto más inconstitucional que el que se trata de prever, lo que es razón suficiente para que la magistratura constitucional se abstenga de expulsar el referido precepto del ordenamiento jurídico vigente.

En tanto la sentencia declara inconstitucional las reglas que fijan la estructura de la tabla de factores —y no los factores edad, sexo y condición de cotizante o carga que pueden invocarse para fijar precios diferenciados en los planes de salud—, desaparecen —prosigue el voto disidente— los baremos incorporados por esos numerales y la Superintendencia podrá fijar dicha estructura libremente (según lo dispone el inciso 4to. del art. 38 ter que no fue declarado inconstitucional). Esto potencia, a su vez, la libertad de las ISAPRES para determinar los factores de cada tabla. Así, por ejemplo, al desaparecer la regla sobre relación entre el factor más bajo y más alto de cada tabla, dicha relación quedaría entregada, se argumenta, al arbitrio de las ISAPRES. La incerteza a que el 16% de la población queda expuesta con la sentencia, prosigue el argumento, consiste en la posibilidad de alzas en los precios en los planes de salud y la consiguiente vulneración del libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud como consecuencia de la falta de reglas objetivas que regulen los factores que serán aplicados por las Isapres en los futuros contratos de salud. Esta afectación de los derechos sociales fundamentales que produce la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión, concluye el voto, "favorece una inconstitucionalidad mayor que la infracción a la supremacía constitucional que se trata de remediar".

<sup>74</sup> Presentación de la Asociación de Isapres, de 30 de abril de 2010.



y, finalmente, al Estado, que consecuentemente, en caso de derogación de la norma, debiera aumentar significativamente su gasto de salud [...].

Resumiré las líneas de argumentos consecuencialistas empleadas en este proceso y más arriba reproducidas. Por una parte, la sentencia identifica cinco casos en que la declaración de inconstitucionalidad debiese evitarse por las consecuencias jurídicas negativas o indeseables que genera: a) si conduce a un vacío normativo; b) si genera inseguridad jurídica; c) si se produce una situación más perjudicial que aquella preexistente a la declaración de inconstitucionalidad (*horror vacui*); d) si es inconveniente para el interés público o el estado de derecho; o e) si genera interferencia en la esfera del legislador. Por otra parte, en el proceso se dieron argumentos para demostrar los efectos extrajurídicos negativos que podría producir la declaración de inconstitucionalidad. Una decisión en este sentido podría: a) tener efectos negativos en los afiliados, tales como cambios en la cobertura, beneficios y precios de sus planes de salud; b) poner en peligro la existencia del sistema de salud privado; y c) producir profundas y negativas repercusiones económicas en el presupuesto público destinado a salud, toda vez que el alza de los planes de salud privados generarán una migración de las personas desde el sistema privado al sistema público.<sup>75</sup> Sin embargo, y pese a estos argumentos para rechazar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada —que son, al menos en apariencia, sólidos— la decisión de la mayoría declaró su inconstitucionalidad y, por tanto, la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico chileno.

---

<sup>75</sup> Lo último se argumenta en las presentaciones de las instituciones de salud públicas. Las posibles consecuencias futuras fueron respaldadas por datos estadísticos en el Informe "Eliminación de la Tabla de Factores" de la Superintendencia de Salud, de fecha 30 de mayo de 2010.

El análisis y evaluación de estos argumentos puede hacerse usando los diferentes elementos y herramientas revisados en la sección anterior.<sup>76</sup> Las consecuencias jurídicas, como se ha sugerido, son menos problemáticas que las consecuencias extrajurídicas, toda vez que aquellas se vinculan con elementos del sistema jurídico cuya existencia o fundamento es menos incontrovertido. En este sentido, las consecuencias jurídicas tales como evitar vacíos normativos o asegurar la seguridad jurídica, desde la perspectiva de las tres teorías estudiadas, no pueden ser entendidas de manera aislada sino sólo en relación a otros argumentos jurídicos como el argumento teleológico o el argumento de la coherencia. Por ejemplo, la afirmación de que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no serían coherentes con el estado de derecho puede considerarse como una combinación de argumentación consecuencialista y coherentista.

Por otro lado, el argumento sobre consecuencias extrajurídicas es una expresión del requisito que introduce MacCormick de que la decisión sea aceptable o haga sentido en el mundo, considerando ese *making sense with the world* como la necesidad de tomar en consideración los diferentes efectos que la decisión produce en la realidad extrajurídica, tales como el posible impacto económico de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal. Este impacto económico podría afectar a los beneficiarios de los seguros de salud privados, al Estado y al sistema privado de salud. Aquí, sin embargo, las preguntas referidas a 1) cómo

---

<sup>76</sup> Me gustaría insistir en el hecho de que podría ser controvertido clasificar las proposiciones de las letras a) a la e) y a) a la c), respectivamente, como argumentos que se refieren a consecuencias jurídicas y extrajurídicas en sentido propio, cuando podrían calificarse como meras consideraciones que, junto con otras, inclinan la decisión en una determinada dirección. Así, si no son argumentos en absoluto sino sólo proposiciones genéricas que se consideran razonables o de sentido común en la práctica jurídica, sería problemático tratarlos como argumentos propiamente tales y aplicarles los marcos teóricos estudiados. Incluso asumiendo este último punto de vista, esto es, que existen deficiencias argumentativas en la forma en que los argumentos están contruidos, creo que algún análisis de esas proposiciones *qua* argumentos es posible.

seleccionar *quién/es*, de entre diferentes personas, grupos o instituciones que podrían verse afectadas por estas consecuencias, debiese/n ser tomado/s en consideración en el razonamiento del tribunal y 2) *cómo ponderar* (o seleccionar) las consecuencias positivas y negativas sobre los afectados por una decisión que se incorporarán en el razonamiento judicial quedan sin respuesta en las propuestas teóricas de los tres autores, pese a que estas preguntas pareciesen contener elementos decisivos para la evaluación del argumento sobre consecuencias extrajurídicas.

Siguiendo la propuesta de MacCormick, la evaluación de consecuencias debiese hacerse mediante criterios tales como justicia sustantiva, conveniencia pública y sentido común. Sin embargo, estos criterios se encuentran insuficientemente definidos o precisados o, en otras palabras, constituyen solo directivas débiles para ponderar las consecuencias positivas y negativas de decisiones alternativas, porque se basan en conceptos controvertidos que requieren, a su vez, ser delimitados antes de ser usados como parámetros de solidez o corrección de argumentos consecuencialistas. Por ejemplo, en el caso bajo análisis, ¿podría decirse que los cambios en la cobertura, beneficios y precios de los planes de salud son consecuencias desfavorables de la declaración de inconstitucionalidad? Y, de ser así, ¿se encuentra la corrección de esta conclusión corroborada por el hecho de que dichos efectos son contrarios a la justicia sustantiva? Un problema similar surge con el criterio de aceptabilidad de Wróblewski: ¿cuándo debiésemos concluir que el argumento de las consecuencias ha cumplido con este criterio?, ¿cuál es la audiencia particular que potencialmente debe aceptar el argumento consecuencialista? Desde las consecuencias extrajurídicas invocadas en este proceso, es difícil imaginar en qué medida la referencia a la probabilidad de ser aceptado por un grupo social o por la audiencia universal contribuye a la solidez de un argumento.

Una dificultad adicional es que estos criterios son, por un lado, múltiples y es incierto si existe un orden de aplicación de los mismos o si, por sí solo, uno de ellos es suficiente para asegurar la construcción adecuada del argumento de las consecuencias. Más aún, si la solución que resulta de la aplicación de un criterio, por ejemplo, la justicia sustantiva, es contraria a la solución que resulta de la aplicación de un criterio diferente, por ejemplo, el interés público o el sentido común, no existe un metacriterio que resuelva la contradicción. Por otra parte, estos criterios no dan cuenta de las peculiaridades y problemas asociados a cada tipo de consecuencias.

Un siguiente punto en la evaluación del argumento a partir de consecuencias es el test de universalización, esto es, la respuesta positiva a la pregunta ¿es posible usar este mismo argumento consecuencialista en un caso futuro similar y, de esta manera, permitir que la decisión se transforme en una norma general del sistema? Este test podría ser, sin embargo, problemático en el caso de las consecuencias extrajurídicas, porque ellas se encuentran estrechamente relacionadas con las particularidades del caso. Adicionalmente, en la práctica, en casos de control abstracto de constitucionalidad como el estudiado, la posibilidad de universalizar las razones sólo podría tener lugar cuando la norma impugnada sea la misma.

No es necesario, en opinión de Wróblewski y, en aparente contraste con la propuesta de Feteris, justificar la incorporación de consecuencias extrajurídicas como factor en la argumentación intentando vincularlas, algunas veces forzosamente, con una norma determinada o con valores o fines supuestamente perseguidos por el sistema jurídico considerado como un todo; en cambio, debería intentarse relacionar el argumento con datos confiables que apoyen la predicción de consecuencias futuras (des)favorables de la decisión.

La aproximación pragmatialéctica de Feteris hace explícitos los diferentes enunciados que se requieren para producir una decisión fundada, incluyendo el uso de premisas justificadas y conectando y organizándolas en niveles (principal, subordinada y sub-subordinada). Esta aproximación identifica adecuadamente las preguntas críticas que se refieren a la justificación externa de las premisas empírica y prescriptiva, pese a que no discute en profundidad cómo se alcanza una justificación correcta o sólida. En el caso de la declaración de inconstitucionalidad del art. 38 ter, la primera pregunta crítica sería ¿conduce la inconstitucionalidad de la norma impugnada a un vacío normativo? Luego, sería necesario volver a frasear esta pregunta con cada uno de los efectos indeseados alegados. La segunda pregunta crítica será ¿es Y indeseable?, reemplazando Y con cada uno de las consecuencias (vacío normativo, inseguridad jurídica, aumento de los planes de salud, etc.). Si las preguntas críticas permanecen sin respuesta, o si se detecta que la atribución de la (in)deseabilidad de una posible consecuencia de la decisión es arbitraria, antojadiza o no cuenta con ningún respaldo, entonces el argumento carece de fuerza como razón para justificar la decisión.

Aplicando el marco pragmatialéctico para la argumentación compleja, que combina el argumento consecuencialista, teleológico y el de la coherencia, a uno de los argumentos del caso en cuestión, la reconstrucción podría ser la siguiente:<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Y la reconstrucción de un argumento de consecuencias extrajurídicas podría ser la siguiente:

(A) La declaración de inconstitucionalidad de la norma es indeseable; la declaración de inconstitucionalidad puede tener efectos negativos en los afiliados como cambios en la cobertura, beneficios y precios de los seguros de salud que son indeseables.

(B) Los cambios en la cobertura, beneficios y precios de los seguros de salud que son indeseables; cambios en la cobertura, beneficios y precios producen desigualdades entre los afiliados; la desigualdad es indeseable.

(C) La desigualdad es indeseable; la igualdad está protegida por la Constitución.

1. La declaración de inconstitucionalidad del art. 38 ter de la Ley de ISAPRES es indeseable; la declaración de inconstitucionalidad, y la consiguiente derogación de la norma, genera un vacío normativo; este vacío normativo es indeseable.
2. Este vacío normativo es indeseable; este vacío normativo vulnera el derecho de igualdad y genera desprotección de los cotizantes frente a las ISAPRES; la vulneración de la igualdad y la desprotección de los cotizantes es indeseable.
3. La vulneración de la igualdad y la desprotección de los cotizantes es indeseable; la vulneración de la igualdad y la desprotección de los cotizantes es incoherente con la seguridad jurídica, que es un principio general de derecho.

Con este modelo, es posible decir que la indeseabilidad de la producción de un vacío normativo se vincula con la violación de una finalidad del sistema jurídico, como lo es la equidad, y con el fin de la norma que regula las ISAPRES, que consiste en proteger a sus afiliados. Sin embargo, una interpretación diferente es perfectamente posible, considerando otras normas del sistema y ponderando otros fines, lo cual significa que la selección del fin también debe justificarse para prever contrargumentos razonables.

Finalmente, en este proceso se formularon argumentos referidos a consecuencias extrajurídicas respaldados por datos empíricos, un elemento ausente de las propuestas teóricas.<sup>78</sup> A modo de ejemplo, se emplean datos por algunas de las

---

<sup>78</sup> Siendo las consecuencias hipotéticas, no hay posibilidad de una evaluación empírica cuando las consecuencias se emplean como argumento, ya que dicha evaluación es siempre *a priori* y abstracta; los datos empíricos, entonces, sólo sirven para dar fuerza a la afirmación sobre lo favorable o desfavorable de las consecuencias futuras

partes para construir una imagen prospectiva de cuál sería el comportamiento de las personas que cuentan con un seguro de salud privado si se produce un aumento de los planes de salud; también hay una estimación del costo que implicaría para el Estado la migración de personas desde las ISAPRES hacia el sistema público de salud. Para estos propósitos, las teorías de la argumentación jurídica podrían recurrir a métodos y herramientas provenientes de la jurisprudencia empírica y del análisis económico del derecho; la práctica judicial podría considerar establecer mecanismos similares a aquellas secciones que tienen algunos parlamentos para analizar el impacto financiero de la legislación, para que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional pudiesen evaluar las consecuencias económicas futuras de sus decisiones, y esa información pudiese ser usada como un argumento para respaldar una decisión.

En esta sección, he aplicado tres modelos teóricos al análisis de algunos argumentos consecuencialistas en un caso, y esto ha permitido identificar algunas fortalezas y algunos puntos débiles de cada modelo. Sintetizando, la fortaleza de la teoría de MacCormick está en distinguir tipos de consecuencias y en ocuparse de sus problemas y evaluación; los puntos débiles se refieren principalmente a la vaguedad de los criterios para evaluar las consecuencias y a la ausencia de elementos específicos para evaluar el argumento de consecuencias extrajurídicas. La estrategia de Wróblewski, de distinguir entre tipos de criterios para evaluar las consecuencias, es útil ya que incluye diversas dimensiones que pueden operar conjuntamente; el problema es, al igual que en el caso de MacCormick, el de imprecisión de los criterios de evaluación, y una falta de vinculación entre tipos de consecuencias y la

---

por medio de la comparación con situaciones pasadas análogas, o intentando predecir la magnitud del impacto con determinadas herramientas.

clasificación de criterios. Por último, un elemento fuerte del modelo de Feteris es que hace visible los distintos pasos argumentativos para obtener una decisión bien fundamentada y que destaca la importancia de las preguntas críticas; las críticas son que no proporciona criterios para evaluar las consecuencias e intenta establecer un vínculo fuerte entre el argumento consecuencialista y el modelo de los fines del sistema jurídico, lo cual es dudoso, al menos tratándose de las consecuencias extrajurídicas.

## **5. CONCLUSIONES**

En este artículo, he examinado tres propuestas teóricas referidas al argumento consecuencialista y he intentado mostrar con un ejemplo, en qué medida son útiles y suficientes para analizar y evaluar el uso de este argumento en las decisiones judiciales.

Las tres propuestas suscriben, en mi opinión, la finalidad original de las teorías de la argumentación jurídica: someter las decisiones judiciales a criterios de racionalidad que eviten la arbitrariedad judicial. Sin embargo, una forma de favorecer el uso del argumento de las consecuencias en la práctica sería integrar elementos de las tres propuestas. La idea de universalizar las razones consecuencialistas para adoptar una decisión, la identificación de criterios formales y sustantivos más precisos para la evaluación del argumento consecuencialista son elementos que contribuyen a una mejor construcción y justificación de la inclusión de las posibles consecuencias futuras de una decisión en el razonamiento judicial. Por otra parte, la distinción entre consecuencias jurídicas y extrajurídicas es necesaria porque generan tensiones diversas; así, por ejemplo, la inclusión de consecuencias extrajurídicas puede devenir problemática especialmente si se usan para ocultar la



incorporación de factores políticos, económicos y sociales en casos de lagunas normativas o normas de textura abierta. Esto puede conducir a la necesidad de aumentar los estándares de justificación si de consecuencias extrajurídicas se trata.

Con relación a la evaluación del argumento consecuencialista, se requieren guías concretas y una definición más precisa de los criterios para que puedan servir de parámetros de control útiles para analizar la corrección y solidez de un argumento. Por otro lado, se debería considerar la incorporación de herramientas empíricas tanto al proponer como al evaluar las consecuencias extrajurídicas en la argumentación. Ambas sugerencias podrían servir de guías para futuras investigaciones.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Kluwer, Dordrecht, Holanda, 1987.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ANSCOMBE, Gertrude E. M., "Modern Moral Philosophy". *The Journal of the Royal Institute of Philosophy* 33, núm. 124, 1958, pp. 1-19.

ARISTÓTELES, *Retórica*, trad. Q. Racionero, Gredos, Madrid, 2000.

\_\_\_\_\_, *Refutaciones Sofísticas, Tratados de Lógica (Órganon) I*, trad. M. Candel Sanmartín, Gredos, Madrid, 2002.

\_\_\_\_\_, *Tópicos, Tratados de Lógica (Órganon) I*, trad. M. Candel Sanmartín, Gredos, Madrid, 2002.

BAYÓN BAYÓN, Juan Carlos, "Causalidad, consecuencialismo y deontologismo", *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 461-500.

- BELL, John, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Clarendon, Oxford, 1983.
- BENGOETXEA, Joxerramon, J. *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Clarendon, Oxford, 1993.
- \_\_\_\_\_, "Una defensa del consecuencialismo en el Derecho," *Telos Revista latinoamericana de estudios utilitaristas*, II, núm. 2, pp. 31-68.
- BENTHAM, Jeremy, "Principles of Legislation", *The Theory of Legislation*, vol. I. Thoemmes Press, Bristol, 2004.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- COMANDUCCI, Paolo, "L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale" en BESSONE, Mario (ed.), *Interpretazione e diritto giudiziale*, vol. I: Regole, metode, modelli, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 1-20.
- CSERNE, Peter, "Consequence-based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics" en MATHIS, Klaus, (ed.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Springer, Berlin, 2012, pp. 31-54.
- DEWEY, John, "The Realism of Pragmatism", *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, vol. 2, núm. 12, 1905, pp. 324-327.
- \_\_\_\_\_, "What Does Pragmatism Mean by Practical?", *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, vol. 5, núm. 4, 1908, pp. 85-99.
- \_\_\_\_\_, "The Pragmatism of Peirce", *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, vol. 13, núm. 26, 1916, pp. 709-715.
- \_\_\_\_\_, "Logical Method and Law", *Cornell Law Review*, vol. 10, 1924, pp. 17-27.
- \_\_\_\_\_, *Lógica. Teoría de la investigación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1950.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

EEMEREN, Frans H. van, y Rob, GROOTENDORST, *Argumentation, Communication and Fallacies. A Pragma-Dialectical Perspective*, Lawrence Erlbaum, Hillsdale Nueva Jersey, 1992.

EZQUIAGA, Francisco J., *La argumentación en la justicia constitucional española*. HAAE/IVAP, Oñate, 1987.

FETERIS, Eveline T., "A Pragma-Dialectical Approach of the Analysis and Evaluation of Pragmatic Argumentation in a Legal Context", *Argumentation*, vol. 16, núm. 3, 2002, pp. 349-367.

\_\_\_\_\_, "The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules: A Pragma-Dialectical Perspective", *Argumentation*, vol. 19, 2005, pp. 459-470.

\_\_\_\_\_, "The Rational Reconstruction of Weighing and Balancing on the Basis of Teleological-Evaluative Considerations in the Justification of Judicial Decisions", *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 4, 2008, pp. 481-495.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, 1986, pp. 151-182.

\_\_\_\_\_, "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios" en ZULUAGA, Ricardo, (ed.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Medellín, 2004, pp. 13-27.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993

GOTTLIEB, Gidon., *The Logic of Choice. An Investigation of the Concept of Rule and Rationality*, George Allen & Unwin Ltd., Londres, 1968.

GUASTINI, Ricardo, *Interpretare e Argomentare*, Giuffrè, Milán, 2001.

JAMES, William, "The Pragmatic Method." *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods* 1, vol. 25, 1904, pp. 673-687.

- MACCORMICK, Neil, "On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, vol. 58, núm. 2, 1983, pp. 239-258.
- \_\_\_\_\_, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- MENAND, Louis, *El club de los metafísicos. Historia de las ideas en América*, trad. Antonio Bonnano, Ediciones Destino, Madrid, 2002.
- OST, François, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur" en KERCHOVE, Michel (ed.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 97-184.
- PERELMAN, Chaim, *De la Justicia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1974.
- \_\_\_\_\_, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1977.
- PERELMAN, Chaim, y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- RESCHER, Nicholas, *Introduction to Logic*, St. Martin's Press, Nueva York, 1964.
- SCHEFFLER, Samuel (ed.), *Consequentialism and its Critics*, Oxford University Press, Oxford, 1988.
- SINNOT-ARMSTRONG, Walter, "Consequentialism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultable en: <http://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/consequentialism/>.
- SLOTE, Michael, "Consequentialism", *Encyclopedia of Ethics*, Garland, Nueva York & Londres, 1992, pp. 211-214.

WALTON, Douglas, "Historical Origins of Argumentum ad Consequentiam", *Argumentation*, vol. 13, 1999, pp. 251-264.

WRÓBLEWSKI, Jerzy, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, 1974, pp. 33-46.

\_\_\_\_\_, "Justification Through Principles and Justification Through Consequences", FARRALI, C. y PATTARO, E., *Reason in Law*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 129-161.

\_\_\_\_\_, *The Judicial Application of the Law*, Kluwer, Dordrecht, 1992.



---

# EL DERECHO COMO PRÁCTICA INTERPRETATIVA\*

**Isabel Lifante Vidal\*\***

## 1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día sería imposible hablar de interpretación en el Derecho sin hacer mención a la obra de Ronald Dworkin. Este autor, sin embargo, apenas ha prestado atención a lo que podríamos considerar el aspecto "técnico" de la interpretación jurídica (así, por ejemplo, no encontramos en su obra análisis de los distintos argumentos o técnicas interpretativas),<sup>1</sup> pero eso no ha impedido que sus aportaciones sean consideradas —creo que con toda justicia— fundamentales

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación "Argumentación y constitucionalismo" (DER2010-21032) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español dentro del subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental No Orientada 2010. El mismo fue previamente publicado en el libro SAUCA, José M., (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 159-180.

\*\* Universidad de Alicante.

<sup>1</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel, "Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho", *Cuestiones Judiciales*, Fontamara, México, 2001. Pero ello no puede ser entendido como una laguna desde la propia concepción de Dworkin, dado que, lo que la misma asume, es precisamente la irrelevancia de esas cuestiones técnicas.

para una adecuada comprensión del papel de la interpretación en el Derecho. En este trabajo pretendo precisamente analizar las dos aportaciones en las que, en mi opinión, puede sintetizarse la contribución de Dworkin a este tema.

La primera gran aportación consistiría en haber situado a la actividad interpretativa en el centro de atención de la reflexión iusfilosófica; podríamos decir que con Dworkin se produce un "giro interpretativo" en la teoría del Derecho<sup>2</sup> que puede condensarse en su propuesta —formulada, si se quiere, de un modo un tanto provocador— de ver al Derecho como interpretación. La segunda gran aportación consistiría, por su parte, en sostener que existen criterios de corrección en el ámbito de la interpretación jurídica y —lo que es más importante— que los mismos dependen de la propia naturaleza de la actividad interpretativa como actividad constructiva y necesariamente valorativa.

Estas dos tesis, que obviamente no son independientes entre sí, pueden ser identificadas con los siguientes eslóganes que Dworkin usa con frecuencia: 1) el Derecho es un concepto interpretativo; y 2) la interpretación es valorativa. Me ocuparé primero de la segunda tesis porque, por un lado, considero que la misma es necesaria para entender el alcance de la primera (la de la teoría interpretativa del Derecho); y, por otro lado, creo que este orden expositivo es también mucho más fiel a la pretensión de la unidad del valor que Dworkin presenta en sus últimos escritos como la cuestión fundamental que daría sentido a toda su obra.

---

<sup>2</sup> En 1984, Dworkin afirmaba: "cualquier teoría del Derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa. Este punto de vista me ha llevado recientemente a estudiar la idea de interpretación como algo más importante para la teoría jurídica de lo que se había considerado". DWORKIN, Ronald, "Respuesta a Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho", traducción de A. Calsamiglia, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1984, p. 79. Sobre ello me he ocupado en un trabajo anterior, *Cfr.* LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho Contemporáneo*, CEPC, Madrid, 1999.



Puede decirse que estas dos tesis han permanecido prácticamente invariables a lo largo de toda la obra de Dworkin (al menos desde que las formulara en *Law's Empire*),<sup>3</sup> aunque conviene señalar que el énfasis y también el alcance de las mismas ha ido variando, en un sentido —digamos— intensificador. No haré, sin embargo (salvo en aquellos casos en que sea necesario), diferencias entre las distintas etapas del pensamiento dworkiniano. Lo que aquí pretendo es defender una determinada lectura —o interpretación— de sus tesis, aplicando el propio método propuesto por Dworkin (según el cual la mejor lectura no sería tanto aquella que describe la intención —como estado mental— del autor en el momento que escribió lo que escribió, sino la que nos ofrece la mejor versión de la teoría en su conjunto).

## 2. UNA TEORÍA VALORATIVA DE LA INTERPRETACIÓN

### 2.1. Las prácticas interpretativas

Hemos dicho que para Dworkin la respuesta a la pregunta a propósito de cómo se debe interpretar (o en qué radica la corrección de la interpretación jurídica) depende de la naturaleza de la propia actividad interpretativa. El Derecho es sólo una de las múltiples áreas donde interpretamos, de modo que para entender adecuadamente la interpretación jurídica tenemos que preguntarnos antes en qué consiste la interpretación en general. Dworkin insiste en que no debemos olvidarnos de que la interpretación es una actividad general del razonamiento humano que llevamos a

---

<sup>3</sup> En realidad fue un poco antes, en 1982, cuando —en un artículo titulado precisamente "Law as Interpretation"— Dworkin introduce la idea de la interpretación como núcleo central de su teoría del Derecho y sugiere su conocida metáfora del Derecho como una novela escrita en cadena por varios escritores. Este artículo fue posteriormente recogido en su libro *A Matter of Principle*, de 1985. En ese mismo año Dworkin publica un artículo que se titula "La théorie du droit comme interprétation". Pero es precisamente en *Law's Empire* (1986) donde Dworkin se fija como objetivo desarrollar una completa teoría del Derecho como concepto interpretativo.

cabo en diferentes ámbitos (conversaciones, arte, historia, derecho...) y con diferentes objetivos. Por supuesto, las peculiaridades del objeto y el ámbito en el que se interpreta en cada ocasión tendrán gran relevancia y marcan diferencias importantes, pero no podremos determinar su alcance si antes no hemos establecido qué hacemos cuando interpretamos.

El punto de partida de Dworkin para responder a esta cuestión consiste en sostener que la actividad interpretativa es ella misma una práctica social. Podemos interpretar solo porque hay prácticas o tradiciones interpretativas a las que nos unimos,<sup>4</sup> y que son precisamente las que generan la diversidad de géneros interpretativos y perfilan sus peculiaridades (la interpretación artística, la literaria, la sociológica, la jurídica, etc.). Ello hace —destaca Dworkin— que cuando interpretamos un objeto o un evento, también estamos interpretando la práctica de la interpretación en el género al que nos unimos (artístico, sociológico, conversacional...), atribuyéndole lo que consideramos que es su propio propósito (el valor que tiene y debe ofrecer); y, en último término, siempre estaremos interpretando también la propia práctica general de la interpretación. Es en este sentido en el que Dworkin realiza una afirmación que puede sonar un tanto enigmática: "La interpretación es, por

---

<sup>4</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass, Londres, 2011, pp. 130 y ss. Esta misma idea —que difícilmente puede ser negada— ha sido también destacada por diversos autores; algunos que sostienen tesis cercanas a la de Dworkin, como sería el caso de Nino. Vid. NINO, C. S., *Derecho moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994. Pero también por autores que se situarían en sus antípodas, como es el caso de Guastini, quien afirma: "¿En qué puede consistir una teoría puramente descriptiva del significado sino en la reconstrucción de la práctica efectiva de una determinada comunidad interpretativa? La teoría del significado referida a textos jurídicos no puede ser otra cosa más que el análisis y la reconstrucción racional de la práctica de atribución de significado llevada a cabo por los intérpretes jurídicos" GUASTINI, Ricardo, "El escepticismo jurídico replanteado", *Discusiones*, núm. 11, 2012, p. 50. Obviamente, podría pensarse que el concepto de "práctica" que utilizan Dworkin y Guastini no coinciden (Guastini negaría el aspecto valorativo que resulta definitorio para Dworkin), pero en lo que ambos coincidirían es en la idea de que la interpretación no puede ser vista como la actividad de un individuo considerado aisladamente.

tanto, interpretativa".<sup>5</sup> Con ello quiere recalcar que siempre que interpretamos algo necesariamente estamos optando por una comprensión de lo que implica interpretar, comprensión que supone atribuir a dicha actividad un propósito considerado valioso.

A menos que consideremos que las prácticas interpretativas carecen de sentido, hemos de suponer —dice Dworkin— que las mismas están orientadas a la búsqueda de la "verdad". En este punto debe señalarse que Dworkin utiliza el término "verdad" en un sentido muy amplio —y en mi opinión desafortunado, ya que se aparta de usos lingüísticos arraigados—,<sup>6</sup> que simplemente quiere señalar la pertinencia de hablar de "corrección" respecto de las pretensiones que se erigen en ese ámbito. En este sentido, hablar de verdad (o de corrección) en la interpretación tiene, para Dworkin, como función el excluir un cierto tipo de escepticismo (el externo, aquel que considera que la indeterminación sería el juicio "por defecto").<sup>7</sup>

La interpretación y la actividad científica serían los dos grandes ámbitos de la actividad intelectual. A partir de aquí, Dworkin<sup>8</sup> se pregunta si la diferencia existente entre las pretensiones que erigimos en cada uno de estos campos (el de la

---

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald, *Justice...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>6</sup> Dworkin es consciente de que estos usos lingüísticos existen, pero no considera que exista ninguna buena razón para mantenerlos. Así, por ejemplo, niega que hablar de "verdad" excluya la comparación entre diversos juicios. Aceptamos —dice Dworkin— que una determinada descripción es más cercana a la verdad que otra. *Cfr. Ibidem*, p. 453, nota 3.

<sup>7</sup> Dworkin advierte que debe distinguirse entre la indeterminación (no existe una respuesta correcta en materia interpretativa) y la incertidumbre (no está claro cuál es la interpretación correcta). El argumento fundamental en que Dworkin basa su crítica a ese tipo de escepticismo es la negación de la metaética como un nivel distinto y separado de la ética: cualquier pretensión a propósito de que en un determinado caso dos hipótesis interpretativas estén empatadas sería una tesis sustantiva (Dworkin la califica de "positiva") que requiere por tanto argumentos en su favor, argumentos que a su vez han de ser interpretativos. De este modo, la indeterminación para Dworkin nunca puede ser el juicio "por defecto". *Ibidem*, pp. 91 y ss.

<sup>8</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 123 y ss.

comprensión o interpretación, por un lado, y el de la ciencia, por otro) es tan grande como para justificar que no se pueda hablar de "verdad" en ambos. Y su respuesta es negativa (aunque obviamente asume que lo que hace verdadero un enunciado interpretativo es muy distinto a lo que hace verdadero un enunciado científico). En cualquier investigación (bien sea científica bien sea interpretativa) pueden distinguirse —en opinión de Dworkin— dos tipos de objetivos: los intrínsecos y los justificativos. Los objetivos intrínsecos son siempre encontrar la verdad sobre algo (si no tuviéramos tal objetivo, dice Dworkin, no estaríamos realmente investigando). Los objetivos justificativos serían aquéllos que nos hacen considerar justificado realizar la investigación. Y es respecto a estos últimos donde se encontraría la diferencia entre la actividad interpretativa y la científica: mientras que en el caso de la ciencia los objetivos justificativos no son inmediatamente prácticos, en el caso de la interpretación sí lo son. De modo que en el ámbito interpretativo los objetivos intrínsecos y los justificativos convergen: la "verdad" de las pretensiones interpretativas depende para Dworkin de los objetivos prácticos por los que tiene sentido embarcarse en la concreta tarea interpretativa; dicho de otro modo, los criterios de corrección de las pretensiones interpretativas dependen en último término de la respuesta que demos a la cuestión de por qué consideramos valioso llevar a cabo esa interpretación. Ésta es precisamente la tesis fundamental de la concepción de la interpretación que sostiene Dworkin, una teoría dependiente de valores. Detengámonos en ella.

Dworkin considera que no tiene sentido embarcarse en una actividad interpretativa sin haber determinado previamente el género en el que nos encontramos (poesía, conversación, historia, etc.); lo "primero" que debemos hacer por tanto,

es situarnos en un género:<sup>9</sup> tenemos que saber si lo que vamos a interpretar es una novela o un documento histórico, o una ley.<sup>10</sup> Así, por ejemplo, señala que no es lo mismo interpretar ciertos destellos luminosos como un mensaje o como una expresión artística,<sup>11</sup> y no lo sería porque lo que consideramos valioso en el ámbito de la comunicación, puede no serlo en el ámbito artístico. Ello podría sugerir que los diferentes géneros interpretativos tienen poco en común; sin embargo, Dworkin afirma que existe un importante rasgo que comparten todos ellos. Se trata del hecho de que nuestras conclusiones interpretativas se presentan siempre en un lenguaje que hace referencia a intenciones o propósitos.<sup>12</sup> Toda interpretación —afirma Dworkin— debe ser la manifestación de un propósito, es decir, debe proponer una manera de ver el objeto interpretado (bien sea una práctica social, una tradición, una novela, una obra de arte, etc.) como si se tratara del producto de una decisión de perseguir un conjunto de temas, visiones o propósitos.<sup>13</sup>

A partir de esta vinculación necesaria entre interpretación y propósitos puede explicarse la existencia de una concepción de la interpretación que goza de gran popularidad y que sostiene precisamente que el sentido a atribuir por medio de la interpretación es aquel que se corresponde con las intenciones —entendidas como estados mentales— de aquellos de cuyos actos depende la existencia del objeto a interpretar. Se trata de la llamada concepción intencionalista de la interpretación;

---

<sup>9</sup> Esta identificación del género constituye precisamente el objetivo de lo que Dworkin considera como la primera etapa de la interpretación (la preinterpretativa), aunque veremos que entre las distintas etapas se produce una relación del tipo del equilibrio reflexivo que puede hacer que esa prioridad temporal deba ser relativizada.

<sup>10</sup> Aunque Dworkin no siempre ha sido claro al respecto, creo que la mejor lectura respecto a qué debe entenderse por un género interpretativo es aquella que tiene en cuenta no sólo las peculiaridades en sí del objeto a interpretar, sino también —y quizás fundamentalmente— la actitud del intérprete. Ello queda especialmente claro cuando en sus últimas obras habla —como veremos a continuación— de tipos de "ocasiones interpretativas". (Cfr. *Ibidem*, pp. 134 y ss.)

<sup>11</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 149.

<sup>12</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 124-125.

<sup>13</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1986, p. 59.

Dworkin se refiere también a ella como el "modelo conversacional" de la interpretación.<sup>14</sup> Resulta fácil explicar—dice Dworkin—su popularidad, pues esta concepción sostendría que la verdad de las pretensiones interpretativas depende de un tipo ordinario de hecho: ciertos estados mentales de una o más personas; de modo que hablar aquí de verdad o falsedad de las interpretaciones no sonaría a nada misterioso. El problema de esta concepción es que la actividad interpretativa se habría presentado—de manera errónea— como una actividad de naturaleza puramente descriptiva.

Aunque esa concepción intencionalista pueda parecernos adecuada para dar cuenta de determinados géneros interpretativos (por ejemplo, en el caso de las conversaciones), Dworkin señala que la misma no puede sin embargo ser extendida a todos (pensemos en la interpretación de una tradición, o en la interpretación jurídica). Necesitamos una teoría más general que justifique por qué el intencionalismo es adecuado en ciertos casos pero no en otros;<sup>15</sup> es decir, necesitamos preguntarnos qué es lo que hace valioso acudir—en esos concretos casos— a las intenciones. Y encontrar esta justificación es precisamente el objetivo de la teoría general de la interpretación de Dworkin, una teoría que se basa en el valor que atribuimos a la propia actividad interpretativa. En este sentido, Dworkin dice: "[e]n la interpretación conversacional domina la intención del hablante porque el objetivo de interpretar una conversación es casi siempre la comunicación de tales intenciones".<sup>16</sup>

De modo que en su opinión es posible derivar—justificar— el intencionalismo en este concreto ámbito a partir precisamente de su teoría valorativa. El modelo

---

<sup>14</sup> Sobre la contraposición que realiza Dworkin entre el "modelo conversacional" (intencionalista) y el "modelo constructivista" (valorativo) de la interpretación, puede verse, por ejemplo, *Ibidem*, pp. 49 y ss.

<sup>15</sup> *Cfr.* DWORKIN, Ronald, *Justice...*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 149.

conversacional se presenta entonces como una aplicación, a un supuesto específico, del modelo constructivista, o valorativo, que sería el modelo general para la interpretación.

El objetivo de cualquier intérprete —nos decía Dworkin en *Law's Empire*—<sup>17</sup> es presentar el objeto interpretado como el mejor ejemplo posible del género al cual se considera que pertenece:

A grandes rasgos, la interpretación constructiva trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece. De aquí no debe deducirse, ni siquiera a partir de esta burda descripción, que un intérprete pueda hacer de una práctica o de una obra de arte cualquier cosa que él hubiera querido que la misma fuera (...) La historia o forma de una práctica u objeto restringe sus interpretaciones disponibles.<sup>18</sup>

De aquí se sigue que debemos abordar la tarea interpretativa previamente equipados con una idea de lo que es valioso en el género pertinente. De este modo la tarea interpretativa requiere, para Dworkin, llevar a cabo juicios evaluativos de dos tipos. Por un lado hay que realizar los juicios evaluativos primarios, que serían los encargados de determinar qué es lo que se considera valioso en el género en el que nos encontremos. Y, por otro lado, habría que realizar juicios evaluativos secundarios, que serían los que tratan de determinar cómo debe interpretarse el objeto en cuestión para que el mismo se considere como el mejor ejemplo posible del

---

<sup>17</sup> En esa obra, Dworkin dio una visión más "simple" (y también menos ambiciosa) de su teoría de la interpretación, en la que la apelación a valores parecía vinculada directamente con el tipo de objetos o eventos que se interpretaba (cierto es que Dworkin no era en este sentido muy claro), y no tanto con la propia actividad interpretativa como hace en sus últimas obras. De hecho en *Justice for Hedgehogs*, Dworkin justifica su tesis de la unidad del valor a partir precisamente de la responsabilidad del intérprete al llevar a cabo su tarea.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald, *Law's...*, *op. cit.*, p. 52.

género al que pertenece, es decir, para que los valores identificados en la fase anterior se encuentren desarrollados al máximo de sus posibilidades.<sup>19</sup>

## **2.2. Tres "ocasiones" interpretativas: la interpretación colaborativa, la interpretación explicativa y la interpretación conceptual**

Dworkin considera fundamental distinguir entre tres tipos de "ocasiones" en las que podemos desarrollar una actividad interpretativa: la colaborativa, la explicativa y la conceptual.<sup>20</sup> Debe notarse que el criterio de distinción no es tanto el objeto que se interpreta, como el propósito —u objetivo— con el que se interpreta; como veremos a continuación, esta distinción también podría explicarse a partir del tipo de relación que existe en cada caso entre el intérprete y el objeto a interpretar. Y aunque para Dworkin todas las interpretaciones son siempre valorativas, considera que la distinción es relevante porque nos permite distinguir cómo operan los valores en cada una de estas ocasiones interpretativas.

La primera ocasión, la de la interpretación colaborativa, sería aquella en la que se asume que el objeto de la interpretación tiene un autor; y que este autor ha iniciado un proyecto (una empresa) en el cual el intérprete también se implica e intenta avanzar. De este modo, autor e intérprete compartirían el propósito perseguido por el proyecto. En esta ocasión interpretativa existe una conexión directa entre el valor que un intérprete asigna a la clase de objetos que interpreta y el valor que asigna a la actividad de interpretar dichos objetos: lo valioso de la actividad interpretativa consiste precisamente en el valor que asignamos al proyecto o empresa a

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 66 y ss.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald, *Justice...*, *op. cit.*, pp. 134 y ss.



la que el intérprete se une. Dworkin nos dice que la interpretación conversacional es casi siempre colaborativa, así como muchas interpretaciones literarias y artísticas; y también sitúa aquí la interpretación del Derecho. Precisamente es esta idea de que la interpretación jurídica es colaborativa —dado que el legislador y el intérprete compartirían un proyecto— la que subyace a la metáfora de la novela en cadena. Un Juez pretende el mismo objetivo general que la autoridad que creó la ley que interpreta. Incluso aunque entienda su rol como enteramente subordinado a otros, la subordinación estará ella misma justificada por el objetivo general de justicia que comparte con la autoridad que creó la ley.

La segunda ocasión interpretativa que señala Dworkin es la explicativa; ella no presupone que los intérpretes y los creadores del objeto o evento a interpretar estén en el mismo nivel (no comparten un proyecto). Aquello que se interpreta tiene un particular significado para el auditorio del intérprete, y en este sentido también sería una actividad enmarcada en el ámbito de la comprensión. Aquí sitúa Dworkin a la interpretación sociológica o a la histórica. En la interpretación explicativa las adscripciones de valor —dice Dworkin—<sup>21</sup> operan en diferentes niveles. Los historiadores, por ejemplo, buscan hacer el pasado inteligible (éste sería por tanto el valor que aquí operaría), pero pueden diferir en sus comprensiones de qué concreta dimensión de la información sirve mejor a este propósito compartido.

En el caso de la interpretación conceptual, el intérprete busca el significado de un concepto (Dworkin piensa en conceptos valorativos como libertad, responsabilidad, justicia o verdad) que ha sido creado no por autores individuales, sino por la propia comunidad en la que se aplican los conceptos. Una comunidad que incluye,

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 138.

por tanto, al propio intérprete, de modo que la distinción entre creador e intérprete se desvanece. Pero eso no quiere decir que aquí el intérprete sea libre y que su actividad sea puramente creativa, sino que su uso del concepto, en consonancia con lo que él crea que es su correcta interpretación, cambiará algo, aunque sea imperceptiblemente, el problema interpretativo de cara a futuras interpretaciones. Compartimos un concepto interpretativo no porque estemos de acuerdo en su aplicación en un caso a todos los hechos pertinentes, sino más bien manifestando un entendimiento de que su aplicación correcta es fijada por la mejor interpretación de las prácticas en que figura:

Compartir un concepto interpretativo no requiere ningún acuerdo subyacente o convergencia, ya sea en los criterios o en las instancias de uso. Tanto liberales como conservadores comparten el concepto de justicia pero no están de acuerdo en los criterios para los juicios acerca de la justicia ni sobre qué instituciones son justas y cuáles injustas. Comparten el concepto porque participan en una práctica social de juzgar actos e instituciones como justos e injustos y porque cada uno posee opiniones, articuladas o no, sobre cómo deberían ser entendidas las asunciones más básicas de esa práctica, su sentido y propósito. Extraen de esas asunciones, opiniones más concretas sobre la forma correcta de continuar la práctica en situaciones particulares: los juicios correctos que cabe efectuar y el comportamiento correcto en función de esos juicios. Un análisis iluminador del concepto de justicia debe consistir en una teoría interpretativa de ese tipo. El análisis debe desarrollar su propio sentido de los valores [a los] que debería considerarse que esa práctica sirve y de las concepciones de los conceptos en juego que mejor sirven a esos valores.<sup>22</sup>

A diferencia de lo que ocurre con los conceptos criteriológicos o con los conceptos que responden a clases naturales —que deben ser neutrales frente a las

---

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, traducción de M. Iglesias Vila y Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 244-245.

diversas controversias normativas en las que el concepto figure—; cualquier análisis útil de un concepto interpretativo —dice Dworkin—<sup>23</sup> no puede ser neutral, sino que debe participar en las controversias que espera esclarecer.

En realidad, creo que la caracterización que Dworkin hace de este tipo de conceptos puede ser vista como un corolario de su tesis más general de que no cabe distinguir un nivel de análisis filosófico externo respecto a las prácticas de las que dicho análisis pretende dar cuenta. Quienes defienden esta diversidad de niveles sostendrían una concepción de la filosofía que Dworkin denomina "arquimédica", y según la cual:

Los filósofos observan la moralidad, la política, el derecho, la ciencia y el arte hacia abajo, desde fuera y desde arriba. Distinguen el discurso de primer orden de la práctica que estudian (el discurso de los no filósofos reflexionando y argumentando sobre qué es correcto o incorrecto, legal o ilegal, verdadero o falso, bello o mundano) de su plataforma de segundo orden de "meta" discurso donde los conceptos de primer orden se definen y examinan, y los argumentos de primer orden se clasifican y asignan a categorías filosóficas.<sup>24</sup>

Esta visión, que sería por ejemplo la que compartiría una metaética que se mostrase como conceptual o neutral, y no sustantiva ni comprometida con las prácticas morales que pretende analizar, es rechazada por Dworkin. En su opinión, las teorías sobre la objetividad o subjetividad de las opiniones morales solo son inteligibles como juicios también morales (aunque con un nivel mayor de generalidad o abstracción); y, del mismo modo, considera que las definiciones o análisis de conceptos como igualdad, libertad o justicia son tan sustantivas, normativas o compro-

---

<sup>23</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 245.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 160.

medidas como cualquiera de las opiniones en pugna en las discusiones políticas sobre esos valores.

### 3. UNA TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO

Pasemos ahora a analizar las peculiaridades de la interpretación jurídica. Como hemos señalado, Dworkin presenta su teoría interpretativa del Derecho como un corolario de su concepción general de la interpretación.<sup>25</sup> Ello lo hace fundamentalmente en sus últimas obras, pero ya en 1986 comenzaba su libro *Law's Empire* afirmando:

Ese libro establece en toda su extensión la respuesta que he estado desarrollando, paso a paso, durante varios años: que el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro Derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas como un todo, que consiste en la mejor historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser.<sup>26</sup>

El Derecho es para Dworkin una práctica social, y una práctica de naturaleza interpretativa. En este sentido, creo que la principal contribución de Dworkin a la filosofía del Derecho, y a la cultura jurídica en general, ha consistido en ensanchar los horizontes de los juristas al defender la idea de que el Derecho no puede verse como (no consiste en) un conjunto finito de estándares de cualquier tipo (reglas,

---

<sup>25</sup> Esta relación no estaba tan clara en las primeras obras de Dworkin. Así, por ejemplo, Marmor llegó a criticar al Dworkin de *Law's Empire* por considerar que la defensa de su teoría general de la interpretación se basaba en una generalización —en su opinión injustificada— de su visión de la interpretación jurídica (cfr. MARMOR, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2011, p. 107). Sin embargo, en sus últimas obras, en especial de *Justice for Hedgehogs*, Dworkin opta claramente por el orden expositivo (y también justificativo) inverso; parte de su visión general de la interpretación, para mostrarnos luego las especificidades de la interpretación jurídica.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald, *Law's...*, op. cit., p. VII.

principios...), sino que es esencialmente una práctica social destinada a satisfacer ciertos valores. No se trata de que el aspecto institucional y autoritativo del Derecho no sea considerado relevante para reconstruir el fenómeno jurídico (ni mucho menos), sino que se trata de recalcar que dicho aspecto se explica y justifica atendiendo precisamente a esos mismos valores que dan sentido a la práctica. De modo que, en este sentido, el aspecto valorativo tendrá siempre necesariamente primacía sobre el autoritativo.

En realidad Dworkin señala que deben diferenciarse diversos conceptos que se utilizan para hablar sobre Derecho. En particular, considera importante distinguir un concepto "sociológico", un concepto "taxonómico", un concepto "doctrinal" y un concepto "aspiracional" de Derecho, aunque recalca que existen múltiples conexiones entre ellos.<sup>27</sup> El primero, el concepto "sociológico" de Derecho sería el que hace referencia a un determinado tipo de estructura social de carácter institucional; se trata —dice Dworkin— de un concepto criteriológico, aunque obviamente impreciso. El concepto "taxonómico" de Derecho sería aquel que se utiliza para clasificar una regla o principio particular como norma jurídica en vez de norma de otro tipo;<sup>28</sup> tras este concepto subyace la visión del Derecho como un conjunto finito de estándares que —como acabamos de ver— Dworkin rechaza: "la noción del Derecho como un conjunto de estándares concretos que en principio podemos individualizar y contar —llega a decir— me parece una ficción escolástica".<sup>29</sup> Por su parte, el concepto "doctrinal" es el que usamos para determinar qué es lo que exige, prohíbe o permite el Derecho de alguna jurisdicción en particular; es este concepto el que nos interesa

---

<sup>27</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *La justicia...*, *op. cit.*, pp. 11 y ss., y 243 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 243.

<sup>29</sup> *Ibidem* p. 15.

cuando discutimos las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas.<sup>30</sup> Por último, el concepto "aspiracional" sería el que usamos al describir una virtud política específica. Este último concepto, que sería al que nos referimos cuando hablamos del ideal de Estado de Derecho, es obviamente un concepto controvertido para el que encontramos concepciones más formalistas o sustantivistas. Estos dos últimos conceptos, el "doctrinal" y el "aspiracional", no cumplirían —dice Dworkin— una función criteriológica, sino interpretativa (serían conceptos interpretativos, en el sentido antes analizado) y ambos revestirían para Dworkin una especial trascendencia filosófica.

Cualquier teoría del Derecho, nos dice Dworkin, ha de entenderse como una comprensión de lo que exige el valor del imperio de la ley o la legalidad, entendida como la búsqueda del sentido de la práctica jurídica como un todo; dicho de otro modo, cualquier teoría del Derecho habrá de optar por una interpretación del concepto "aspiracional" de Derecho. La teoría del Derecho como integridad es presentada precisamente en este sentido como una teoría normativa a propósito de cómo debe ser entendido dicho valor, a partir de la integración de las dos dimensiones que Dworkin considera relevantes: ajuste (*fit*) y justificación (*soundness*); o, lo que es lo mismo, equidad procedimental y justicia sustantiva.<sup>31</sup>

Pero si lo que nos interesa es la interpretación jurídica o interpretación del Derecho (y no tanto la interpretación de "Derecho"), nuestro ámbito será fundamentalmente el del concepto "doctrinal" de Derecho. Aquí es donde precisamente se sitúan los análisis dworkinianos respecto a las condiciones de verdad de las proposi-

---

<sup>30</sup> Sobre las posibles relaciones que en opinión de Dworkin pueden establecerse entre el concepto "doctrinal" y el "taxonómico" de Derecho, puede verse *Ibidem*, pp. 253-262.

<sup>31</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 189.

ciones jurídicas o proposiciones acerca de los derechos y obligaciones que establece un determinado Derecho. La tesis dworkiniana, según la cual el Derecho (en este sentido doctrinal) es *también* un concepto interpretativo, puede presentarse —siguiendo la reconstrucción de Marmor— a partir de la siguiente argumentación.

- (1) Cada conclusión sobre lo que el Derecho requiere, en un caso dado, es necesariamente el resultado de una interpretación
- (2) La interpretación es, esencialmente, un intento de presentar su objeto como el mejor ejemplo posible del tipo del género al que pertenece.
- (3) De este modo, la interpretación implica necesariamente consideraciones valorativas, y de dos tipos principales: consideraciones sobre los valores inherentes en el género relevantes, y consideraciones valorativas sobre los elementos del objeto de interpretación que mejor presenta esos valores
- (4) De (1) a (3) se sigue que cada conclusión sobre lo que el Derecho es envuelve necesariamente consideraciones valorativas. Lo que consideramos que el Derecho es siempre depende de nuestras visiones sobre los valores que asociamos con el ámbito jurídico relevante y los modos en los cuales esos valores son mejor ejemplificados en las normas bajo consideración.<sup>32</sup>

Ahora bien, detengámonos en analizar cómo entiende Dworkin que funciona la interpretación de las prácticas sociales (a cuyo género pertenecería el Derecho). Dworkin señala que frente a una determinada práctica social se puede desarrollar lo que él denomina la "actitud interpretativa". Para que ello ocurra se requiere la presencia de dos elementos. El primero consiste en la suposición de que la práctica social en cuestión no sólo existe, sino que también tiene algún valor, es decir, que

---

<sup>32</sup> MARMOR, Andrei, *Philosophy...*, op. cit., p. 98.

sirve para algún propósito o interés, o hace cumplir algún principio; esto es precisamente lo que le confiere un "sentido" a tal práctica. El segundo elemento de la "actitud interpretativa" exige que los requerimientos de la práctica social, es decir, los comportamientos exigidos o los juicios justificados por la misma, no sean necesaria o exclusivamente lo que siempre se ha considerado que son, sino que tienen que ser "sensibles a su sentido", es decir, las reglas deben ser entendidas, aplicadas, extendidas, calificadas o limitadas por dicho sentido. Este segundo elemento, que incorpora una actitud crítica, es el que da cuenta de la evolución de la práctica.<sup>33</sup>

Antes hemos visto que Dworkin consideraba que la interpretación jurídica pertenecía a la categoría de la interpretación colaborativa. Es precisamente la adopción de esta "actitud interpretativa" que acabamos de definir la que nos hace situarnos en esta categoría. Dicho en otros términos, el intérprete jurídico ha de asumir la perspectiva del aceptante, ha de suponer que la práctica tiene sentido, y ha de verse a sí mismo como un participante más en dicha práctica que comparte un mismo "proyecto" con el resto de operadores jurídicos; y aunque el rol de cada uno de esos operadores (legislador y Juez, por ejemplo) sea distinto, la justificación de estas diferencias se encuentra precisamente en la propia justificación del Derecho como un todo. Por supuesto que cabría llevar a cabo una interpretación de materiales jurídicos en otra clave (una interpretación sociológica, o histórica, por ejemplo) que ya no sería colaborativa; pero es importante darse cuenta de que eso no sería "interpretación jurídica" en sentido estricto, al menos no la que entendemos que han de hacer los juristas (teóricos o prácticos) en cuanto tales, es decir, en su tarea de determinar qué concretos derechos y obligaciones establece un determinado Derecho.

---

<sup>33</sup> *Cfr.* DWORKIN, Ronald, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 47-48.



En una comunidad en la que se haya desarrollado esa actitud interpretativa, pueden distinguirse —dice Dworkin— tres etapas interpretativas que son indicativas de los diferentes grados de cohesión de la sociedad frente a la práctica. El nivel de consenso exigido en cada etapa es distinto. En la primera es fundamental para considerar que existe la práctica; y puede decirse que en la segunda etapa es mayor que en la tercera.

La primera etapa es la "preinterpretativa". En ella se trata de identificar las reglas y normas que proporcionan el contenido provisional de la práctica (en el caso del Derecho podríamos considerar que serían los materiales *prima facie* jurídicos). Ésta será, por tanto, una etapa predominantemente descriptiva. Para que pueda darse la actitud interpretativa se requiere un alto grado de consenso respecto a dicha identificación, de manera que la presencia de este consenso se convierte para Dworkin prácticamente en un elemento definitorio de las comunidades interpretativas.<sup>34</sup> Es decir, debe existir un acuerdo inicial suficiente sobre qué prácticas son prácticas jurídicas, de manera que los juristas puedan posteriormente argumentar sobre la mejor interpretación de unos datos que deben ser, *prima facie*, los mismos.

La segunda etapa es la considerada por Dworkin como la propiamente "interpretativa". En ella se pretende establecer una justificación general de los principales elementos que conforman la práctica identificada en la etapa anterior. Para realizar esta tarea es necesario determinar cuáles son los valores y objetivos que se considera que la práctica persigue (los principios que subyacen tras las reglas). Es precisamente esta justificación la que constituye, para Dworkin, el "sentido" o "significado" de la práctica. La diversidad de materiales jurídicos "en bruto" se transforma por tanto de

---

<sup>34</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 66 y ss.

modo que podemos ver al Derecho como un fenómeno unitario y coherente.<sup>35</sup> El concepto clave en esta segunda etapa sería precisamente el de adecuación o encaje de la teoría o interpretación con los distintos materiales identificados en la etapa anterior. Dado que normalmente las distintas reglas jurídicas no persiguen un único objetivo valioso, sino varios al mismo tiempo, es posible que en esta etapa nos encontremos con distintas teorías que pugnan por dar cuenta de esos materiales (cada teoría implicará asumir un principio, o mejor dicho, una determinada ponderación entre los distintos principios que justifican la existencia de esas reglas).<sup>36</sup>

La última etapa es la que Dworkin califica como "postinterpretativa" o "reformadora". En ella el objetivo que se persigue consiste en "ajustar" la práctica al sentido descubierto en la etapa anterior, es decir, se trataría de determinar qué es lo que necesita la práctica para conseguir una máxima realización de los principios que se considera que la justifican. Será necesario llevar a cabo, por tanto, juicios evaluativos que establecen cómo debe interpretarse el objeto en cuestión para que el mismo se considere como el "mejor ejemplo posible" del género al que pertenece. Esta etapa

---

<sup>35</sup> Nino sostiene una visión muy similar de la actividad interpretativa jurídica: La interpretación sería el proceso de transformación de los materiales jurídicos, que no pueden ser usados directamente en los razonamientos jurídicos, en proposiciones que sí puedan ser empleados en el razonamiento práctico. Cualquier intento por evitar la referencia a consideraciones valorativas en esta tarea de transformación está abocado al fracaso y lo único que consigue —dice Nino— es ocultarlas. Cfr. NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral..., op. cit.*, pp. 87 y ss.

<sup>36</sup> Soy consciente de que Dworkin no desarrolla la idea de ponderación, y que Alexy presenta sus discrepancias con este autor precisamente porque considera que la excluye. Cfr. ATIENZA, Manuel, "Entrevista a Robert Alexy", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 24, p. 674. Sin embargo, creo que una adecuada interpretación de las tesis dworkinianas exige llevar a cabo actividades ponderativas (o como se las quiera llamar) entre los distintos principios (objetivos valiosos que persigue el Derecho); en mi opinión estas actividades no sólo no resultan incompatibles con la idea de unidad del valor de Dworkin (que supone una concepción "holística" y en la que unos valores descansan sobre otros), sino que serían exigidas por la misma (Dworkin a veces habla de que la suya es una concepción holística en la que unos valores descansan sobre otros; en otras ocasiones habla de que las relaciones que se establecen entre ellos serían del tipo del equilibrio reflexivo). En este sentido puede verse la respuesta que Dworkin da a la crítica que le formula Raz (Vid. RAZ, Joseph, "Speaking with one voice: On Dworkinian Integrity and Coherence" en BURLEY, Justine (ed.), *Dworkin and His Critics*, Blackwell Publishing, 2004); respuesta en la que se aparta claramente de la concepción "monista" respecto al propósito perseguido por el Derecho que Raz le atribuya (Vid. DWORKIN, Ronald, "Replies to Critics" en *Ibidem*, p. 381).

pretende, por tanto, reestructurar la práctica a la luz de sus objetivos, lo que puede implicar el abandono, reforma o introducción de alguna de las reglas identificadas en la primera etapa. En el caso del Derecho se trataría de seleccionar una de las distintas teorías identificadas en la etapa anterior y que pugnan por dar cuenta de esos materiales jurídicos. Y el criterio que guía la elección es precisamente el buscar la interpretación (la teoría) que desarrolle mejor el valor que atribuimos a la práctica jurídica en su conjunto. La que constituya una mejor realización del concepto aspiracional de Derecho.

Dworkin advierte que este esqueleto de la actividad interpretativa es artificial en el sentido de que no muestra las relaciones que existen entre las distintas etapas, y puede dar la impresión de que son independientes, cuando en su opinión hay que recalcar la idea de que la interpretación es holística y de que entre las distintas etapas se genera una relación similar a la del equilibrio reflexivo rawlsiano.<sup>37</sup> Pero, pese a ese riesgo, el esquema resulta interesante porque permite centrarnos en la conexión crucial que existe entre el valor y los estándares de la interpretación. Desde esta perspectiva, las respuestas a la pregunta ¿qué significa un objeto? son sensibles a cómo contestemos a la pregunta ¿qué tipo de valor tiene ese objeto en sí mismo o para nosotros?

En un trabajo anterior,<sup>38</sup> al dar cuenta de este esquema interpretativo, señalé que sería en la última etapa —la postinterpretativa— en la que Dworkin exigiría "salir" del Derecho (en sentido usual, no en el dworkiniano) y acudir al razonamiento

---

<sup>37</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 58, 66 y 424 nota 17. Más adelante (DWORKIN, Ronald, "Replies...", *op. cit.*, pp. 381-382) este autor reconoce, sin embargo, que no insistió suficientemente en esta idea, lo que ha originado numerosos malentendidos y bastantes críticas; así, por ejemplo, Marmor (MARMOR, Andrei, *Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 103 y ss.) o Raz (RAZ, Joseph, "Speaking...", *op. cit.*).

<sup>38</sup> Cfr. LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación...*, *op. cit.*, pp. 290 y ss.

moral, dado que las distintas posibles interpretaciones en pugna construidas en la segunda etapa encajarían todas igualmente con los materiales jurídicos identificados en la primera etapa. Sin embargo, esta imagen de la conexión entre el Derecho y la moral ha sido expresamente rechazada por Dworkin en sus últimas obras; pues la misma evocaría un sistema dualista, según el cual el Derecho y la moral constituirían dos conjuntos distintos de estándares de conducta conectados a través de diversos puentes.<sup>39</sup> Como Dworkin recalca una y otra vez, ni el Derecho ni la moral son conjuntos de estándares, sino prácticas sociales. Y, como tales, la metáfora que necesitamos para dar cuenta de cómo interactúan habrá de ser una metáfora que incida en el aspecto dinámico de la relación. Dworkin opta en sus últimas obras por hablar en términos botánicos y señala que el Derecho, la práctica jurídica, sería una rama de la moralidad política. Las raíces del árbol dworkiniano estarían constituidas por la ética (que es la que se ocupa de cómo debemos vivir; y que Dworkin presenta como una cuestión de responsabilidad con nosotros mismos); de esas raíces surgiría el tronco que sería la moralidad (que es la que se ocupa de cómo debemos tratar a los otros) y de ese tronco surgen varias ramas, una de las cuales sería la moralidad política, de la que, a su vez, surgiría el Derecho.<sup>40</sup>

Esta afirmación puede sonar muy extraña si tenemos en mente un concepto de Derecho "taxonómico", pues parecería dar a entender que las normas jurídicas

---

<sup>39</sup> En *La justicia con toga* (*op. cit.*, pp. 44-45), Dworkin reconocía que no habría habido un cambio sustancial en sus tesis, sino sólo de presentación, y que todo lo que sostiene con su imagen "unitaria" podría sostenerse con la imagen "dualista" que aceptó anteriormente (fundamentalmente en *Taking Rights Seriously*). Sin embargo, en *Justice for Hedgehogs*, Dworkin confiesa que no fue del todo consciente de lo que esta nueva imagen implicaba, y de cuán distinta es de la imagen ortodoxa, hasta que empezó a desarrollar la cuestión central de ese libro: la unidad del valor (DWORKIN, Ronald, *Justice...*, *op. cit.*, p. 402).

<sup>40</sup> Como señala Waldron (WALDRON, Jeremy, "Jurisprudence for Hedgehogs", New York University School of Law, julio 2012, Working paper núm. 13-45, 2013), aunque esta idea ya estaba apuntada en obras anteriores, en particular en *La justicia con toga*, es precisamente en *Justice for Hedgehogs* en la que Dworkin la desarrolla con detalle, llegando a criticar la visión que él mismo ofreció de las conexiones entre Derecho y moral anteriormente, y que podían avalar lo que llama una imagen dualista (DWORKIN, Ronald, *Justice...*, *op. cit.*, pp. 402-403).

son un subconjunto de las normas morales, o que las normas jurídicas para ser consideradas tales deben cumplir con requisitos impuestos por las normas morales, o alguna tesis similar respecto a la identificación de una determinada norma como integrante del sistema jurídico; pero como hemos visto no es ese el concepto de Derecho relevante para Dworkin. Para este autor, tanto el Derecho como la moral son prácticas sociales interpretativas (y no conjuntos de estándares), y sólo teniendo en cuenta este punto de partida puede entenderse qué puede querer decir Dworkin con su metáfora de que el Derecho (la práctica jurídica) "surge" o "brota" de la moralidad política, y entender por qué ello no implica que el Derecho sea una parte de la moral, ni que no podamos hablar de Derecho injusto.

#### **4. EL CONSTRUCTIVISMO DWORKINIANO**

Para terminar podemos plantearnos cuál ha sido el alcance del "giro interpretativo" que implica la teoría del Derecho dworkiniana. No se trata sólo —ni fundamentalmente— de atribuir una mayor relevancia al tema de la interpretación en el Derecho; se trata más bien de un cambio de paradigma y, por tanto, de la perspectiva de análisis de los problemas jurídicos. El punto de partida propuesto por Dworkin consiste en ver al Derecho como una práctica social de naturaleza interpretativa (podríamos decir, también, argumentativa) y que, como tal práctica social, se ve inmersa en otras prácticas (como puede ser la de la moralidad política). Como consecuencia de ello, este "giro" conlleva también un cambio radical en la agenda de la teoría de la interpretación jurídica. Del mismo modo que para Dworkin no tiene sentido realizar una teoría del Derecho "arquimédica" (desde fuera) y que no resulte comprometida con la práctica jurídica, tampoco tendría sentido intentar llevar a cabo una teoría de la interpretación jurídica desde fuera.

Es precisamente este giro, el que explica por qué la teoría de Dworkin no tiene fácil acomodo en la clásica clasificación que —desde el paradigma analítico— se realiza entre teorías formalistas (cognoscitivistas) y teorías escépticas (prescriptivistas) de la interpretación jurídica.<sup>41</sup> Dworkin escaparía de dicha contraposición,<sup>42</sup> al poner el énfasis en la idea de que la actividad interpretativa es una actividad inserta necesariamente en la práctica social que la constituye. La actividad interpretativa del Derecho implica participar en la práctica jurídica. Esta participación se lleva a cabo a través de las valoraciones que la interpretación conlleva y que, como hemos visto, son de dos tipos. En primer lugar, el intérprete ha de suponer que la práctica tiene sentido, que sirve para algo valioso; y, por tanto, ha de operar con una teoría a propósito de en qué consiste ese valor. Y, en segundo lugar, ha de determinar qué concreta comprensión de la práctica es la que desarrolla al máximo el valor atribuido a la misma. La corrección de la interpretación jurídica dependerá pues de la coherencia de la interpretación con la "mejor" reconstrucción de la práctica jurídica (es decir, con aquella que consiga desarrollar al máximo su valor). De este modo, Dworkin considera que el jurista, en su tarea interpretativa del Derecho, necesariamente acaba realizando también —consciente o inconscientemente— funciones de filósofo moral y político.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> *Vid.*, por ejemplo, GUASTINI, Ricardo, "El escepticismo...", *op. cit.*, pp. 42 y ss. Entre estos dos extremos se situarían las teorías intermedias. La teoría de Hart, por ejemplo, suele utilizarse como prototipo de teoría intermedia (con su distinción entre casos fáciles y casos difíciles). Guastini sin embargo niega (*Vid.* GUASTINI, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta-UNAM, México, 2008, pp. 51 y ss.) que exista esta posibilidad de defender una vía intermedia y pone de manifiesto que en realidad la propuesta de Hart no supone una tercera opción, puesto que la misma lo que haría es considerar que la actividad interpretativa es en determinados casos una actividad puramente cognoscitiva (en los casos fáciles) y en otros (los difíciles) puramente creativa.

<sup>42</sup> La concepción escéptica sería inadecuada porque la actividad del intérprete está guiada por la búsqueda de la corrección (o de la "verdad", en terminología dworkiniana), de modo que esta pretensión de corrección —que necesariamente se erige al interpretar— trasciende la propia subjetividad del intérprete. Pero, por otro lado, la concepción formalista tampoco sería adecuada, pues esa pretensión de corrección que incorpora la práctica no puede definirse exclusivamente en términos de pura verificabilidad empírica, dado que la actividad interpretativa requiere llevar a cabo valoraciones.

<sup>43</sup> *Cfr.* DWORKIN, Ronald, "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", traducción de L. García Jaramillo, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 32, abril, 2010, pp. 7-29. Este artículo se

Obviamente, defender la viabilidad de una concepción constructivista de la interpretación jurídica como la dworkiniana nos compromete con la aceptación de la racionalidad en el ámbito práctico general, es decir, con una cierta objetividad de los valores. Y dicha aceptación constituye precisamente el presupuesto del que parte Dworkin y a cuya defensa y desarrollo ha dedicado —en mi opinión con notable éxito— toda su obra.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATIENZA, Manuel, "Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho", *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, pp. 101-118.
- \_\_\_\_\_, "Entrevista a Robert Alexy", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, pp. 671-687.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1977.
- \_\_\_\_\_, "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, pp. 527-550.
- \_\_\_\_\_, "Respuesta a Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho", trad. A. Calsamiglia, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1984.
- \_\_\_\_\_, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- \_\_\_\_\_, "La théorie du droit comme interpretation", trad. F. Michaut, *Droit et Société*, núm. 1, 1985, pp. 81-92.
- \_\_\_\_\_, *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

---

refiere fundamentalmente a la tarea de los Jueces, pero creo que lo mismo podría afirmarse respecto a cualquier intérprete jurídico.

- \_\_\_\_\_, "Replies to Critics", BURLEY, Justine (ed.), *Dworkin and His Critics*, Blackwell Publishing Ltd., 2004, pp. 339-395.
- \_\_\_\_\_, *La justicia con toga*, trad. M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2007 (Original inglés de 2006).
- \_\_\_\_\_, "¿Deben nuestros Jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", trad. L. García Jaramillo, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 32, abril, 2010, pp. 7-29.
- \_\_\_\_\_, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass, Londres, 2011.
- GUASTINI, Ricardo, *Teoría e Ideología de la interpretación constitucional*, Trotta-UNAM, México, 2008.
- \_\_\_\_\_, "El escepticismo jurídico replanteado", *Discusiones*, núm. 11, 2012, pp. 27-57.
- HART, Herbert L.A., *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, (Original inglés de 1961).
- LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- \_\_\_\_\_, "Distinciones y paralogramas. A propósito del escepticismo guastiniano", *Discusiones*, núm. 11, 2012, pp. 59-85.
- MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2011.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.
- RAZ, Joseph, "Speaking with One Voice: On Dworkinian Integrity and Coherence", en BURLEY, Justine (ed.), *Dworkin and His Critics*, Blackwell Publishing Ltd., 2004, pp. 285-290.
- WALDRON, Jeremy, "Jurisprudence for Hedgehogs", en *New York University School of Law*, July, 2012. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper núm. 13-45, 2013.



---

# DERECHO CONSTITUCIONAL, JUICIO MORAL Y LA SUPREMA CORTE COMO SÚPER-LEGISLATURA\*

**Brian Leiter\*\***

**M**e propongo defender tres tesis en este ensayo. Primera, hay muy poco de "derecho" en el derecho constitucional federal de los Estados Unidos, en especial en lo relativo a los casos que terminan en la Suprema Corte. Allí, la Corte opera como una suerte de súper-legislatura, aunque con jurisdicción limitada. Dicha jurisdicción está limitada en dos sentidos importantes: primero, la Corte sólo puede decidir en los casos que son presentados ante ella; y segundo, la Corte se encuentra, en cierta medida, obligada por sus decisiones anteriores (el precedente) y por los textos constitucionales y normativos. El problema, no obstante, es que esas obligaciones *subdeterminan* en la mayoría de los casos *las decisiones de la Corte*,

---

\* Traducción de Pedro Humberto Haddad Bernat. Título original: "Constitutional Law, Moral Judgment, and the Supreme Court as Super-Legislature", en *Hastings Law Journal*, vol. 66, núm. 6, pp. 1601-1616 [E.].

\*\* Abogado y Doctor por la Universidad de Michigan. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago desde 2008. En el mismo año fundó el Centro de Derecho, Filosofía y valores Humanos de esa Facultad. Fue profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Austin, Texas y ha sido profesor visitante de las Facultades de Derecho de las Universidades de Yale y París X-Nanterre, así como de las Facultades de Filosofía de las Universidades de Oxford y College London.

por lo que básicamente la elección una de las alternativas jurídicamente viables se hace básicamente acudiendo a los valores morales y políticos de los Jueces y no simplemente sobre la base de reglas\*\*\* jurídicas obligatorias. Esta última afirmación es, en parte, una tesis iusfilosófica sobre lo que es una "norma jurídica obligatoria". Defenderé esta primera tesis apoyándome en la teoría del derecho más convincente: el positivismo jurídico, desarrollado por H.L.A. Hart y Joseph Raz.

Segundo, la ausencia de derecho en tantas partes del derecho constitucional federal significa que la calidad de los juicios morales y políticos realizados por los Jueces es de importancia crucial para el cumplimiento de sus funciones. Por tanto, ello debería ser un factor decisivo en el nombramiento de Jueces federales de apelación, y especialmente para Ministros de la Suprema Corte. Esto me lleva a la tercera tesis, a saber, que todos los actores políticos saben que a menudo, la Suprema Corte opera como súper-legislatura y, en consecuencia, las inclinaciones políticas y morales de los Ministros son un criterio decisivo para su nombramiento. Esta verdad casi trivial es, sin embargo, rara vez discutida en el proceso público de confirmación, a pesar de ser de conocimiento general entre los operadores políticos y jurídicos. Con toda certeza, siempre surge especulación en los medios acerca de las predilecciones políticas de los nominados, pero sus verdaderas preferencias morales y políticas son vistas como un asunto prohibido a los efectos del proceso real de confirmación. Esta secrecía antidemocrática es, a mi parecer, profundamente errada y debe ser reemplazada por un reconocimiento realista del papel de la Suprema Corte como actor político con jurisdicción limitada. Ilustraré estas tesis mediante varios casos importantes, recientes y no tan recientes.

---

\*\*\* Se utiliza "reglas" y "normas" indistintamente [E.].

¿Qué significa que hay muy poco de "Derecho" en el Derecho Constitucional estadounidense? Responder a esto requiere que tengamos una perspectiva acerca de lo que significa que el derecho existe, y por ello debo comenzar discutiendo algunas cuestiones elementales de teoría del derecho. Con tal fin, seguiré la teoría más prometedora sobre la naturaleza del derecho: el positivismo jurídico de H.L.A. Hart y su discípulo Joseph Raz.<sup>1</sup> Comencemos con la terminología. Las sociedades humanas están repletas de reglas, es decir, exigencias con la forma: "Debes hacer X" o "No debes hacer Y".<sup>2</sup> Algunas son meramente reglas de etiqueta, por ejemplo: "No debes hablar por celular durante la clase" o "No debes hablar con la boca llena". Otras reglas son prudenciales o relativas a lo que nos conviene: "¡Debes ir a clases para no reprobar el examen!". Algunas son reglas morales: "Debes considerar cómo tus acciones afectarán el bienestar de otros". Y algunas son reglas del sistema jurídico, por ejemplo: "No debes ir a más de 90 km/hr en la carretera". Estas categorías no son mutuamente excluyentes: a veces normas morales del tipo: "No debes matar inocentes", son también normas jurídicas, y a veces, las normas prudenciales también lo son, como: "Debes usar el cinturón mientras conduces". Las reglas de etiqueta rara vez son reglas jurídicas, muchas normas morales no son jurídicas y muchas normas jurídicas no son las que consideraríamos que mejor representan obligaciones morales o éticas. Por ejemplo, no consideramos que los ingleses son inmorales por manejar del lado izquierdo de la calle en vez del derecho, pero reconocemos que están jurídicamente obligados a hacerlo. La pregunta es: ¿cómo determinar la diferencia? La respuesta del derecho positivista es: una norma es jurídicamente válida —es decir, es una norma perteneciente al sistema jurídico— en virtud de que ésta satisface el criterio contenido por la "regla de reconocimiento" de dicho sistema,

---

<sup>1</sup> Para una discusión acerca del positivismo jurídico, *vid.* LEITER, Brian, "The Case for Legal Positivism as an Account of the Artefact Law", en BARAZIN, L. y HIMMA, K. (eds.), *Law as an Artifact*, en prensa.

<sup>2</sup> Hay muchos tipos de normas, incluyendo permisos tales como "Puedes hacer X". Utilizaré normas deónticas como caso central.

como Hart le llamaba.<sup>3</sup> Una regla de reconocimiento determina los criterios en virtud de los cuales una norma concreta se puede considerar parte de un sistema jurídico. Tales criterios pueden incluir leyes promulgadas, decretos del ejecutivo, decisiones judiciales, entre otros.

Las reglas de reconocimiento en los sistemas jurídicos modernos son, ciertamente, complejas. Considérese: una norma es una norma válida del sistema jurídico de California si ha sido aprobada y sancionada por la legislatura de California y promulgada por el gobernador y no ha sido declarada inconstitucional de conformidad con el derecho estatal o federal por ningún tribunal estatal o federal y no es inaplicable pues no contraviene norma alguna de la Constitución federal; una norma también puede ser jurídicamente válida en el sistema de California si ha sido sancionada por el Congreso y promulgada por el presidente y no ha sido declarada inconstitucional por la Corte de Apelaciones del IX Circuito o por la Suprema Corte; una norma también puede ser jurídicamente válida en el sistema jurídico de California si figura en la decisión de un tribunal de California que no ha sido revocada por algún tribunal de mayor jerarquía o por uno federal; por mencionar algunos ejemplos. Esto omite órdenes del ejecutivo y directivas administrativas, también susceptibles de diversos tipos de control judicial.

Una buena parte de la educación jurídica es la educación sobre la regla de reconocimiento del sistema jurídico propio, aunque rara vez se le denomina así en las aulas de las escuelas de derecho. Pero ¿qué hace que la regla de reconocimiento de California sea la que es? La gran intuición de Hart era que, en el fondo, los sistemas jurídicos no dependen de otra cosa sino de las prácticas convencionales de los

---

<sup>3</sup> Vid., HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3a. ed., Clarendon Law Series, Oxford, 2012, pp. 100-110.

funcionarios, especialmente de los Jueces. La Constitución de California es una norma vinculante del sistema jurídico de California *únicamente porque* los Jueces en California la tratan como vinculante en sus decisiones; lo mismo ocurre con la Constitución federal, y con las leyes del congreso, las directivas administrativas y demás similares. Que una regla de reconocimiento exista y tenga el contenido particular que tiene depende enteramente de que los funcionarios compartan determinados criterios de validez y los asuman como vinculantes u obligatorios —aceptándolos desde el "punto de vista interno" como célebremente dijo Hart.<sup>4</sup> Que los funcionarios converjan en torno a ciertos criterios es una cuestión empírica, manifestada en sus decisiones y a veces, en las razones que ofrecen para ellas; que traten como obligatorios esos criterios es manifestado por su lenguaje y comportamiento, por ejemplo: en la predisposición a criticar a otros Jueces que se aparten de dichos criterios y en el lenguaje que utilizan para justificar su propia conducta.

Un maravilloso ejemplo del punto de vista de Hart, proviene del caso de Roy Moore, Ministro Presidente de la Suprema Corte de Alabama, quien en 2003 se rehusó a acatar la decisión de la Corte de Apelaciones del XI Circuito sosteniendo que la presencia de una estatua de los Diez Mandamientos en el edificio de la Suprema Corte de Alabama violaba la Cláusula de Establecimiento *Establishment Clause* de la Constitución.<sup>5</sup> Era indudable que, bajo la regla de reconocimiento aplicable, el XI Circuito tenía autoridad sobre el Ministro Presidente Moore en relación con la constitucionalidad de la ubicación de la estatua. Y cuando el Ministro Moore desafió la decisión del XI Circuito, los funcionarios del sistema jurídico de Alabama hicieron manifiesta su aceptación de este aspecto de la regla de reconocimiento, desde el

---

<sup>4</sup> *Vid. Ibidem*, pp. 90-92.

<sup>5</sup> *Glassroth v. Moore*, 335 F. 3d 1282 (11th Cir. 2003).

punto de vista interno. No sólo criticaron al Ministro Moore por rehusarse a cumplir la orden, sino que concertaron las medidas necesarias para removerlo del cargo.<sup>6</sup>

Podríamos imaginar un ejemplo más extravagante para ilustrar la idea de Hart de que, donde una regla de reconocimiento existe, los funcionarios del sistema la aceptan desde el punto de vista interno —esto es, la tratan como obligatoria—. Supongamos que el Ministro Presidente Roberts viene a UC Hastings\* y un estudiante le pregunta: "Ministro Roberts ¿por qué usted y los demás Ministros están siempre preocupados sobre si las leyes son constitucionales o no? Es decir ¿a quién le importa?, ¿por qué no sólo tomar una decisión oportuna?" Pasado el momento de sorpresa, el Ministro seguramente *no* contestará algo como: "Te diré por qué siempre estamos discutiendo sobre la Constitución: ser Ministro Presidente es un gran trabajo, te proporciona prestigio, es vitalicio y también una gran pensión. Si yo no tomara la Constitución como una obligación a lo que hacemos, posiblemente sería acusado de incumplir mis funciones y tendría que renunciar a esta sine cura que tengo". En vez de caer en ese craso egoísmo como razón para tomarse la constitución en serio, el Ministro Presidente más bien apelaría al juramento de defender la Constitución, que prestó cuando tomo el cargo, así como a las virtudes morales y políticas de nuestro sistema constitucional tal y como él las entiende. Quiero ser claro: estoy seguro que éstas son las auténticas razones por las que el Ministro Presidente, al

---

<sup>6</sup> GETTLEMAN, Jeffrey, "Court Orders Alabama's Chief Removed from Bench", *The New York Times*, noviembre 13, 2003, consultable en: <http://www.nytimes.com/2003/11/13/national/13CND-JUDG.html>. El Ministro Moore fue subsecuentemente reelecto, lo cual dice más acerca del electorado de Alabama que de los funcionarios del sistema jurídico, quienes actuaron apropiadamente. *Vid.* BRITZIUS, Brianne, "Roy Moore Elected New Alabama Chief Justice", *WSFA12*, noviembre 13, 2012, consultable en: <http://www.wsfa.com/story/20025004/roy-moore-elected-new-alabama-chief-justice>.

\* El autor se refiere al Colegio "Hastings" de Derecho de la Universidad de California en San Francisco, lugar donde se presentó una versión preliminar de este artículo en el marco de la *24th Mathew O. Tobriner Memorial Lecture in Constitutional Law* en enero 12 de 2015. [T.]

igual que el resto de los Ministros y Jueces, se toma la constitucionalidad de las leyes con seriedad. Donde hay un sistema legal, los funcionarios del sistema, incluyendo los Jueces, realmente aceptan los criterios de validez jurídica, tales como la constitucionalidad, desde un punto de vista interno.

Pero esto nos lleva de vuelta al problema con el que comenzamos. La constitucionalidad es un criterio de validez jurídica en la regla de reconocimiento del sistema jurídico estadounidense, sólo si los Jueces la tratan como tal en general y la aceptan desde el punto de vista interno. La dificultad radica en que, a pesar de que los Jueces tratan el texto constitucional como jurídicamente vinculante, difieren demasiado acerca de cómo establecer el significado de sus disposiciones. El Ministro Scalia, por ejemplo, piensa que el significado original de las disposiciones de la Constitución determina sus requerimientos; el Ministro Thomas suele estar de acuerdo con él, pero nadie más lo hace.<sup>7</sup> En tanto regla de reconocimiento del derecho constitucional estadounidense, es evidentemente falso que los significados originales de la Constitución sean lo asumido como jurídicamente vinculante en los juzgados y tribunales.<sup>8</sup> Algunos Jueces toman el significado literal como vinculante, otros apelan a la estructura de la Constitución y casi todos toman las interpretaciones judiciales precedentes (ya sea que se basen en el significado original o no) como vinculantes —un ejemplo de lo que mi colega David Strauss llama nuestro "derecho consuetudinario constitucional".<sup>9</sup> Dado que los Jueces federales no se ponen de

---

<sup>7</sup> Otros Ministros toman en cuenta interpretaciones genéticas u originalistas, pero no las consideran decisivas al modo en que el Ministro Scalia pretende hacerlo.

<sup>8</sup> FALLON, Richard H. Jr., "Constitutional Precedent Viewed Through the Lens of Hartian Positivist Jurisprudence", *North Carolina Law Review Association*, núm. 86, 2008, p. 1107.

<sup>9</sup> *Vid.* STRAUSS, David A., "Common Law Constitutional Interpretation", *University of Chicago Law Review*, 1996, pp. 877, 929. En los juzgados federales inferiores, predomina algo así como la aproximación del "constitucionalismo de derecho consuetudinario" dado el aparente acuerdo entre los funcionarios judiciales acerca de la

acuerdo sobre una sola forma de fijar el significado de la Constitución, se sigue, en la perspectiva positivista, que en buena parte del llamado "derecho constitucional" no hay derecho realmente puesto, que no hay un criterio de validez jurídica aceptado por la generalidad y aplicado por los Jueces.<sup>10</sup>

No todas las áreas de lo que llamamos derecho constitucional son tan inestables —decisiones unánimes de la Suprema Corte sobre muchos asuntos constitucionales, son buena evidencia en apoyo de este punto—. Pero incluso decisiones divididas pueden culminar firmemente establecidas. Recordemos el caso de 1989 *Texas v. Johnson*,<sup>11</sup> en el que la Suprema Corte decidió que una ley que prohíbe mancillar a la bandera nacional viola la Primera Enmienda, decisión en la cuál los Ministros Scalia y Kennedy coincidieron con la opinión de la mayoría expuesta por el Ministro Brennan. 25 años después, el caso sigue siendo derecho firme: el gobierno no puede, constitucionalmente, castigar a alguien por quemar la bandera estadounidense. Los juzgados inferiores entienden que una decisión de la Suprema Corte como la del caso *Johnson* los obliga a invalidar cualquier prohibición a la quema de banderas, y en dicho sentido el asunto ha ido reafirmandose desde entonces.

En contraste con esto, tenemos el caso relativo a si la Segunda Enmienda ampara el derecho individual de poseer armas de fuego. Durante la mayor parte del siglo xx, era derecho establecido el que no lo amparaba. Después de todo, la enmienda dice: "una milicia bien regulada, al ser necesaria para la seguridad de un Estado

---

fuerza vinculante de las decisiones de la Suprema Corte. Pero incluso así, prevalece un amplio margen para el ejercicio de poderes cuasi-legislativos.

<sup>10</sup> Para una discusión acerca de cómo esto se extiende más allá del derecho constitucional en cierto grado en los Estados Unidos, *vid.* LEITER, Brian, "Explaining Theoretical Disagreement", *University of Chicago Law Review*, núm. 76, 2009, pp. 1215, 1224-1232.

<sup>11</sup> 491 U.S. 397 (1989).



libre, el derecho del pueblo a poseer y potar armas no habrá de infringirse".<sup>12</sup> Una lectura natural, que prevaleció durante la mayor parte de nuestra historia constitucional, era que esto amparaba el derecho de los estados para armar a sus milicias. Que la enmienda realmente ampare el derecho individual de portar armas fue célebremente reputado como un "fraude al público estadounidense" por el difunto Ministro Presidente Warren Burger, quien fuera designado por los republicanos.<sup>13</sup> Dicho "fraude" es ahora la ley del pueblo, gracias a una decisión de 2008 tomada por la súper-legislatura en *District of Columbia v. Heller*,<sup>14</sup> la cuál desestimó el precedente y tomó el significado original en los términos expuestos por el Ministro Scalia en la mayoría y discutido en amplitud por el Ministro Stevens en el voto particular. La evidencia histórica es obviamente mixta y el diagnóstico del asunto en aquel entonces de mi colega, el Ministro Richard Posner, presentado en un conocido artículo de *New Republic* parece aún apropiado:

Los abogados son los defensores de sus clientes y los jueces son los defensores de cualquiera que fuere la versión del asunto por la que han decidido votar. El juez envía a sus dependientes velozmente a las bibliotecas y a la Red para buscar piezas y fragmentos de documentación histórica. Cuando los dependientes son el numeroso y bien capacitado personal de las Suprema Corte, quienes gozan de la eficaz ayuda del personal de la biblioteca de la Suprema Corte y la Biblioteca del Congreso, y cuando docenas y a veces centenares de informes provenientes de diversos *amicus curiae* han sido archivados, muchos de ellos robustecidos con los frutos de la propia historiografía jurídica de sus autores, es un asunto sencillo, especialmente para alguien con las habilidades retóricas de Scalia, escribir una defensa histórica plausible de su posición.

---

<sup>12</sup> U.S. Const. amend. II. El texto de la enmienda en inglés es: "A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed". [T.]

<sup>13</sup> *The MacNeill/Lehrer NewsHour: First Freedoms* (transmisión televisiva de la PBS del 16 de Diciembre de 1991).

<sup>14</sup> 554 U.S. 570 (2008).

Pero no era tan sencillo en el caso *Heller*. Scalia junto a su equipo tuvieron que laborar arduamente para producir una larga opinión (la opinión de la mayoría es de casi 25, 000 palabras) que convenciera, o quizá sólo abrumara, a los indecisos. El rango de referencias históricas es imponente, pero no es evidencia proveniente de una indagación histórica carente de intereses en el trasfondo. Es evidencia de la habilidad del personal de un tribunal bien equipado para producir cuentos chinos.

[...]

Por más de dos siglos, el "derecho" a la posesión privada de armas de fuego, supuestamente contenido por la segunda enmienda, permaneció dormido. Los derechos constitucionales a menudo yacen dormidos, sujetos espectrales de la elucubración teórica, hasta que algún cambio en el clima social genera la demanda de vivificarlos y hacerlos valer. Pero nada ha cambiado en el clima social como para justificar el dar a la segunda enmienda nueva y discontinua vida respecto de la que mantenía: un vino nuevo en una claramente vieja bota de vino. No hay mayor urgencia hoy de permitir a la gente poseer armas para la auto-defensa o la defensa de la propiedad de la que había hace 30 años, cuando la presencia de la delincuencia era mayor o, más aun, hace cien años. Sólo ha cambiado la membresía de la Suprema Corte.

Si las decisiones constitucionales han de quedar determinadas por el balance entre liberales y conservadores en la Suprema Corte, la cortina de humo que encontramos en *Heller* —la exposición de valores y preferencias políticas subjetivas maquillada mediante pinceladas historicistas— continuará siendo irresistiblemente tentadora para los Ministros en compañía de su amplio e incansable personal y su compromiso con la mística de un tipo de interpretación "objetiva". No hay manera de purgar los principios políticos de la toma de decisiones en materia constitucional, pero no tienen porqué ser principios liberales o conservadores. Una inclinación a favor de la humildad judicial —una política de menor intervencionismo de la Suprema Corte en el quehacer de otras ramas del gobierno— no puede derivarse lógicamente del texto constitucional o de la historia. Tendría que ser impuesto. Los ministros tendrían que optar a discreción por ella. Pero tras lo visto en *Heller*, sería un sabio uso de su discrecionalidad. Sería un paso significativo en la despolitización de la Suprema Corte. Disminuiría

la polarización de los debates sobre la elección de los ministros, ampliaría el espectro de candidatos posibles y habilitaría a la Corte para atender muchos asuntos importantes de orden no-constitucional que tiende a desatender.<sup>15</sup>

Sin embargo, inclinarse por la humildad judicial es una elección política también,<sup>16</sup> como el Ministro Posner admite. Una que libraría de control judicial a las ideologías prevaletentes en las demás ramas del gobierno. Entonces la verdadera pregunta es: ¿por qué cuando confirmamos a los Ministros de la súper-legislatura no tenemos una discusión pública de sus principios políticos? Esa es la pregunta que plantea la atinada crítica del Ministro Posner.

El papel de la Suprema Corte como súper-legislatura emerge en el caso reciente sobre el derecho al voto, *Shelby County v. Holder*.<sup>17</sup> Allí, una basta mayoría de los súper-legisladores invalidó la sección IV de la Ley sobre el Derecho al Voto que la legislatura ordinaria (esto es, el congreso) aprobó en 2006.<sup>18</sup> La decisión del caso *Shelby County* se basó en el hecho de que cinco miembros de la súper-legislatura hallaron que la sección IV —la cual especificaba una fórmula para determinar qué estados con historia de discriminación del voto requerían la previa aprobación de la federación para realizar cambios en su derecho electoral— ya no era necesaria, contrario a lo que aparentemente pensaba la legislatura ordinaria siete años antes.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> POSNER, Richard A., "In Defense of Looseness", *The New Republic*, agosto 27, 2008, p. 35.

<sup>16</sup> Existe ambigüedad en la noción de elección "política", aunque la idea básica es que se trata de una elección motivada por la adhesión a una norma que no tiene estatus jurídico sino que más bien refleja los compromisos acerca de cómo la política como un todo debería organizarse —la gama de tales normas comprende desde la filiación a una agenda partidista concreta hasta una visión particular de la sociedad justa—.

<sup>17</sup> 133 S. Ct. 2612 (2013).

<sup>18</sup> Nótese que la cuestión fundamental en el caso *Shelby County* era sobre constitucionalidad y no sobre legalidad, a saber: ¿fue la sección 4, un ejercicio constitucional (es decir, racional) del poder del Congreso para hacer cumplir las Enmiendas de Reconstrucción (incluyendo la Decimocuarta y Decimoquinta) en la Constitución?

<sup>19</sup> *Shelby County*, 133 S. Ct. 2629.

En la opinión a cargo del Ministro Presidente Roberts, los cinco súper-legisladores explicaban que aunque "el Congreso recabó miles de páginas de pruebas antes de volver a sancionar la Ley sobre el Derecho al Voto", éstas no justificaban la fórmula original de 1965 de la aprobación previa.<sup>20</sup> ¿Por qué no? Según el Ministro Presidente Roberts, no mantenían "relación lógica alguna" con respecto a la sección IV, eran requisitos "irracionales" a la luz de lo expuesto y "no jugaban ningún rol" en la fórmula de la aprobación previa.<sup>21</sup> Todo esto es pura retórica, por supuesto, de un juicio legislativo diverso: obviamente no es irracional intentar resarcir un error con una medida posiblemente supra-incluyente cuando el error ha sido lo suficientemente serio como para querer asegurarnos de su erradicación. Tal y como observó la Ministra Ginsburg en representación de los disidentes:

El Congreso determinó, basado en un voluminoso registro de pruebas, que el fantasma de la discriminación aún estaba al acecho. La cuestión que este caso plantea es quién debe decidir si, tal y como opera actualmente, [la fórmula de aprobación previa de la sección IV] está aún justificada: esta Corte o el Congreso en quien se ha depositado la obligación de velar por las Enmiendas posteriores a la Guerra Civil "mediante la expedición de legislación adecuada". Con un abrumador apoyo en ambas casas, el Congreso concluyó que, por dos razones principales, [la fórmula de aprobación previa] debe continuar en pleno vigor. Primero, su continuidad facilitaría la culminación de los avances impresionantes hasta ahora alcanzados; y segundo, nos protegería de la reincidencia. El Congreso estaba en plena capacidad de hacer estas consideraciones y ello debería motivar la aprobación sin reservas de esta Corte.<sup>22</sup>

Lamentablemente, la mayoría de los súper-legisladores no coincidieron con el sentir de la legislatura ordinaria, y sustituyeron el juicio del Congreso sobre los

---

<sup>20</sup> *Idem.*

<sup>21</sup> *Ibidem*, 2629-2631.

<sup>22</sup> *Ibidem*, 2632-2633.

méritos de la fórmula, con el suyo. Si *Shelby County* fuera anómalo, esto pasaría desapercibido, pero el punto es que se trata de un hecho bastante habitual en el dominio del derecho público.

El problema se exagera, por supuesto, por el hecho de que la Suprema Corte *elige* su lista de casos —escoge los que quiere escuchar y, no es de sorprender, escoge aquellos en que los circuitos federales se hayan en conflicto o en los que el derecho está indeterminado, precisamente en el sentido de que la regla de reconocimiento no establece con claridad qué debe hacerse—. Por supuesto, la Suprema Corte habiendo reservado para sí —sin fundamento constitucional alguno— la autoridad final en materia de constitucionalidad hace dos siglos en *Marbury v. Madison*<sup>23</sup> (una de las más exitosas revisiones de la regla estadounidense de reconocimiento en nuestra historia), a veces elige casos que parecerían estar determinados, claro signo de que pretende hacer uso de su autoridad súper-legislativa.

Recordemos el caso *New York v. United States*<sup>24</sup> de 1992, uno de los primeros casos<sup>25</sup> que marcó los intentos de algunos miembros de la súper-legislatura de redibujar los límites del poder federal después de que una súper-legislatura anterior, designada por el Presidente Franklin Roosevelt, los hubiese redibujado a finales de los 30's y principios de los 40's con el objetivo de hacer posible el *New Deal*. El estado de Nueva York estaba preocupado por la Ley de Reformas a las Políticas sobre Residuos Radiactivos de Bajo Nivel<sup>26</sup> de 1985, la cual impugnó alegando que traicionaba los valores del federalismo al quebrantar la autonomía estatal. A la luz de lo que uno

---

<sup>23</sup> 5 U.S. 137 (1803).

<sup>24</sup> 505 U.S. 144 (1992).

<sup>25</sup> *Vid. Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 461 (1991).

<sup>26</sup> (*Low-Level Radioactive Waste Policy Amendments Act* [E.].

consideraría un precedente de peso, *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*,<sup>27</sup> surgido apenas siete años antes, el caso de *New York* parecía 'fácil', uno en el cual el derecho claramente dictaba que Nueva York perdería. El caso *García*, que versaba sobre la regulación federal en materia de salarios y jornadas de trabajo, sostenía (¡o eso parecía en aquel entonces!) que la protección de valores federalistas, como la autonomía estatal, tiene lugar en el proceso político mismo, esto es, en el hecho de que los estados se encuentran todos representados en el Congreso; la Suprema Corte intervendría sólo si acaeciera una ruptura en el proceso político, como sugería el tribunal de *García*. *New York v. United States* era un caso claro desde el punto de vista de *García*: la Ley Federal sobre Desechos Radiactivos fue aprobada y sancionada por el Congreso tras la presentación de *múltiples borradores provenientes de varios estados*. Los estados, en efecto, querían que el Congreso los obligara al acuerdo, al que ellos mismos habían llegado. Esto parecería un caso paradigmático de valores federalistas en acción: estados autónomos llegan a un acuerdo sobre el tratamiento de desechos radiactivos y piden al Congreso que otorgue fuerza de ley a dicho acuerdo.

Una vez que la súper-legislatura, conocida como Suprema Corte, admitió a trámite el asunto, todos sabían que planeaba entrar en acción. Y ciertamente lo hizo: en la opinión de la mayoría, la Ministra O'Connor tomó un pasaje del gran realista jurídico estadounidense Karl Llewellyn en el que explica la maleabilidad del precedente en su libro de 1930, *The Bramble Bush*.<sup>28</sup> En el famoso recuento de Llewellyn, los tribunales de apelación trabajan con el precedente de dos maneras: interpretan el precedente "poco grato" de modo estricto, al pie de la letra; esto es, caracteri-

---

<sup>27</sup> 469 U.S. 528 (1985).

<sup>28</sup> LLEWELLYN, Karl N., *The Bramble Bush*, Oxford University Press, 11a. impresión, Nueva York, 2008, pp. 68-71.

zan los hechos del caso anterior con gran lujo de detalle a fin de distinguirlos tajantemente de los hechos a los que ahora se enfrentan.<sup>29</sup> En el ejemplo abiertamente irónico de Llewellyn, una lectura estricta en este sentido de una decisión previa de un tribunal sería: "La regla sólo rige para los Walpoles pelirrojos en sedanes de color magenta claro".<sup>30</sup> Por el contrario, una relectura laxa del precedente se abstrae de los hechos concretos del caso, inclinándose por la identificación de una regla genérica del derecho que el tribunal quiere hacer vinculante para el caso presente. No toda relectura "estricta" o "laxa" será plausible, pero Llewellyn, como el inteligente y experimentado abogado que era, estaba en lo correcto al pensar que la doctrina del precedente ofrece a los tribunales suficiente margen de maniobra para reformular las decisiones de casos anteriores de modo tal que constituyan una restricción débil para la decisión presente. Lo que ocurrió precisamente en el caso *New York*.

La Ministra O'Connor, presentando la opinión de la mayoría, enfrentó el obvio problema recién expuesto: de conformidad con la óptica de *García*, el caso de la Ley Federal sobre Desechos Radiactivos se veía como un caso claro del proceso político operando en protección de los intereses de los estados. Después de todo, los estados hicieron el borrador de ley mediante negociaciones entre ellos y posteriormente, solicitaron al Congreso federal que lo sancionara. Presumiblemente, O'Connor careció de los votos necesarios para revocar *García* —jugada que hubiera resultado indecorosa, en todo caso, dado que *García* revocó otro caso, *National League of Cities v. Usery*<sup>31</sup> ¡menos de 10 años antes! Así pues, tomando una página del libro de Llewellyn, se embarcó en la empresa de *distinguir García*, releyéndolo de modo es-

---

<sup>29</sup> *Vid., Idem.*

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 68. La frase citada en inglés es: "This rule holds only of redheaded Walpoles in pale magenta Buick cars". [T.]

<sup>31</sup> 426 U.S. 833 (1976).

tricto. De acuerdo con la opinión de la mayoría, a cargo de la Ministra O'Connor,<sup>32</sup> la regla en tal caso —la regla que dice que la protección de los valores federales subyace en el proceso político mismo— aplica sólo en aquellos casos en que la regulación federal surte efectos sobre entidades *tanto* públicas como privadas, como ocurre en *García* que versa sobre salarios y jornadas laborales. De hecho, el caso *García* mismo no toca ese punto, pero ahora, siete años mas tarde en *New York v. United States*, la Ministra O'Connor lo hace: la Ley Federal sobre Desechos Radiactivos aplica sólo para entidades públicas, en este caso estados y, por tanto, el asunto era distinto al disputado en *García*, de acuerdo con la Ministra. Una vez trazada la susodicha diferencia, O'Connor procedió al análisis histórico y finalmente invalidó una parte de la ley.<sup>33</sup> Esos detalles no importan para nuestros objetivos.

La opinión de la minoría disidente, en manos del Ministro White,<sup>34</sup> también ocupó un pasaje de Llewellyn, quien acusó a la mayoría de distinguir el caso actual del caso *García* basándose en diferencias de hecho que no hacían la diferencia; en efecto, el Ministro White reprochaba que la opinión de la mayoría sugería que la regla en *García* sólo aplicaba a "los Hernández pelirrojos en sedanes color magenta claro".<sup>35</sup> Según el punto de vista del Ministro White, la diferencia entre una regulación federal que surte efectos sobre entidades públicas y privadas y una regulación que surte efectos sólo sobre entidades públicas era irrelevante, *New York* era un caso fácil y *García* debía imperar sobre el resultado.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> *Vid. New York v. United States*, 505 U.S. 144, 149-188 (1992).

<sup>33</sup> *Cfr. Ibidem*, p. 155.

<sup>34</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 188-211.

<sup>35</sup> *Vid. LLEWELLYN, Karl, The Bramble... op. cit.*, p. 68.

<sup>36</sup> *Cfr. New York*, 505 U.S., pp. 188-211.



Quiero dejar en claro que no pienso que alguna de las partes, ya sea la mayoría o la disidencia, estaban *jurídicamente* en lo correcto en el caso. Sin duda, la Ministra O'Connor hizo un trabajo deficiente al intentar explicar las diferencias relevantes entre los casos *García* y *New York*, pero una explicación no es tan difícil de encontrar: ciertamente, no es impensable que la autonomía estatal podría estar en mayor riesgo cuando una regulación federal *aplica únicamente a los estados*, en oposición a una que aplica tanto a actores públicos como privados. Al mismo tiempo, el Ministro White sugería algo plausible desde el punto de vista jurídico: la regla en *García* enfatizaba la importancia del proceso político en la salvaguarda de la autonomía estatal, y los hechos subyacentes en *New York* parecían apuntar a un proceso político funcional y, de hecho, orquestado por los estados mismos, hasta que el estado de Nueva York empezó a sufrir el remordimiento propio de un comprador.

Si lo anterior es correcto, entonces debemos preguntarnos qué pasó realmente en el caso *New York*. El caso, como los estudiantes del federalismo saben, está en el preámbulo de una serie de casos de la Suprema Corte en los cuales, por primera vez desde el triunfo del *New Deal*, la Corte empezaba a imponer ciertos límites al poder federal. Al Presidente Reagan, quien nombró a la Ministra O'Connor una década antes, le preocupaba en parte el asunto de la autonomía estatal frente a las extralimitaciones federales. Y así, para la Ministra O'Connor, una conservadora de nueva hechura al modo de Reagan, *New York* presentaba la oportunidad de establecer en alta y clara voz, que realmente existen límites al poder de la federación. En contraste, para el Ministro White, un conservador chapado a la antigua, nombrado por el Presidente Kennedy a principios de los 60's, la revolución del *New Deal* había desvanecido todas las dudas en torno a los alcances del poder federal. El Ministro White era un conservador de la ley y el orden, escéptico respecto de la expansión de los derechos de los acusados en los procesos penales, así como del derecho al

aborto, pero plenamente convencido de la transformación del sistema constitucional provocada por el *New Deal*. La legislatura federal votó a favor de que los estados se ciñeran a una propuesta que ellos mismos habían redactado sobre cómo disponer de los desechos radiactivos; en *New York*, la súper-legislatura, conocida como la Suprema Corte, votó para revocar parte del plan. Al hacerlo, no actuaron del modo en que el derecho exige: sólo un ingenuo creería eso. En vez de ello, ejercieron su juicio moral y político, y decidieron conforme a ello.

Viajemos ahora al presente con el caso *Burwell v. Hobby Lobby*.<sup>37</sup> En él, la Suprema Corte tuvo por buena la impugnación de diversas sociedades anónimas cerradas a la exigencia de la Ley de Protección Asequible a la Salud<sup>38</sup> —para ser más precisos, al mandato impuesto por el Departamento de Salud y Servicios Humanitarios fundado en dicha ley— de que las empresas (de cierto tamaño) deben pagar seguros médicos para sus empleados que cubran, entre otras cosas, cuatro tipos de medidas contraceptivas (supuestamente) post-conceptivas. La impugnación se basó en la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa [*Religious Freedom Restoration Act*, RFRA por sus siglas en inglés], una ley de 1993 que pretendía restablecer el amparo constitucional del "ejercicio libre" de la religión que existió previo a la opinión de la mayoría expuesta por el Ministro Scalia en *Employment Division v. Smith*.<sup>39</sup> Esa decisión de 1990 sostuvo que el Estado no tiene por qué aceptar excepciones religiosas a la aplicación de leyes neutrales de aplicación general —neutrales en el sentido de que su propósito no es directamente (ni de ninguna

---

<sup>37</sup> 134 S. Ct. 2751 (2014).

<sup>38</sup> En inglés: *Affordable Care Act*, impuesta por el Department of Health and Human Services [E.].

<sup>39</sup> 494 U.S. 872, 874-890 (1990). El congreso y muchos estados reaccionaron en contra de esta decisión y, subsecuentemente, el congreso aprobó la RFRA que ahora prohíbe que el gobierno federal pueda lesionar sustancialmente a la religión en presencia de alternativas viables.

otra forma) el de lesionar sustancialmente el ejercicio de una religión en concreto.<sup>40</sup> Por tanto, conforme a *Smith*, el gobierno federal no necesita buscar una alternativa menos gravosa a una ley que lesione incidental, salvo sustancialmente, el libre ejercicio de la religión.

La decisión en *Hobby Lobby* halló, razonablemente, que los dueños de las sociedades anónimas que impugnaban el mandato genuinamente creían que la vida comienza al momento de la concepción, de modo que genuinamente creían que el uso de medidas contraceptivas con posterioridad a la concepción era equivalente a un homicidio.<sup>41</sup> Quiero enfatizar que hay tres aspectos de la decisión en *Hobby Lobby* que me parecen plenamente triviales, dada la existencia de la RFRA: primero, que el ejercicio de la libertad religiosa de una sociedad anónima cerrada no es significativamente distinguible del ejercicio de la libertad religiosa de los individuos a los que, de modo cerrado, pertenece la sociedad anónima (en otras palabras, las sociedades anónimas cerradas son "personas" para los efectos de RFRA).

Segundo, dado que el gobierno federal ya había ofrecido una salida para las organizaciones no lucrativas con objeciones religiosas (como la Universidad de Notre Dame), una que no transfirió los costos a los empleados que buscaban cobertura contraceptiva, entonces estuvo claro que había alternativas regulatorias al alcance del gobierno federal que aseguraban que la contracepción estuviera disponible para las empleadas mujeres, sin causar lesiones sustanciales a las creencias religiosas. Y, tercero, bajo este régimen constitucional de libertad religiosa, los tribunales deben tomarse en serio la creencia religiosa de alguien de que la vida empieza al momento

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 882.

<sup>41</sup> *Hobby Lobby*, 134 S. Ct. 2764-2766, 2775.

de la concepción. Yo, personalmente, me encuentro en desacuerdo con este último aspecto de nuestro sistema constitucional, al igual que pienso que la RFRA es una ley mala,<sup>42</sup> pero eso no es lo importante en mis dudas respecto a *Hobby Lobby*. Mis dudas yacen en otro lugar.

La cuestión jurídica crucial presentada en *Hobby Lobby*, concedidos los puntos que acabo de enunciar, es: si exigir que sociedades anónimas cerradas paguen seguros médicos que un empleado *podría* utilizar, para acceder a servicios médicos que el patrón desapruueba, constituye una "lesión sustancial" al ejercicio libre de la religión del patrón en una sociedad que no es teocrática; esto es, en una sociedad donde, por ejemplo, los empleados no están obligados a adherirse a la religión de su patrón. La idea de que ello podría suponer una lesión sustancial, debió parecer absurda desde el principio. Sin embargo, la mayoría de la súper-legislatura en voz del Ministro Alito, nos dice que la creencia de los dueños de las sociedades anónimas cerradas de que pagar un seguro que sus empleados podrían utilizar para recibir servicios contraceptivos que los dueños desaprobaban "conlleva una pregunta difícil e importante de religión y de filosofía moral; a saber, bajo qué circunstancias es incorrecto para una persona llevar a cabo un acto que es inocente en sí mismo, pero que tiene el efecto de permitir o facilitar que otra persona cometa un acto inmoral".<sup>43</sup> No corresponde a los tribunales, asevera el Ministro Alito, decir que "las creencias del demandante están equivocadas".<sup>44</sup> El trabajo de los tribunales es sólo el de determinar si las creencias son creencias religiosas sinceras, cosa que todos conceden, incluyéndome.

---

<sup>42</sup> Vid. LEITER, Brian, *Why Tolerate Religion?* Princeton University Press, Nueva Jersey, 2013, donde se critica la apelación a la libertad religiosa para obtener protecciones jurídicas especiales.

<sup>43</sup> *Hobby Lobby*, 134 S. Ct. 2778.

<sup>44</sup> *Idem*.

Esto suena razonable hasta que uno considera un escenario en el cual, el demandante religioso profesa la siguiente creencia religiosa putativa: "esta ley lesiona gravemente nuestro ejercicio libre de la religión". Eso tiene más bien facha de conclusión jurídica disfrazada de creencia religiosa, pero ahora conviene preguntarnos: ¿cómo es que tal escenario es diferente en modo alguno de la posición de quienes impugnan en *Hobby Lobby*? Si crees que pagar por un seguro médico que puede llegar a ser utilizado por tus empleados con el fin de acceder a procedimientos médicos que desapruedas, constituye una violación de tu derecho de libre culto, esa es una pregunta de índole jurídica para los tribunales. Ellos pueden reconocer que *realmente crees eso* y que mantienes una postura filosófica o religiosa concreta acerca de "bajo qué circunstancias es incorrecto para una persona llevar a cabo un acto que es inocente en sí mismo, pero que tiene el efecto de permitir o facilitar que otra persona cometa un acto inmoral".<sup>45</sup> Pero llamarle a eso un postura "filosófica" o religiosa, no cambia el hecho de que ello da lugar a una conclusión de naturaleza jurídica; en específico, la conclusión de que la ley que te exige que pagues por dichos seguros médicos transgrede gravosamente tu derecho al ejercicio libre de tu religión.

Dicho en breve, podemos estar de acuerdo con el Ministro Alito en la política que la Suprema Corte ha mantenido durante largo tiempo, de no juzgar si las creencias religiosas de las personas son razonables o no, sino sólo juzgar si son *religiosas* y *sinceras*. Pero eso no significa que los tribunales deben ser deferentes con las creencias de las personas religiosas acerca de si el derecho lesiona sustancialmente su religión: eso tiene que ser una cuestión jurídica que los tribunales deben atender, si es que los tribunales esperan seguir en el negocio del derecho. En *Hobby Lobby*,

---

<sup>45</sup> *Vid. Idem.*

la súper-legislatura debió actuar como un auténtico tribunal y hallar que no había tal "lesión sustancial".<sup>46</sup>

Es importante notar que el error en el razonamiento del Ministro Alito era, de hecho, un error *jurídico*, no en el sentido de que erró en reconocer la fuente del derecho relevante, sino en el sentido de que no logró comprender las consecuencias lógicas o conceptuales de esas fuentes. Para ser más precisos, el Ministro no logró distinguir correctamente el problema *jurídico* sobre si una ley en particular impone una "lesión sustancial" sobre el ejercicio religioso, del problema *no-jurídico* sobre si los tribunales deben juzgar si las creencias religiosas de un quejoso son razonables o no. Si de verdad fuera el caso que los tribunales deben ser deferentes respecto de *las creencias supuestamente religiosas acerca de lesiones sustanciales* —esto es, acerca de si sus derechos están siendo violados— entonces no hay nada que los tribunales puedan hacer. Puesto que eso es absurdo, el Ministro Alito obviamente ha cometido un error en su razonamiento jurídico.

Incluso si los errores de la súper-legislatura en *Hobby Lobby* fueron errores *jurídicos*, llama la atención de nuevo, la importancia que tiene el juicio moral y político de sus miembros debido a que, sus valores morales y políticos pueden explicar la propensión a incurrir en ciertos tipos de errores. Recordemos que la Suprema Corte, hace 200 años en *Marbury v. Madison*, exitosamente reclamó para sí el poder de decidir en materia de constitucionalidad, lo que implica que la legislatura ordinaria no puede revertir fácilmente los errores que son motivados por las creencias morales y políticas de los Ministros —en este caso, el deseo de la mayoría conservadora de la súper-legislatura de señalar su simpatía fundamental con el ala conservadora

---

<sup>46</sup> La Ministra Ginsburg señala este punto en el voto disidente. Cfr. *Ibidem*, p. 2798.

religiosa—. Con toda certeza, *Hobby Lobby* se trata de la RFRA y no de la Primera Enmienda, aunque RFRA es, cuando menos, un intento por restituir un régimen constitucional anterior. Pero no hay mucho riesgo en aventurarse a predecir que el congreso no revisará la RFRA a fin de revertir la decisión en *Hobby Lobby*. Por tanto, incluso los evidentes errores jurídicos de la súper-legislatura nos brindan mayores razones para querer saber las posturas morales y políticas de los Ministros antes de que sean nombrados, dado que dichas posturas nos darán pistas precisamente sobre aquellos dominios en los que es más probable que incurran en el error.

Desgraciadamente, las únicas personas a las que se induce a creer que los Ministros de la Suprema Corte son elegidos en virtud de su conocimiento y capacidad como juristas son los estadounidenses, es decir, el electorado.<sup>47</sup> Todo Presidente de los Estados Unidos, al menos desde Roosevelt a Reagan hasta el presente, sabe que la Suprema Corte hace las veces de súper-legislatura y, por lo tanto, es mejor intentar nombrar legisladores, es decir, Ministros, que comparten las posturas políticas y morales del presidente que los propone. Permítaseme compartir una entretenida, pero reveladora, historia que mi colega, el Ministro Posner, me contó —y que él ha compartido con muchos otros así que no estoy traicionando su confianza aquí—. El entonces Juez Posner fue designado a la Corte de Apelaciones del VII Circuito en 1981 cuando, tal y como dijo a mis alumnos de teoría del derecho una vez, la gente

---

<sup>47</sup> El público no es completamente ignorante, sin duda. Una encuesta de las noticias de la CBS mostró que tres cuartas partes de los estadounidenses creían que los Ministros de la Suprema Corte "a veces dejan que sus preferencias personales o políticas influyan sobre sus decisiones". *Vid.*, *Supreme Court/Judiciary*, PollingReport, consultable en: <http://www.pollingreport.com/court.htm> (última visita Ago. 5, 2015). El Instituto Público de la Religión (*Public Religion Institute*) reveló en 2013 que el 55 por ciento de los encuestados pensaba que los Ministros son influidos "bastante" por sus propias visiones en materia política, mientras que el 32 por ciento pensaba que son influidos sólo "un poco" y, el ocho por ciento "para nada". *Idem*. A pesar de estas sospechas, cuando el nombramiento de los Ministros es discutido en el Senado, toda indagación acerca de sus preferencias personales o políticas queda fuera. (Agradezco a Mike Seidman por ayudarme en este rubro).

no se daba cuenta que el Presidente Reagan estaba *atestando* los tribunales de "gente de derechas como yo". Esas son las palabras del Ministro Posner, aunque como todo abogado bien sabe, ha demostrado ser bastante menos de derecha de lo que el actual Partido Republicano hubiera deseado.

En cualquier caso, el Ministro Posner señalaba que los medios no prestaban mucha atención a las audiencias del Senado para el nombramiento de Jueces. La audiencia de Posner fue presidida por el senador Strom Thurmond de Carolina del Sur, incluso entonces, a principios de los 80's, un segregacionista casi octogenario tratando de hacerse pasar por un miembro del mundo moderno. El senador Thurmond, leyendo el guión que traía preparado, preguntó: "¿Está usted de acuerdo en que los Jueces deberían sólo aplicar el derecho; no deberían crearlo?"<sup>48</sup> El Juez Posner, como el jurista y académico brillante que es, replicó que la elección era falsa: de las cortes de apelación se requiere continuamente que decidan sobre casos en los que el derecho no está determinado —esa es una de las razones por las que los litigios llegan a instancias de apelación, después de todo— y en esos casos, las cortes debe proveer resoluciones bien investidas de autoridad, algo esencial para la vida en las sociedades civilizadas. Así que, por supuesto, los Jueces de apelación debe a veces crear nuevo derecho, dado que ningún legislador —como Hart señaló hace medio siglo— podría anticipar todos los problemas que surgirán. En otras palabras, los Jueces de apelación deben ejercer su juicio político y moral, un aspecto inevitable de su trabajo. El senador Thurmond, ya bastante avanzado de edad, no respondió a la réplica, sino que continuó con la siguiente pregunta en su guión. Ahora llegamos al clímax de esta curiosa historia: cuando el Juez Posner recibió la

---

<sup>48</sup> Cfr. SHEA, Christopher, "The Last Honest Judicial Hearing?", *The Wall Street Journal*: Sep. 21, 2011, 12:19 PM, consultable en: <http://blogs.wsj.com/ideas-market/2011/09/21/the-last-honest-judicial-hearing/>.



transcripción de su audiencia de confirmación semanas después, la pregunta del senador Thurmond estaba correctamente registrada, a saber, "¿Está usted de acuerdo en que los jueces deberían sólo aplicar el derecho; no deberían crearlo?".<sup>49</sup> Pero en vez de la respuesta que el Juez Posner realmente dio, la transcripción decía que él simplemente respondió: "sí".<sup>50</sup>

Ahora bien, esto es Estados Unidos en 1981, no la Rusia estalinista. Aun así, la verdadera respuesta de un candidato a Juez federal a una tonta pregunta fue *borrada* del registro mediante una maniobra política con el fin de compatibilizarla con la agenda de un Presidente —Ronald Reagan— a quien le gustaba aseverar que él sólo quería nombrar Jueces que aplicaran el derecho, en vez de crearlo. Pero el Presidente Reagan y sus asesores sabían que esto era absurdo, justo como Posner lo sabía. Sabían que los Jueces de apelación deben inevitablemente recurrir a su juicio moral y político e ir más allá de lo que establece el derecho con el fin de resolver las disputas que se presentan ante las cortes de apelación. ¿Cómo puede esto permanecer justificadamente en secreto en una sociedad democrática?

En mi opinión, no se puede. Deberíamos decir la verdad al electorado: los creadores del derecho no pueden anticipar todos los problemas que surgirán pero, en una sociedad civilizada, necesitamos tribunales que puedan decidir con autoridad sobre las disputas que quedan irresolutas por el derecho existente. Las cortes y tribunales juegan ese papel y entre "más elevado" el tribunal, más probable es que le sea requerido que ejerza las preferencias morales y políticas que suscribe, del mismo modo en que lo esperamos de legisladores ordinarios honestos, asumiendo

---

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> *Idem.*

que eso no es un oxímoron en los Estados Unidos en estos días. Por lo tanto, cuando tales Jueces son propuestos, los representantes nominales del pueblo deben evaluar la calidad del juicio moral y político que el candidato ejercerá. ¿Podrá el candidato reflexivamente ponerse del lado del mercado frente a la regulación estatal, con las mayorías contra las minorías, con los religiosos contra los laicos, con los indiferentes al color frente a la sensibilidad hacia el nefasto papel que la raza tiene en la sociedad, con la policía frente al acusado, con las fijaciones ideológicas imperantes en el Partido Republicano contra las fijaciones ideológicas del Partido Demócrata? ¿Es el candidato sensible ante la injusticia, los indefensos, los perdedores en un proceso político o acaso ella se pone reflexivamente del lado de los poderosos, del status quo?

Estas preguntas deberían ser centrales en los procesos de nombramiento de los miembros de la súper-legislatura— o más bien, deberían ser centrales de modo *público* en tal proceso, dado que son obviamente centrales para quienes hacen la nominación. También son, con toda seguridad, el objeto de especulación, rumores y chismes, pero eso no es lo mismo que hacerlas centrales en el procedimiento formal en el que el Senado confirma a un candidato. Hay sin duda muchos asuntos para los que la pericia legal es fundamental, pero no hay pocos candidatos con la pericia necesaria para lidiar con aspectos técnicos del derecho y, en efecto, sería extraño que un presidente presentara un candidato para la súper-legislatura que careciera de ella. Lo que no es extraño, desafortunadamente, es que los presidentes presenten candidatos a los que escogen en razón de sus filiaciones morales y políticas, pero reniegan de ello ante el resto de los actores políticos y, en efecto, objetan cuando el Senado siquiera pregunta sobre tales filiaciones.

Ahora bien, debe admitirse que hay algo genuinamente preocupante en alentar el candor en estos asuntos. Dicho de modo sencillo, la preocupación es que ello invitaría a los Jueces a traspasar los límites del derecho aún más de lo que ya lo hacen. Y quizás sí, pero el status quo es uno en el que los funcionarios electos designan a los súper-legisladores en razón de sus preferencias morales y políticas, pero a nadie se le permite discutirlos abiertamente. Si de hecho, tuviésemos una discusión pública de lo que todos los operadores dentro del sistema saben —que los Jueces de apelación en el máximo nivel deben ejercer su juicio moral y político— entonces, tal vez, los Jueces que sobrevivan el debate serían aquellos cuyo juicio moral y político se acerca más a los del sistema político en general.<sup>51</sup> Un sistema político que da la bienvenida a un liberal en una década, podría no darle la bienvenida 10 años después y, por tanto, esa es todavía una razón más para eliminar los nombramientos vitalicios de Jueces federales dando paso a nombramientos por tiempo determinado, como mucho académicos han propuesto.<sup>52</sup> Pero incluso, antes de que eso pase, no veo cómo, en una sociedad democrática, donde la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas es un valor fundamental (con la excepción de áreas muy concretas, como las de seguridad nacional), podemos continuar tolerando la farsa actual que supone la nominación de juristas a la Suprema Corte, sin examinar pública y abiertamente sus inclinaciones morales y políticas. Esas inclinaciones condicionarán crucialmente sus decisiones en una amplia gama de asuntos constitucionales de gran envergadura, y en ocasiones, no solo allí.

---

<sup>51</sup> Asumo por el bien del argumento, que la aprobación de la mayoría basta para "legitimar" las inclinaciones morales y políticas del Juez. Por razones independientes, esto me parece dudoso, pero eso requeriría un argumento aparte.

<sup>52</sup> *Vid.*, i.e., CRAMTON, Roger C., y CARRINGTON, Paul (eds.), *Reforming the Court: Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006; y "Carta de Paul Carrington, Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Duke, et al, a Joseph Biden, Vicepresidente, et al.", disponible en <http://www.scotusblog.com/2009/02/groups-proposals-for-supreme-court-reform>.

**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

CRAMTON, Roger y CARRINGTON, Paul (eds.), *Reforming the Court: Term Limits for Supreme Court Justices*, Carolina Academic Press, Durham, 2006.

FALLON, Richard H. Jr., "Constitutional Precedent Viewed Through the Lens of Hartian Positivist Jurisprudence", *North Carolina Law Review Association*, núm. 86, 2008.

HART, Herbert L.A., *The Concept of Law*, 3a ed., Clarendon Law Series, Oxford, 2012.

LEITER, Brian, "Explaining Theoretical Disagreement", *University of Chicago Law Review*, núm. 76, 2009, pp. 1215-1250.

\_\_\_\_\_, "The Case for Legal Positivism as an Account of the Artefact Law", en BRAZIN, L. y HIMMA, K (eds.), *Law as an Artifact* (en imprenta).

\_\_\_\_\_, *Why Tolerate Religion?*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2013.

LLEWELLYN, Karl N., *The Bramble Bush*, Oxford University Press, Nueva York, 2008 (1930).

STRAUSS, David A., "Common Law Constitutional Interpretation", *University of Chicago Law Review*, vol. 63, núm. 3, 1996, pp. 877-929.

**Hemerografía**

BRITZIUS, Brianne, "Roy Moore Elected New Alabama Chief Justice", *Weather, and Sports for Montgomery 12 (WSFA12)*, 12 de noviembre de 2012. Consultable en: <http://www.wsfa.com/story/20025004/roy-moore-elected-new-alabama-chief-justice>.

GETTLEMAN, Jeffrey, "Court Orders Alabama's Chief Removed from Bench", *The New York Times*, 13 de noviembre de 2003. Consultable en: <http://www.nytimes.com/2003/11/13/national/13CND-JUDG.html>.

POSNER, Richard A., "In Defense of Looseness", *The New Republic*, 27 de agosto de 2008, p. 8

SHEA, Christopher, "The Last Honest Judicial Hearing?", *The Wall Street Journal*, 21 de septiembre de 2011. Consultable en: <http://blogs.wsj.com/ideas-market/2011/09/21/the-last-honest-judicial-hearing/>



---

# EL PRECEDENTE Y LA PONDERACIÓN\*

**Carlos Bernal Pulido\*\***

## **1. LA PARADOJA DEL PRECEDENTE Y LA PONDERACIÓN**

En las últimas dos décadas, las doctrinas del precedente y la ponderación han estado desarrollándose en sistemas jurídicos de la tradición civilista. Por un lado, existe un consenso en la literatura jurídica actual de Europa continental y latinoamericana acerca de la existencia de dos tipos básicos de normas: reglas y principios. Estas normas se aplican mediante dos tipos diferentes de procesos racionales: subsunción y ponderación.<sup>1</sup> Mientras las reglas se aplican a través

---

\* Traducción del inglés por Rodrigo González Camarena. Texto publicado con autorización del autor y el traductor. Fue impreso en español en *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, BERNAL PULIDO, Carlos y BUSTAMANTE, Thomas (eds.), Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2015, pp. 105-124. Título en inglés: *On the Philosophy of Precedent*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Franz Steiner Verlag, 2012, pp. 51. [E.].

\*\* Profesor en Macquarie University (Australia). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España) y Doctor en Filosofía por la Universidad de Florida (Estados Unidos). Catedrático en diversas instituciones académicas, entre las que destacan la Universidad Externado de Colombia, la Universidad de la Florida y el Centro de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

<sup>1</sup> Vid. ALEXY, Robert, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 294-304.

de la subsunción, la ponderación es la manera en que se aplican los principios. Por esta razón, la ponderación se ha convertido en una operación metodológica jurídica esencial; particularmente para la protección de los derechos fundamentales, salvaguardados por la última ola de Constituciones de Europa continental y Latinoamérica, que tienen la estructura de principios.

Por otro lado, la doctrina del precedente se ha trasplantado desde los sistemas jurídicos del *common law*. De acuerdo a esta doctrina, las decisiones judiciales se utilizan como "enunciados jurídicos autoritativos que pueden servir como buenas razones jurídicas para decisiones futuras". La doctrina también requiere que "los jueces en determinados tribunales consideren ciertas decisiones previas, particularmente las de los tribunales superiores, como razones vinculantes".<sup>2</sup>

Estos enunciados autoritativos —que se encuentran en la *ratio decidendi* de las resoluciones judiciales— suelen tener la estructura de reglas. La *ratio decidendi* es la formulación genérica que contiene una norma general, que justifica la decisión. La *ratio decidendi* hace explícito el contenido de una disposición jurídica, esto es, lo que las disposiciones jurídicas prohíben, permiten, ordenan o autorizan para cierta clase de casos. La normatividad que una *ratio decidendi* despliega como un enunciado autoritativo es del tipo "todo o nada". O aplican completamente o no aplican para nada para resolver un caso en específico. Cada precedente contiene una descripción fáctica que representa la abstracción de los hechos del caso previo. Si en un caso futuro se comprueba esta descripción fáctica, el Juez debe aplicarla completamente. Si, por otro lado, la descripción fáctica contemplada en el precedente no se verifica,

---

<sup>2</sup> BELL, John, "Sources of Law" en BIRKS, Peter, *English Private Law*, I, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1-29.



o, a pesar de haberse verificado, existe una excepción, entonces el Juez debe descartar la idea de aplicar el precedente.<sup>3</sup>

Si éste es el caso, entonces surge al mismo tiempo, un desconcierto con el desarrollo de la doctrina del precedente, por un lado, y la metodología de la ponderación, por otro lado, dentro de los sistemas jurídicos del derecho continental. Se le puede llamar: la paradoja del precedente y la ponderación. Mientras que la doctrina del precedente requiere la aplicación de reglas, la ponderación es la manera en que se aplican los principios.

Este artículo busca ofrecer una solución a la paradoja del precedente y la ponderación. Para alcanzar este objetivo, explicaré las diferentes relaciones de tensión y apoyo entre los precedentes y la ponderación. La hipótesis central es que a pesar del hecho de que la aceptación de la posibilidad de ponderar principios de cierta manera debilita la normatividad de los precedentes, también hace más racional el sistema jurídico como un todo. Al mismo tiempo, la ponderación de los principios requiere que los precedentes garanticen la certeza jurídica, la coherencia y el acatamiento de los requisitos derivados del principio de igualdad.

Defenderé esta tesis en dos secciones: "Un sistema de precedentes y principios", y "Precedentes en la estructura de la ponderación".

## 2. UN SISTEMA DE PRECEDENTES Y PRINCIPIOS

La doctrina del precedente cumple diversas funciones en un sistema jurídico. Cuando las disposiciones constitucionales y legales son de textura abierta, los precedentes

---

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 2000, p. 14.

concretizan el contenido de aquellas disposiciones con respecto a ciertos hechos (los hechos del caso cuya abstracción da lugar a la descripción fáctica de la regla jurídica que cada *ratio decidendi* genera).

Más importante aún, la doctrina del precedente es necesaria para garantizar: (1) la coherencia del sistema jurídico —si un caso ha sido resuelto de cierta manera ajustados a derecho, es coherente que un caso idéntico o similar sea resuelto de la misma manera—; (2) su estabilidad —la estabilidad del sistema jurídico requiere que el proceso del litigio y la aplicación de reglas para resolver casos permanezcan estables a lo largo del tiempo—; y (3) el principio de igualdad —el derecho debe tratar de la misma manera a individuos involucrados en casos idénticos o similares, tanto previos como futuros—. <sup>4</sup>

La doctrina del precedente tiene la capacidad de satisfacer estos objetivos gracias al carácter de regla jurídica que se le atribuye a cualquier *ratio decidendi*. La coherencia, estabilidad e igualdad solo pueden ser alcanzadas si la *ratio decidendi* debe ser aplicada siempre que se den los mismos (o similares) hechos del caso anterior.

No obstante, si hiciéramos que estas reglas fueran inflexibles ello nos conduciría a consecuencias indeseables. <sup>5</sup> Primero, las ventajas que aporta la coherencia al sistema jurídico sólo se alcanzan pagando el alto precio de evitar la evolución de la jurisprudencia. Esta evolución es necesaria para poder atender los desafíos de nuevas

---

<sup>4</sup> *Vid.*, sobre esta línea argumentativa ALEXY, Robert, y DREIER, Ralf, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany" en MACCORMICK, Neil, y SUMMERS, Robert, (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1993, pp. 82 y ss.; MACCORMICK, Neil, y SUMMERS, Robert, "Interpretation and Justification", en *Ibidem*, pp. 518 y ss.; BENDITT, Theodore M., "The Rule of Precedent", en GOLDSTEIN, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 89 y ss.; y MORAL SORIANO, Leonor, "A Progressive Foundation of Precedents", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 86, núm. 3, 2000, pp. 327-350.

<sup>5</sup> Acerca de estos problemas, *vid.*, por ejemplo, BENDITT, Theodore M., "The rule of precedent", *op. cit.*

épocas y para corregir errores del pasado. En segundo término, en ciertas ocasiones el principio de igualdad también requiere tratar de manera diferente dos casos similares y, por ende, rechazar la aplicación de precedentes. Finalmente, la flexibilidad del sistema jurídico y la justicia en casos singulares también debe ser garantizada. Estos objetivos solo pueden ser alcanzados si el Juez puede revocar precedentes o distinguir los casos.

Ahora bien, si las técnicas de distinción de casos y la revocación del precedente son operaciones necesarias para mantener el buen funcionamiento de un sistema jurídico, entonces la cuestión es cómo es que los Jueces deben utilizar estas técnicas. Existen dos posibilidades. Una manera irracional sería conferirles una discreción absoluta a los Jueces para realizar esta operación. Sin embargo, esta posibilidad es inaceptable para cualquier sistema jurídico apegado al Estado de derecho, en el que cada decisión de las autoridades públicas (incluyendo Jueces) se encuentra controlada por el derecho. Una opción alternativa y más racional es la que se basa en la idea de que cuando un Juez se enfrenta con el dilema de revocar un precedente o distinguir entre casos, siempre existe una colisión de principios que debe ser resuelta mediante la ponderación. La coherencia, estabilidad e igualdad (en lo que respecta a tratar igual a la personas en iguales situaciones) son principios que justifican seguir el precedente. La actualización del sistema jurídico, la igualdad (en lo que respecta a tratar diferente a personas en diferentes situaciones) y la justicia, son principios que justifican la revocación del precedente o la distinción entre casos.

La ponderación es la única manera en que se puede resolver esta colisión entre principios. A pesar de que aceptar este tipo de ponderación debilitaría la fuerza vinculante de los precedentes, también robustecería la racionalidad del sistema jurídico como un todo.

La pregunta es: ¿cómo se debe realizar este tipo de ponderación?

Aquí me gustaría sugerir los siguientes tres criterios para llevar a cabo este tipo particular de ponderación:

- a. Cuando, a pesar de las similitudes entre el caso actual y el precedente, las diferencias entre ambos en lo que se refiere a la *ratio juris*, es decir, la justificación subyacente que cierta norma debe aportar para justificar las descripciones fácticas, son mayores que las similitudes, entonces los casos deben distinguirse. En estos casos, la decisión del precedente no puede aplicarse para resolver el caso actual. Se debe encontrar una nueva *ratio decidendi*.
- b. Un precedente debe ser revocado cuando, a causa de un cambio social, fue adecuado en el pasado pero ya no lo es en el presente. En estos casos, el precedente se convierte en una interpretación incorrecta de disposiciones jurídicas, ya que los efectos empíricos (E) de su *ratio decidendi* (RD) producidos en la situación originaria (S1) no pueden alcanzarse en la situación actual (S2). En la nueva situación (S2) la *ratio decidendi* (RD) produce efectos empíricos negativos (E'). Por lo tanto, el Juez debe revocar la *ratio decidendi* (RD) y encontrar una nueva (RD').
- c. Un precedente debe ser revocado cuando es incorrecto, por tratarse de una incorrecta ponderación de principios. Podemos encontrar un ejemplo de este escenario en la sentencia STC 120/90 del Tribunal Constitucional de España. En esta decisión, el Tribunal revocó varios precedentes que otorgaban una libertad de información e imprenta absoluta de acuerdo a la Constitución española de 1978. El Tribunal modificó su jurisprudencia

y estableció límites a la libertad de información con el objeto de proteger los derechos constitucionales a la privacidad y al honor.

### **3. LOS PRECEDENTES EN LA ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN**

No sólo se trata de que la ponderación perfecciona la doctrina del precedente, al crear un proceso racional para distinguir los casos y revocar precedentes. Los precedentes también perfeccionan la doctrina de la ponderación, al salvaguardar la certeza y la racionalidad de la estructura de la ponderación.

Es bien sabido que la ponderación es el foco de atención de muchas discusiones teóricas. Uno de los debates más importantes gira en torno a si la ponderación tiene una estructura racional, y si la ponderación es un proceso racional o una mera herramienta retórica que se usa para justificar cualquier tipo de decisión judicial. Esta es la razón que explica los esfuerzos teóricos de dotar a la ponderación de una estructura racional. Sin embargo, la pregunta es: ¿qué función deben cumplir los precedentes en dicha estructura?

Para responder esta pregunta utilizaré uno de los estudios más convincentes sobre la estructura de la ponderación, me refiero al trabajo de Robert Alexy.

#### **3.1. La estructura de la ponderación**

En su *Teoría de los derechos fundamentales*<sup>6</sup> y en otros trabajos, Alexy defiende la tesis de que la ponderación tiene una estructura racional, y él mismo ofrece una

---

<sup>6</sup> ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002.

sofisticada concepción de ella. En su última versión, tres elementos forman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso, y la carga de la argumentación. Estos tres elementos son necesarios para explicar cómo es que se debe resolver una colisión de principios mediante la ponderación. De acuerdo a la ley de la ponderación: "Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".<sup>7</sup>

Consistente con esta regla, la estructura de la ponderación puede ser dividida en tres pasos distintos, que Alexy identifica con claridad: "[e]l primer paso requiere establecer el grado de no satisfacción o de afectación al primer principio. Le sigue un segundo paso, en el que se requiere establecer la importancia de satisfacer el principio que se le opone. Finalmente, el tercer paso requiere establecer si la importancia de satisfacer el principio que se le opone justifica el detrimento o la no satisfacción del primero".<sup>8</sup>

Es importante señalar que el primer y el segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en establecer la importancia de los principios en juego, así que en adelante nos referiremos a ellos de tal manera.<sup>9</sup> En efecto, en ambos casos Alexy defiende que el grado de afectación puede determinarse con base en una escala triádica: "leve", "moderado" o "intenso".

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>9</sup> Siguiendo la notación de Alexy, representaremos el grado de afectación del primer principio como *IpiC*, y la importancia de la satisfacción del segundo principio como *WPjC*. *Vid. Ibidem*, p. 406.

La importancia de los principios en juego no es la única variable relevante. Una segunda variable es el "peso abstracto" de los principios.<sup>10</sup> Las diferencias del peso en abstracto pueden derivarse de la diferente jerarquía jurídica del órgano que defiende un principio o del que se deriva este, pero también pueden ser establecidas con base en los valores sociales positivos. Luego, por ejemplo, se puede sostener que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que el de libertad, ya que para que podamos ejercer la libertad es bastante obvio que debemos estar vivos. De la misma manera, muchos tribunales constitucionales nacionales han otorgado un gran peso abstracto a la libertad de expresión, debido a su íntima relación con la democracia, o a la privacidad, dada su estrecha conexión con la dignidad humana.

Se debe agregar una tercera variable (S), la cual se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas en relación con la medida de la afectación del primer principio y la satisfacción del segundo bajo las circunstancias del caso. (S) se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas pueden tener diferentes grados de certeza, algo que puede afectar el peso relativo de cada principio en el ejercicio de ponderación.

De acuerdo con Alexy, la fórmula del peso es la estructura idónea para evaluar la afectación de los principios, su peso abstracto, y la seguridad de las apreciaciones empíricas.

---

<sup>10</sup> Siguiendo la notación de Alexy, representamos el peso abstracto del primer principio como  $GP_1A$  y el peso abstracto del segundo principio como  $GP_2A$ .

La fórmula tiene la siguiente estructura:<sup>11</sup>

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPIA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Esta fórmula expresa que el peso concreto en un caso en particular del principio  $Pi$  en relación con el principio  $Pj$  resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio  $Pi$ , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia. Alexy sostiene que es posible dar un valor numérico a las variables de la importancia y el peso abstracto de los principios auxiliados por la escala triádica: leve,  $2^0$ , o sea 1; moderado,  $2^1$ , o sea 2; e intenso,  $2^2$ , o sea 4. En cambio, a la seguridad de las premisas fácticas se les debe dar un valor cuantitativo de la siguiente manera: seguro,  $2^0$ , o sea 1; estimable o plausible,  $2^{-1}$ , o sea  $\frac{1}{2}$ ; y no evidentemente falso,  $2^{-2}$ , o sea  $\frac{1}{4}$ .<sup>[12]</sup>

Si aplicamos estos valores numéricos, es posible determinar el "peso concreto"<sup>13</sup> del principio  $Pi$  en relación con el principio  $Pj$  en el caso concreto. Si el peso en concreto del principio  $Pi$  en relación con el principio  $Pj$  es mayor que el peso en concreto del principio  $Pj$  en relación con el principio  $Pi$ , el caso debe ser resuelto de acuerdo al principio  $Pi$ . Y a la inversa, si el peso concreto del principio  $Pj$  en relación con el principio  $Pi$  es mayor que el del principio  $Pi$  en relación con el principio

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 408. Vid. tb. ALEXY, Robert, "Die Gewichtsformel" en JICKELI, Joachim, KREUTZ, Peter y REUTER, Dieter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlin, 2003, pp. 771-792.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 789 y ss.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, 2003, pp. 433-449, 433 y ss.



$P_j$ , el caso debe ser resuelto de acuerdo al principio  $P_j$ . Si  $P_i$  justifica la norma  $N1$  que prohíbe  $\emptyset$  y si  $P_j$  justifica la norma  $N2$  que ordena  $\emptyset$ ,  $\emptyset$  debe ser prohibido en el primer caso y  $\emptyset$  debe ser ordenado en el segundo caso.

El elemento final de la estructura de la ponderación es la carga de la argumentación. La carga entra en juego cuando la fórmula del peso llega a un punto muerto, es decir, hay un empate entre los principios ya que su peso es idéntico (o, representado formalmente,  $GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$ ). En el *Epílogo* de su *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy defiende que en casos de que haya un empate entre principios la restricción de un derecho ordenada por una ley del Parlamento debe considerarse como proporcionada y, por ende, declararse constitucional.<sup>14</sup>

### **3.2. Los precedentes y la fórmula del peso**

La estructura de la fórmula del peso da lugar a varios problemas interesantes. De particular relevancia para este artículo son: por un lado, si existen o no criterios objetivos para determinar el valor de las variables relevantes que conforman la fórmula del peso; y, por otro lado, cuando este no es el caso, si los precedentes pueden servir para alcanzar, no la objetividad, pero al menos la racionalidad de la decisión.

Con el objeto de resolver estas incógnitas analizaremos detalladamente cada una de las variables.

---

<sup>14</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional...*, op. cit., pp. 410 y ss.

### *i) El grado de afectación de los principios en colisión*

Es verdad que en ocasiones puede haber juicios racionales acerca del grado de intensidad e importancia de principios en colisión. O lo que es lo mismo, existen casos fáciles en cuanto al grado de afectación de los principios. Por ejemplo, si una revista de humor negro llama "lisiado" a un funcionario público con alguna discapacidad, esto claramente constituye un atropello a su honor (4), mientras que al mismo tiempo contribuye muy poco al ejercicio de la libertad de expresión (1). No obstante, también existen casos difíciles en los que estas premisas, tanto fácticas como normativas, que deben ser consideradas al momento de determinar la importancia de un principio, son inciertas. El caso paradigmático se da cuando compete el principio de libertad religiosa. Se puede cuestionar si el grado de restricción de la libertad religiosa de una cierta medida puede ser determinado en abstracto, sin considerar puntos de vista subjetivos acerca de la religión. Entonces, la manera en que se evalúa el grado de intervención de la libertad religiosa de una transfusión sanguínea depende claramente de la manera en que el individuo vive su fe religiosa. Podrá ser irrelevante para muchos creyentes, pero muy importante para un testigo de Jehová. Una evaluación de la importancia de este principio solo puede realizarse después de tomar una posición en concreto que no puede determinarse solamente por la fórmula del peso. En estos casos es muy probable que haya desacuerdos. Por ello, el uso de la fórmula del peso otorga una gran discreción al Juez, quien puede decidir con base en sus opiniones morales o su ideología política. No puede haber objetividad en estas circunstancias. Sin embargo, aun en estos casos, la fórmula del peso desempeña una importante función, ya que hace transparente el margen de discreción que el Juez tiene, y es claro que la moral y la ideología política juegan un papel.

Además, el Juez puede ejercer su discreción cuando no está claro si se trata de un caso fácil o de uno difícil con respecto a la primera variable de la fórmula del peso, es decir, la importancia de los principios. Esto se puede clarificar con la ayuda de un caso real, la sentencia sobre el tabaco del Tribunal Constitucional alemán, que Alexy suele utilizar como un ejemplo de un caso fácil. La sentencia trataba acerca del deber impuesto vía legislativa a las empresas tabacaleras de informar a los consumidores sobre los riesgos para la salud relacionados con fumar a través de sus etiquetas, y más precisamente, acerca de si esta era una restricción constitucional o no. En principio, la sentencia muestra que hay casos fáciles en los que "es posible realizar juicios racionales sobre la intensidad o restricción y los grados de importancia", de tal manera que "el resultado puede ser establecido racionalmente a través de la ponderación".<sup>15</sup>

El deber de advertir mediante etiquetas es "una restricción relativamente menor de la libertad de profesión",<sup>16</sup> más aún si se le compara con otras medidas alternativas posibles, tales como la prohibición de la venta de tabaco, o la restricción de su venta. Además, es claro que la medida promueve la protección del derecho a la salud. Por lo tanto, Alexy concluye que "[e]l Tribunal Federal Constitucional no exageraba cuando estableció, de acuerdo a las advertencias de salud, que 'de acuerdo al estado actual del conocimiento de la medicina es cierto' que fumar causa cáncer y enfermedades cardiovasculares".<sup>17</sup> La restricción leve de la libertad de ejercicio profesional se ponderó con la intensa satisfacción del derecho a la salud. Sin embargo, no es imposible realizar diferentes evaluaciones de las variables relevantes. Desde un punto de vista fáctico, se podría decir que no existe certeza de que el deber

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> *Idem*.

de advertir los riesgos de salud efectivamente contribuye a proteger la salud de los consumidores. Bien puede ser que dicha medida sea ineficiente, quizás porque los consumidores ya están conscientes de lo que la etiqueta advierte; o porque la adicción al tabaco subsiste aun si se informa a los consumidores de sus consecuencias, ya que la misma se puede deber a la debilidad de la voluntad, y no a la falta de información; o quizás porque la advertencia en las etiquetas hace que fumar sea más deseable.

### *ii) El peso abstracto de los principios en colisión*

Existe margen para una mayor discreción judicial en lo que se refiere a la evaluación del peso abstracto de los principios. El peso abstracto es una variable bastante peculiar, que siempre implica que el Juez tome una determinada posición respecto de la constitución, del rol del Estado en una determinada sociedad, e incluso, del concepto mismo de justicia.

Es claro que la variable del peso abstracto pierde su importancia cuando los principios en colisión son de la misma naturaleza. Por el contrario, el peso abstracto se torna muy relevante cuando se trata de resolver un caso cuyos principios en colisión son de distinta naturaleza. Aun así, algunos casos pueden seguir siendo relativamente fáciles. Puede asumirse, por ejemplo, que la protección de la vida, o derechos fundamentales estrechamente vinculados con los principios de dignidad humana y democracia, deben gozar de un peso abstracto mayor que otros.<sup>18</sup> Sin embargo, los Jueces tienen un margen bastante amplio de discreción al determinar el peso abstracto de los principios. Obviamente, no hay una exhaustiva jerarquía preestablecida de los pesos abstractos. La protección de la vida bien puede merecer

---

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 760, 770 y 772.

el valor supremo (4), pero alguien pudiera proponer que dicho valor también se le debe asignar a los derechos estrechamente vinculados con la dignidad humana y el principio democrático. Más aún, podríamos preguntarnos: ¿deberíamos dar el mismo valor a todos los derechos relacionados con la dignidad humana y el principio democrático, o éste debería variar dependiendo de qué tan estrecha es esa vinculación? ¿Qué rango han de tener otros principios como el derecho a la igualdad o el derecho a la igualdad real, y no mera igualdad formal? En este punto bien se puede sostener que la evaluación del peso abstracto de los principios de acuerdo a la escala triádica depende de la ideología del Juez. Un Juez individualista le otorgará el peso abstracto más alto a la libertad, mientras que un Juez comunitarista se lo atribuirá al bien común. El Juez debe resolver el caso con base en el mejor argumento moral, pero en ocasiones no es fácil saber cuál es el mejor argumento moral. Entonces, la respuesta correcta es que no hay respuesta correcta.

### *iii) La seguridad de las apreciaciones empíricas*

Existen también algunos límites de la racionalidad que se pueden observar en lo que se refiere a la determinación de la seguridad de las apreciaciones subjetivas sobre la importancia de los principios. La importancia depende de su eficiencia, rapidez, probabilidad, alcance y duración. Los límites de la racionalidad se deben a distintos factores. Primero, es difícil determinar la certeza de las apreciaciones empíricas desde estas perspectivas. El conocimiento empírico del Juez es limitado. En ocasiones puede que no tenga conocimiento sobre el valor de cada una de las variables. En segundo lugar, la combinación de las variables es de suma complejidad. ¿Cuál deberá ser la certeza de una apreciación empírica cuya eficacia es plausible ( $\frac{1}{2}$ ), su rapidez no es evidentemente falsa ( $\frac{1}{4}$ ), su probabilidad es segura (1), su alcance es plausible ( $\frac{1}{2}$ ) y su duración segura (1)? Y, correlativamente, ¿podrá ser esta

certeza mayor si las mismas variables tienen el mismo valor pero en distinto grado?

Todo esto demuestra que en la fórmula del peso existen diversos límites a la racionalidad que otorgan a los Jueces un margen de discreción. No obstante, es precisamente dentro de este margen de discreción que los precedentes son relevantes y desempeñan una función fundamental. La fórmula del peso es una estructura vacía o formal cuyas tres variables requieren premisas fácticas y normativas concretas. Las premisas fácticas indican si un principio en específico debe tener más o menos peso relativo en abstracto, o si en un caso en concreto una apreciación empírica es más o menos segura. Afortunadamente, los Jueces no resuelven cuestiones sobre el peso de los principios y la seguridad de las premisas empíricas a manera de *tabula rasa*. Al contrario, los Jueces toman estas decisiones dentro de una red de precedentes. Por ejemplo, recientes decisiones en la jurisprudencia de países de tradición civilista han llevado a la conclusión de que, el peso del principio de igualdad debe ser mayor cuando las normas establecen un trato diferenciado entre individuos por razón de género o preferencias sexuales. De la misma manera, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de la Europa continental de los últimos veinte años ha dejado claro que el peso de la libertad de expresión debe ser mayor cuando su ejercicio se relaciona con la participación democrática del sistema político. Las decisiones consistentes de los tribunales crean una red de precedentes. Esta red reduce el margen de discreción que la fórmula del peso abre para el Juez en la medida en que, si un Juez busca apartarse de una red de precedentes, la racionalidad requiere que él justifique su decisión. Así, los precedentes se vuelven necesarios para garantizar la racionalidad en la ponderación. Los precedentes permiten que los principios se apliquen de manera consistente y coherente, de esa manera la ponderación no solo es racional sino también predecible.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- \_\_\_\_\_, "Die Gewichtsformel", en JICKELI, Joachim, KREUTZ, Peter y REUTER, Dieter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, DeGruyter, Berlín, 2003, pp. 771-792.
- \_\_\_\_\_, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 294-304.
- \_\_\_\_\_, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4 2003, pp. 433-449,
- \_\_\_\_\_, y DREIER, Ralf, "Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany", en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1993 (1991), pp. 80-81.
- BELL, John, "Sources of Law", en BIRKS, Peter, *English Private Law I*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1-29.
- BENDITT, Theodore M., "The Rule of Precedent", en GOLDSTEIN, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 89.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 2000.
- MORAL SORIANO, Leonor, "A Progressive Foundation of Precedents", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 86, núm. 3, 2000, pp. 327-350.





---

# ARGUMENTACIÓN JURÍDICA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN\*

**Raffaele De Giorgi\*\***

## 1.

**D**e frente al tema que me ha sido confiado me he preguntado: ¿por qué "*argumentación jurídica a partir de la Constitución*" y no "*interpretación de la Constitución*"? ¿Por qué reflexionar sobre la unidad de un proceso que está dirigido a ofrecer justificaciones de sí mismo y no reflexionar, en cambio, sobre las diferencias que son inmanentes al resultado de dicho proceso? ¿Por qué observar la *estructura* y no la *función*?

La formulación con la cual es denominado el tema que tratamos remite a un horizonte específico dentro del pensamiento constitucional contemporáneo: un horizonte que se autodefine como *neoconstitucionalismo*.

---

\* Agradezco aquí por la preciosa ayuda de Guilherme Leite Gonçalves y Javier Espinoza de los Monteros. Traducción del italiano por Javier Espinoza de los Monteros. Una versión de este artículo fue publicado en: *Libro de Primer Congreso Iberoamericano*, XXVIII, Jornadas Argentinas de filosofía jurídica y social. Sistema Argentino de Información Jurídica-Infojocs, diciembre 2015, pp. 129-141 [E.].

\*\* Decano y profesor de filosofía del derecho en la Universidad del Salento (Italia)

Considero oportuno iniciar con esta precisión porque el término no indica solamente uno entre los tantos "*neo-ismos*": la orientación de este pensamiento es uno de los productos que más están de moda en el mercado actual de las ideas. Y, como todas las modas, ésta también suscita adhesiones entusiastas y enciende ruidosa animosidad. Y, sin embargo, al mismo tiempo, ella reanuda encrucijadas que dejan perplejos. De aquí surge mi cautela y la relativa distancia.

El primer aspecto que suscita perplejidad está ligado al hecho de que, en la incómoda incertidumbre del presente, este horizonte ofrece tranquilizadoras certezas teóricas y exhibe sólidas seguridades filosóficas; otro aspecto, en cambio, está ligado al hecho de que, si se penetra en su declarada fortaleza de pensamiento, si se examinan los ataques que sus adeptos dirigen a las grandes construcciones del pasado, se tiene la impresión de oír el eco de viejas historias mal contadas, de asistir a representaciones en las cuales actúan personajes en busca de autor, de encontrarse frente a una desarmante pobreza; se tiene la impresión, en otros términos, de que la diferencia entre los antiguos y los modernos consiste en esto: que los modernos dicen solamente aquello que saben, mientras los otros, los antiguos, sabían aquello que decían. Existirá, pues, una razón de todo esto. A tratar de explicar esta razón se dirige el desarrollo del tema que me fue confiado.

Aquello que se llama neoconstitucionalismo no es una teoría de la Constitución, ni una filosofía del derecho o de la política, como se podría esperar. Es un horizonte, una línea límite que separa lo que se ve, de lo que no se ve; una perspectiva sobre la cual son agrupadas contribuciones que provienen de direcciones diversas, pero que están vinculadas todas por un mismo impulso. Dichas contribuciones tienen en común una particular tendencia a repetir, a través de la cual creen poder exorcizar el pasado, que fue el contexto del mal, y de poder construir el futuro, que

será el contexto del bien. El pasado, el siglo breve por una parte; por la otra, un futuro que no se conmueve frente al presente del cual es futuro, porque este presente es un tiempo que no tiene tiempo.

En su lenguaje, este neo-pensamiento constitucional considera al pasado reciente del constitucionalismo (que era el tiempo de la interpretación de la Constitución), como una vieja ruina, como un inútil —si no es que peligroso— objeto de museo, como la lanza y el hacha de plomo.

El pensamiento jurídico de la primera mitad del siglo pasado, aquel que se formó sobre la herencia del Estado nacional de finales del siglo XIX, aquel pensamiento que habría sido extraído del viejo constitucionalismo, se había producido en el ámbito de un Estado cuya centralidad se expresaba en la autoridad de la ley: el derecho positivo había hecho manifiesta la superación del privilegio y de la desigualdad y la supremacía del poder se expresaba en la supremacía de la ley. Sus caracteres eran la certeza de la voluntad, el orden de las acciones, la congruencia de los medios y de los fines, la igualdad de todos frente a la ley, la independencia de un Juez sometido solamente a la ley; y posteriormente: la centralidad de lo público, la estabilidad del orden, la exclusividad del derecho del Estado, la tutela de la propiedad privada y de la iniciativa que podía generar, la contención de la exclusión social y su marginal colocación como sustento de la economía de los particulares y de la economía del Estado. Eran éstas las adquisiciones con las que, en sus albores, el siglo breve había dotado de garantías jurídicas a la moderna sociedad de los Estados. Eran éstas las características del derecho positivo de los Estados, los cuales, muy pronto, se encontrarían combatiendo entre ellos, se estarían masacrando para imponer, uno sobre otro, con violencia, la exclusiva superioridad que cada uno de ellos tenía en su interior.

El pensamiento jurídico que habría acompañado esta tragedia se llamaba *positivismo*. Digamos que la moda del presente lo llama *positivismo*, confiriéndole un sentido despreciativo que autoriza a los modernos a colocarse en el futuro como post-, neo-, o bien, anti. Dicho positivismo es tratado como una teoría del Derecho que era una filosofía del poder, una técnica interpretativa que debía hacer manifiesta la voluntad exclusiva del poder en el Derecho, una ideología de la sacralidad de la ley, una metafísica de la vulgar "empiria", como la habría podido llamar el herético Marx refiriéndose al sacrílego Hegel: un pensamiento nefasto, frente al cual, justamente, el neo-pensamiento constitucionalista se horroriza.

La primera mitad del siglo breve se cerraba con el eco de los gritos de millones de muertos y con el dolor grabado en la memoria de los vivos. Ellos podían ser atenuados solamente por la expectativa de un futuro en el cual, una universal razón cosmopolita, hubiera podido proteger a los individuos frente a los Estados, al Derecho frente al poder, las diferencias frente a las homologaciones, el igual acceso de todos a los bienes sociales, el espacio de una comunicación libre. En estas expectativas se expresaba la necesidad del control de la violencia de los Estados y del Derecho de la ley, la necesidad de reconocimiento de la individualidad de las personas, de su capacidad de autorepresentación. El camino seguido fue la *constitucionalización de la relación entre derecho y política*, y la inclusión constitucional de un *Catálogo de derechos fundamentales*, los cuales, a decir verdad, habían sido proclamados ya un siglo y medio antes y habían sobrevivido a una noche infinita durante la cual, habían podido coexistir con la más negra esclavitud y con los inmensos guetos<sup>1</sup> en

---

<sup>1</sup> Situación marginal en la que viven unas clases de personas, generalmente en suburbios o barrios, excluidos de la ciudad, generalmente periféricos. [T.]

los que fueron marginados y explotados los antiguos y los nuevos condenados de la tierra.

## 2.

Constitucionalizar la relación entre derecho y política significaba fijar los presupuestos de una continua reapertura de la circularidad de política y derecho: significaba romper la jerarquía que colocaba a la política en la cumbre de la sociedad, significaba condicionar al mismo tiempo la inmunización recíproca y la recíproca conexión entre la política y el derecho. Aquella política era aún la política de las grandes narraciones del mundo, la política de las grandes filosofías de la historia, la política que relataba la libertad de los individuos y la igualdad, el libre acceso de todos a la comunicación social, la sociedad como universo público de recíproco sostén y protección. Era la política de las libertades de acceso y de la inclusión, del tratamiento de las diferencias y del incipiente reconocimiento de las diferencias en las visiones del mundo. Y el derecho de dicha política se construía con fatiga su clausura, mientras su selectividad era escasamente resistente respecto a las diferencias y a las formas de la exclusión que el pasado de dependencia había dejado en herencia. El derecho de aquella política era el derecho que debía inmunizar a la sociedad contra sus amenazas internas, porque, de este modo, los derechos fundamentales habrían podido finalmente realizar la función por la cual habían sido inventados: asegurar estabilidad a la forma de la diferenciación social típicamente moderna. Era una política de los derechos que buscaba y obtenía, mediante los derechos, su inmunización y, al mismo tiempo, el reconocimiento de su expansión en las formas, también ellas legitimadas por los derechos, del Estado social y del Estado de bienestar: nombres con los cuales se había acostumbrado a definir aquella particular condición de recíproca expectativa, del reforzamiento de la selectividad de la política

mediante el incremento de la selectividad del derecho. El derecho de la política de los derechos, expresaba el límite de aceptabilidad social de la transformación de la realidad de la exclusión en expectativa de inclusión, este representaba el umbral de la materialización, es decir, de la especificación de los universalismos que las constituciones expresaron. Política y derecho tenían la función de temporalizar los contenidos constitucionales. En este sentido ellos realizaban las constituciones. De este modo la política, mediante sus decisiones, podía asimilar el futuro, es decir, podía tener abierto el futuro no obstante los vínculos que lo limitaban, porque ella realizaba la Constitución; también los individuos podían asimilar el futuro cultivando expectativas cuya legitimidad surgía del reconocimiento constitucional de los espacios indistintos de su posibilidad. De este modo, se podía siempre inventar el futuro, porque éste encontraba, en todo caso, su legitimidad en el presente: el futuro que se podía inventar podía ser tratado como el futuro presente de la Constitución. El tiempo de la Constitución, de hecho, era el presente futuro de la sociedad: política y derecho temporalizaban la Constitución como fuente de legitimación del tiempo de la decisión y del tiempo de la acción. Ellos potencializaban continuamente la realidad del presente transformándola en la posibilidad del futuro. Por esto, la Constitución era siempre realizada y debía siempre ser realizada. Las constituciones formalizaban las condiciones de la continua apertura y de la continua clausura entre derecho y política.

Inventados como libres, los individuos con su actuar realizaban siempre, y sin embargo, la Constitución: la Constitución es, *no debe ser*. Pero al mismo tiempo, se debía decir también que la Constitución *debe ser*, *no es*: ella diseñaba horizontes cuyas determinaciones correspondían a la política que delimitaba espacios en la forma de derechos. La Constitución era de todos, como el mundo que es el límite de la sociedad.

Interpretar la Constitución, concretizarla, era la preocupación que orientaba el interés del constitucionalismo tradicional. Era el trabajo teórico al que los antiguos padres dedicaban sus cuidados. En el curso de la interpretación constitucional, decía uno de ellos, la Constitución resulta siempre actualizada. Por esto, cada esfuerzo debía ser dedicado a la interpretación. El carácter abierto y amplio de la Constitución debía ser precisado, especificado, universalizado mediante la interpretación. Un trabajo complejo porque, precisamente, especificar significa universalizar, y ambos significan actualizar, materializar, es decir, hacer manifiesto el contenido de la Constitución. Como afirma Konrad Hesse:

Si en virtud de la [Ley Fundamental] el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución con eficacia vinculante, no sólo para el ciudadano sino también para los restantes órganos del Estado, la idea que origina y legitima esta vinculación, que no es sino la del sometimiento de todo el poder del Estado a la Constitución, solo podrá hacerse realidad si la sentencias del Tribunal expresan el contenido de la Constitución, aunque sea en la interpretación del Tribunal.<sup>2</sup>

A la interpretación era confiada la tarea de encontrar el resultado constitucionalmente correcto mediante un procedimiento racional y controlable, y de motivar este resultado en un modo también racional y controlable, desplegando así, condiciones de certeza y previsibilidad del Derecho. En realidad, constitucionalmente correcto es el resultado que es considerado aceptable, que se considera tolerable, que se cree no supera el umbral de lo que se puede considerar como racionalmente motivado; mientras, certeza del derecho significa que es legítima la expectativa de que cada decisión interpretativa será tomada con base en el Derecho. Pero es precisamente esta certeza la que hace posible la previsibilidad, como apertura de

---

<sup>2</sup> HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 35.

un futuro en el cual, cualquiera que sea la decisión que se tome, se sabrá cómo comportarse. Un tema al cual Guilherme Leite Gonçalves ha dedicado páginas muy profundas.

La necesidad de exponer la Constitución excluía, naturalmente, cualquier tipología interpretativa que hiciera pensar en la subsunción del caso, o cualquier comportamiento que pudiera ser calificado como positivista: ésta [la interpretación] no estaba ligada ciertamente a la idea del descubrimiento de la voluntad del constituyente: se debía suponer, de hecho, que el resultado de la interpretación era la realidad de la Constitución y que, sobre aquella realidad, el constituyente no podía haber decidido. La Constitución ofrecía puntos de sostén, numerosos, múltiples, pero necesariamente incompletos: ella no perseguía objetivos cuya realización pudiera ser objeto de interpretación. La Constitución no tiene un objetivo. Por otra parte, ¿cómo puede tener un objetivo la Constitución que "es la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas"<sup>3</sup> La primera consecuencia es ésta: el custodio de la Constitución es el Tribunal Constitucional en su carácter de "Tribunal *sui generis* de la sociedad (en su totalidad)". Mediante el Tribunal, la sociedad se interpreta a sí misma y, en efecto, "las constituciones vivientes son obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta". El Derecho procesal constitucional es el *medium* a través del cual la "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales" materializa la constitución. "El Derecho constitucional material —dice Häberle—, el Derecho que se vive, surge a partir de una diversidad de funciones que han sido percibidas de manera correcta: las funciones del legis-

---

<sup>3</sup> HÄBERLE, Peter, *Constitución como cultura*. Artículos seleccionados para Colombia, traducción de Ana María Montoya, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Colombia, 2002, p. 71.



lador, del Juez constitucional, de la opinión pública, del ciudadano, pero también de las funciones del gobierno y de la oposición.<sup>4</sup> Otro estudioso, de carácter —digamos— más moderno, proclama: "La interpretación constitucional debe volver [...] a la ciudadanía —y para evitar equívocos explica:

[e]llo no es lo mismo que decir [...] que la interpretación final debe ser el resultado de decisiones plebiscitadas, de encuestas o *aplausos* masivos (o, peor aun, el producto de una Corte 'elegida por el pueblo'). Sostener que la interpretación final debe volver a la ciudadanía quiere decir que esta última debe recuperar control sobre el Derecho, y que el Derecho debe comenzar a vincularse con igualitarios procesos de discusión pública, hoy completamente ausentes de nuestro horizonte democrático.<sup>5</sup>

### 3.

El siglo breve ha concluido algunos años antes de su fin temporal: los últimos pedazos de su trágica historia han caído aplastados por las piedras de un muro sobre el cual, millones de personas, habían fincado su ilusión de avanzar hacia un futuro que la historia les habría de negar absurdamente. Aquellas piedras sepultaban también las esperanzas que, precisamente en sus inicios, habían hecho correr aquel siglo tras las banderas de la última gran Filosofía de la historia, banderas que los crímenes del régimen habrían desechado para siempre.

La naturaleza de las esperanzas iniciales no había sido distinta de la naturaleza de las ilusiones, hacia las que millones de personas corrían ahora: el reconocimiento

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>5</sup> GARGARELLA, Roberto, "De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina" en NARVÁEZ, José y ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier (coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, IIJ-UNAM, México, 2011, p. 65.

de las posibilidades de actuar sin ser sometidos a la violencia que impone el Derecho, como habría dicho Benjamin. Con palabras más simples: el reconocimiento de las posibilidades de actuar bajo el esquema de los derechos subjetivos, tal como habían sido inventados ya en los umbrales de la sociedad moderna; el reconocimiento del carácter originario de aquellos derechos, que había sido sancionado un siglo y medio antes, pero que se quedaba indefenso, no sólo frente a la violencia del Estado que pone el Derecho, sino también frente a la violencia del Estado que conserva el Derecho en las estructuras de su burocracia; el reconocimiento de una necesaria, definitiva, dislocación del poder originario, el cual ya no podía ser confiado exclusivamente a la política, ni a su Derecho; pero tampoco podía permanecer ya en manos de las mayorías políticas, sino a condición de una segura protección de aquellos espacios considerados intangibles, no negociables, en cuanto considerados ellos mismos como condiciones ineludibles, como fundamento de las posibilidades de un actuar libre y autónomo.

En sustancia, se pedía la realización de una democracia de los derechos que fuera capaz de romper también los vínculos y las constricciones de aquella política de los derechos que se había afirmado en Europa occidental por todo el medio siglo precedente; una democracia de los derechos que, en la Europa que quería superar el muro, no había sido nunca realizada sino en la forma de violencia de una política moralizada, mientras en otras regiones del globo se había expresado en modos diferentes, pasando de las tinieblas de las dictaduras a los crepúsculos del Estado del siglo XIX.

No se pedía sólo una democracia política, una democracia de la representación, de la legalidad y del Derecho del Estado. Esta democracia se había ya impuesto como la forma moderna de la democracia y se habría podido expandir fácilmente

también en las regiones en las cuales hubiese sido bloqueada. La democracia que se exigía, habría debido reconocer el espacio originario de los derechos subjetivos como el lugar en el cual se manifestase el poder difundido en la sociedad, de la cual los individuos se habían reapropiado y de la cual, por tanto, se habían vuelto otra vez titulares: ellos, por esto, pretendían del Estado tutela de aquel espacio y, por la experiencia reciente, pretendían tener tutela también respecto del Estado: una protección que podía ser garantizada sólo mediante el recurso al texto fundamental en el que aquellos contenidos habían sido fijados como originarios y, por tanto, precisamente por ello, como irrenunciables, irreductibles, indecibles. Los individuos, en otros términos, pedían el reconocimiento del carácter originario de su individualidad, es decir, pedían que sus expectativas, relativas al modo en el cual la política trataba sus espacios originarios, pudieran ser evaluadas y, si fueran reconocidas como legítimas o en caso de que se reconociera que habían sido violadas, pudieran, en todo caso, hacerse valer.

Se trataba de reconocer que el ordenamiento jurídico y el ordenamiento político son sustentados por fundamentos que no pueden ser modificados (de rigidez inflexible), por contenidos que se legitiman por el solo hecho de que han podido ser formulados. No importa si en ellos se hace manifiesta la racionalidad de la razón, si ellos son, por tanto, herencia moderna del viejo iusnaturalismo o si ellos surgen del poder que se reconoce como constituyente, como fundamento de sí mismo. Desde cualquier forma de legitimación que se quiera considerar, la organización político-jurídica del Estado debía encontrar límites a su actuar, tanto en el sentido de la posibilidad de determinar y hacer evidente la omisión del reconocimiento, como en el sentido de impedir que la decisión política que fuera reconocida como violación de aquellos espacios pudiera seguir operando.

Esta democracia debía responder a las expectativas de aquellos que habían sido excluidos de la Democracia moderna y, al mismo tiempo, a las expectativas que fueron maduras en la experiencia de las frágiles democracias europeas, en las cuales los derechos fundamentales no habían sido protegidos contra la violencia del derecho.

Esta democracia habría debido exaltar el carácter de fundamento que caracteriza al poder originario de los individuos; habría debido resguardarlo como ineludible condición de su capacidad de afirmarse como individuos y como requisito de su individualidad jurídica y política; aquel poder debía ser asegurado en un lugar que no es el lugar de la política, ni el del derecho, sino el espacio inobservable *de la unidad de su diferencia*. En dicho espacio, no sólo los derechos son originarios, sino el espacio mismo adquiere un carácter originario, un carácter constitutivo, un carácter de continua refundación, de continua redeterminación de sí mismo. Naturalmente, la unidad de una distinción no se ve. Por tanto, aquel espacio no se ve. Aquel espacio es como la razón para Kant: es el inicio del tiempo, en el sentido de que el presente comienza siempre en aquel punto, en aquel lugar, que precisamente por esto es la razón y no sólo su lugar. Es la razón del viejo iluminismo que se determina por sí, que habla sólo de sí. El espacio y la razón: es oportuno preguntarse si: *the same is different*, o bien *the different is the same*?

La originalidad de los derechos está en la razón; la razón es, no *debe ser*. Ella es el límite, es decir, el inicio, pero también el fin, es el tiempo que no tiene tiempo. Ella, por tanto, no puede ser medida: la razón es imponderable, no tiene peso, no puede ser sopesada, evaluada. La razón se mide desde sí. Para usar una frase famosa podemos decir que la razón actúa como "cualquier cosa que estaba dentro del

sistema, sale del sistema y actúa sobre el sistema como si estuviese fuera del sistema". Pero aquí la razón es el sistema. Es la razón de los derechos fundamentales la que domina cualquier otra razón.

Esta democracia se llama *Democracia constitucional*, así como el Estado que organiza su funcionamiento se llama *Estado constitucional*. Esta democracia representa una formación evolutiva en la semántica de la democracia moderna: lo que la caracteriza como democracia no es ya sólo la forma de la participación política, sino el hecho de que esta participación se realiza bajo la forma de ejercicio de poderes de control de las decisiones políticas, las cuales no se expresan ya sólo mediante el consenso, sino también mediante decisiones de naturaleza jurídica que valoran el respeto o la violación de los derechos originarios de los individuos o de las atribuciones de las organizaciones particulares. Y porque los derechos originarios expresan condiciones constitutivas de la posibilidad de un orden democrático, su respeto o su violación inciden sobre la forma del orden mismo. En la Democracia constitucional, expectativas pueden hacerse válidas como pretensiones si, encuentran su legitimidad en el sedimento del sentido originario de la Constitución.

#### 4.

La actuación constitucional, por tanto, la democratización de la sociedad y la realización de los derechos, está encontrando en la magistratura un nuevo protagonista. Cambia la concepción de la interpretación jurídica: no es más actividad técnica, deducción mecánica, silogística, sino elección, equilibrio de los intereses, referencia a valores y a principios (*lato sensu*) políticos<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> COSTA, Pietro, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2006.

Así escribía algún tiempo atrás un historiador del Derecho, el cual, frente a la resistencia de los tradicionalistas —según los cuales la función del Juez debe ser aquella *apolítica* del tercero neutral, de aquel que toma distancia de los conflictos sobre los cuales debe decidir— oponía que los innovadores sostienen que

[...] la obra del juez tiene una dimensión (también) valorativa y encuentra siempre en la Constitución su punto de fuerza; y precisamente porque el juez mira a la constitución como su criterio base, él debe contribuir a la modificación del ordenamiento existente mediante una creciente realización de la igualdad y de los derechos. La lucha por los derechos (por medio de los derechos) —él concluía, citando a otro historiador del Derecho— cuenta ahora al juez entre sus protagonistas. En nombre del nexo entre derechos, democracia y Constitución, se alza un juez protagonista; un juez que se propone como un *policy-maker*, llamado a realizar los derechos constitucionalmente garantizados, orientándose según principios ética y políticamente vinculantes.<sup>7</sup>

En la forma de la democracia se ha realizado una profunda evolución, en el sentido de que los conflictos que antes eran vistos como conflictos políticos, son ahora, cada vez más, vividos y tratados como conflictos jurídicos; así como también, el significado de las pretensiones de los individuos respecto del Estado, que antes tenían el carácter exclusivo de las reivindicaciones políticas, es visto ahora como significado jurídicamente relevante y la reivindicación adquiere el carácter de pretensión dotada de legitimidad jurídica, digna de protección jurídica porque está anclada en la Constitución y por tanto, está constitucionalmente garantizada.

Pero el nexo entre Democracia y Constitución, se explicaría también por motivos más estrechamente ligados a la forma del tratamiento político de los conflictos.

---

<sup>7</sup> *Ibid.*

En el sentido de que ahora la política, está cada vez menos dispuesta a afrontar directamente cuestiones —como se dice— éticamente vinculantes, cuestiones respecto a las cuales ella no logra valorar cuán alto pueda ser el riesgo del consenso. Y, por esto, la política cedería el espacio decisional al derecho, a la valoración del Juez, el cual puede recurrir no ya a la boca de la ley, sino a aquella reserva de certezas que está fijada en la Constitución. Este Juez, frente al caso por decidir, no puede recurrir más a la *ratio* del hecho y de la norma, como pretendía la hermenéutica de tipo positivista: él no funciona más como "válvula de clausura del sistema", porque el sistema no puede ya ser cerrado en virtud de una simple identificación de la norma y del hecho. El Juez debe recurrir a otra *ratio*, una *ratio* universal, no específica, no petrificada en su singularidad, a una fuente de sentido inagotable, como es la razón, o la sedimentación jurídico-política de su universalización, que es, precisamente, la Constitución.

Pero, según los historiadores del derecho y según los críticos de la hermenéutica iuspositivista, existe todavía otro motivo que explica y justifica la transfiguración de la función del Juez. Se trata del carácter de la normativa: en la actual configuración de los ordenamientos jurídicos los viejos códigos no ocupan ya el lugar central y preeminente que ocupaban todavía hasta la primera mitad del siglo pasado: se ha producido una inmensa cantidad de normas heterogéneas, de normas relativas a derechos sociales, derechos del ambiente, derechos de carácter colectivo, formas de tutela de tipo providencial, intervenciones normativas de carácter supranacional, toda esta normativa no es más subsidiaria y marginal y, mucho menos, excepcional respecto al ordenamiento, como era antes. El ordenamiento ya no es cerrado; según estos observadores, éste no puede ser reconducido a unidad, no puede ya ser tratado bajo el viejo punto de vista de la completitud.

En este contexto, aquel comportamiento hermenéutico que se llamaba "concretización de la Constitución" en virtud de la interpretación constitucional, no es ya aceptable, ha sido superado por la transformación del ordenamiento, por la forma de la democracia, por la naturaleza de los conflictos, de las pretensiones. En la coyuntura que se ha producido —para concluir con las palabras de Pietro Costa—: "los derechos fundamentales parecen constreñidos a bajar del pedestal de una *ratio* indiscutible y para todos evidente, para ser atraídos al peligroso, pero inevitable, juego de las interpretaciones contrapuestas y del conflicto entre incompatibles visiones del mundo".<sup>8</sup>

Esto significa que interpretaciones contrapuestas deben ser justificadas, que no se puede hacer ya referencia a una interpretación correcta de la Constitución, sino al procedimiento argumentativo en virtud del cual se funda una decisión. La historia constitucional se cierra con la teoría de la argumentación.

De la plausibilidad de la observación histórica, en efecto, hacen eco de inmediato las proclamas de los nuevos convencidos de este pensamiento. Basta uno por todos:

... así como el Estado constitucional, en cuanto fenómeno histórico, está innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el constitucionalismo, en cuanto teoría, constituye el núcleo de una nueva concepción del Derecho que, en mi opinión, no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico, y una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> ATIENZA, Manuel, "Constitución y Argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho. Ponencias de las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: problemas actuales de la filosofía del derecho*, núm. 24, España, 2007, p. 206.



Y para concluir: en el Estado constitucional el poder legislativo, es decir —para nosotros— el derecho, debe justificarse en forma más exigente. No es ya suficiente la referencia a la autoridad y al procedimiento: se requiere siempre un control en relación al contenido. Este Estado constitucional presupone un "incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (...). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho), supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón".<sup>10</sup>

## 5.

El modo de argumentar en el Derecho constitucional se asemeja al estilo de argumentar en el derecho natural, ha escrito Zagrebelsky.<sup>11</sup> Sigamos sus argumentaciones. Los principios del derecho natural han sido incorporados en las constituciones. En el Estado constitucional, los principios desarrollan una función correspondiente a aquella que en el Estado pre-constitucional era desarrollada por la dogmática jurídica. Las normas constitucionales, en efecto, son consideradas principios. Ellas se colocan, según esta visión, entre los valores —que tienen una función axiológica y son relativos a bienes finales— y las reglas, que son calificaciones determinadas y sin alternativas y de inmediata aplicación. Los principios, entonces, serían "bienes iniciales". Ellos son normas, como las otras, pero lo son al máximo grado. Su excedente de contenido deontológico, como decía Betti, no es un excedente de carácter sintético, como se podría decir de los principios generales del derecho, los cuales podían ser derivados inductivamente del ordenamiento jurídico. Los principios cons-

---

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 154 y ss., especialmente p. 157.

titucionales tienen función constructiva, ellos desarrollan una función intermediaria entre el caso y el derecho. Los principios son *axiomas del orden jurídico*: "ellos afirman una razón que, en los casos en los cuales se puede implicar al principio, empuja en una dirección, sin indicar, sin embargo, cuál acción específica o decisión es necesaria en el caso particular". Los principios son *normas sin supuesto normativo pre-determinado* y con *prescripción genérica*. Es ésta su diferencia respecto de las normas que se llaman reglas.<sup>12</sup>

El Derecho constitucional actual ha presentado una mutación genética que tiene como resultado la centralidad de los principios: "el principio de igualdad, entendido como imperativo de adecuación a las situaciones concretas (igualdad-diferenciación)" niega el carácter general y abstracto de la regla, la cual tiene la inmanente función de realizar la "igualdad-homologación", porque ella trata a todos, de modo indiferenciado, como sujetos a una ley abstracta. En los casos en los cuales se requieren adecuaciones y apreciaciones, la regla general retrocede de frente al principio que hace posible, de este modo, una personalización del derecho: la ley puede ser mecanizada, aplicada en modo serial, el principio permite tratar a "la persona como objeto irrepetible".

Un principio, para que pueda operar, debe ser concretizado, es decir, él debe ser traducido en una fórmula que sea dotada de un supuesto, referida a un hecho, y de una consecuencia que a ella deba conectarse. El legislador puede concretizar un principio, pero puede hacerlo también el Juez. Éste último, no crea derecho, porque el caso, del cual se ocupa, recae ya bajo el Derecho. El Juez deberá razonar constructivamente sobre el caso a la luz del principio.

---

<sup>12</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 149 y 160.

El Juez no procede, naturalmente, de modo silogístico: él razona, es decir, argumenta según un procedimiento que no es formalizable, que es realizado por medio de inferencias del caso a la luz del principio y deducciones del principio a la luz del caso. Y ésta es una imagen que Zagrebelsky deriva de imágenes análogas expuestas por Kaufmann más de 40 años atrás (con consecuencias diversas, se entiende). En efecto: los principios tienen la función de hacer posible la "deducción conforme del juicio de valor sobre el caso por decidir que es elemento de la categorización del hecho" y "la determinación de la norma que sobre la premisa de tal juicio, se aplica al caso".<sup>13</sup>

El principio adquiere así una colocación particular: él sirve de *medium* entre el valor y la regla; sobre el plano teórico se abre al valor y sobre el plano práctico se abre a la regla. Mediante los principios, continúa Zagrebelsky, el mundo de los valores se abre al derecho y el derecho se abre a los valores.

Piénsese, por ejemplo, en el control de constitucionalidad: las reglas son confrontadas con los principios, los cuales están en los límites del derecho, rozan lo que está más allá del derecho positivo, lo que es pre-positivo y que, por tanto, existe porque tiene vigor, es percibido como sentido del actuar colectivo.

Y entonces, la consecuencia a la que arriba Zagrebelsky es que, la Constitución que es integrada por principios se abre a visiones de la vida social directamente vigentes en la concepción que la sociedad tiene de sí misma.<sup>14</sup> Esto significa que, si por una parte es verdad que la sociedad está subordinada al Derecho, esto es

---

<sup>13</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 204.

<sup>14</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 210 y 211.

posible sólo a condición de que la normatividad jurídica no esté en contradicción con "la representación de sentido mediante la cual la sociedad se identifica". Consideremos un principio central de la argumentación constitucional, el principio de razonabilidad: éste no tiene un fundamento de carácter derivado; no surge del principio de igualdad. Su fundamento tiene un carácter originario y consiste en la *necesaria justificabilidad de la regla a la luz de las categorías culturales de sentido y valor que valen socialmente y vienen filtradas jurídicamente mediante las normas constitucionales de carácter principal y así introducidas en el derecho sin alguna "positivización" específica*.<sup>15</sup>

Hemos seguido las argumentaciones de Zagrebelsky porque, en el panorama del neoconstitucionalismo, son caracterizadas por una desarmante coherencia y plenitud, además de una inigualable riqueza de referencias literarias. En este panorama, más que nada miserable, se encuentran formulaciones terminológicas diferentes, a veces contradictorias, aparentemente contrapuestas, a veces caracterizadas por un lenguaje que tiene el sabor del terrorismo lingüístico o, incluso, ideológico. En todo caso: a la formalista deducción del viejo constitucionalismo, el neo-pensamiento contrapone la argumentación como vía que lleva a la determinación material del contenido de los principios, como vía que realiza el derecho mediante la actuación de aquellos mandatos de optimización que serían los principios y que requieren que, la cualificación de deber ser en ellos contenida, sea realizada en el mayor grado posible. Los principios tienen un peso y deben ser evaluados, confrontados, sopeados. La argumentación hace posible el pasaje de los juicios relativos al ser a los juicios relativos al deber ser: "el punto de contacto entre el Derecho constitucional y el Derecho natural consiste en la relevancia atribuida a la realidad".

---

<sup>15</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 203 y ss.

El significado de la argumentación por principios a partir de la Constitución es claro: ella, mira a fundar racionalmente la justicia normativa, a dar un fundamento racional a los valores; ella se dirige a hacer decir al Derecho la verdad.

## 6.

El aspecto preocupante del neo-pensamiento no consiste en el hecho de que remita, en la superficie, a un viejo iusnaturalismo, a una vieja ontología; tampoco consiste en el hecho de que vuelva a incluir la moral en el Derecho, ni en la miserable serie de falsas acusaciones que dirige hacia un positivismo inventado. Lo que preocupa, es el hecho de que una orientación de pensamiento aparentemente inocuo surja de una amenazante filosofía de la historia. Hace unos días, en Rio de Janeiro, en una jornada que me parecía normal, en el curso de una celebración plebiscitaria de su pensamiento, el teórico alemán de los *principios como mandatos de optimización* ha afirmado que a lo que se debe llegar es a "institucionalizar la razón". Semejantes declaraciones reviven los primeros decenios del siglo breve.

Quisiera intentar explicar por qué una ingenua apoteosis de la argumentación y su transformación en Teoría del derecho y de la justicia, lleva consigo una gran mentira y una regresión evolutiva.

Según el neo-pensamiento, la argumentación a partir de la Constitución sopesa, valora, pondera, es ejercicio de la razón que encuentra la razón en el Derecho, dice la verdad, determina el sentido a través del cual la sociedad describe la propia identidad, es puente que liga y debe ser.

Nosotros decimos, más realísticamente, que la argumentación que usa argumentos para llegar a una decisión, en realidad es una técnica de la distinción mediante la que se decide cuáles distinciones distinguir, es decir, se decide qué cosa distinguir y de qué cosa distinguirla y después, se motiva por qué se ha decidido de este modo y no de otro. Si argumentar significa excluir y motivar, la argumentación es una técnica de la discriminación que se incluye a sí misma en el proceso de su activación. Esto significa que la argumentación se funda a sí, mediante sí misma. Los buenos motivos que excluyen a los malos motivos son construidos en la argumentación, en tanto que no existen motivos buenos en sí y motivos malos en sí: la argumentación, en efecto, argumentando justifica la eventual exclusión futura de buenos motivos pasados, motivando, así, con su diferencia su identidad, es decir, motivando su cambio de opinión. En este sentido, la argumentación opera como la razón porque se funda siempre, y en todo caso, sobre sí misma. La argumentación, entonces, no usa la razón: es ella misma la razón. Ella es, precisamente, razón de sí misma.

Todo esto adviene, construye, es una vía comunicativa: la argumentación, en efecto, es la compleja organización de un conjunto de observaciones que viene expuesta a la observación de otra argumentación, es decir, de otra vía de discriminación.

La argumentación permite al Sistema del derecho observarse en razón de su capacidad de discriminar y de conferirse a sí mismo sentido, en la forma de la consistencia de sus decisiones. Los motivos son, como ha explicado ampliamente Luhmann, distinciones de un observador que tienen el efecto de excluir. A diferencia de lo que afirma el neo-pensamiento, los principios no tienen contenido. El contenido de los principios se origina como consecuencia de su aplicación argumentativa:

antes de dicha aplicación, el principio es semánticamente vacío: éste, en efecto, es todavía la unidad de la diferencia de aquello que es excluido y de lo que es incluido mediante la argumentación. Con la argumentación, el principio se vuelve un condensado semántico. Este "condensado" es el concepto inmanente al principio. Pero la inmanencia es atribuida, no, por decir así, connatural. Podemos expresar todo esto también de otro modo: la motivación de los motivos de la argumentación, en tanto que se produce en la circularidad de la argumentación y en la aplicación de la argumentación al proceso argumentativo, es decir, en sí misma, es siempre contingente, puede ser siempre diversa de como es. Esto permite inferir la *inmotivabilidad* de todos los motivos, es decir, el hecho de que cada fundamento está privado de fundamento. Y ya que también los criterios, que motivan la elección de los criterios, sobre los cuales se construyen los motivos, deben ser motivados en el proceso argumentativo. La circularidad de la argumentación remite siempre a algo externo a sí misma: esto es, al observador que es capaz de decir qué distinción usa él para distinguir esta argumentación, de otras argumentaciones. Este observador, no puede ser una teoría de la argumentación, porque como teoría estaría ella misma incluida en la circularidad del argumentar.

No alcanzando a ver esta realidad de la argumentación, no alcanzando a comprender la paradoja de esta construcción y, por tanto, no logrando comprender por qué la argumentación funciona siempre, cualesquiera que sean los motivos sobre los que se construye, el neo-pensamiento trata a la argumentación como el procedimiento que hace posible la epifanía de los principios. Éste sostiene que justicia normativa, justicia de la decisión, justicia del hecho, son cuestiones de principios (*matter of principles*), que los principios se realizan a través de la argumentación y que, en su actualizarse, se actualiza la razón. Para este pensamiento,

naturalmente, el proceso es gradual, debe ser optimizado, las adquisiciones evolutivas no pueden ser impuestas, ellas deben surgir de la práctica argumentativa.

Está claro que lo que surge de la argumentación, es decir, la realidad de los principios, es la realidad del derecho, pero en el sentido preciso que se debe atribuir a la expresión *realidad del derecho*. Lo que surge son diferencias, es decir, el resultado de la discriminación; son las diferencias que se producen por efecto de la construcción del condensado semántico y, sólo entonces (después de la argumentación) constituye el principio. Los principios son unidad, pero son unidad de distinciones: cuando se aplican, es decir, cuando se construyen, se construyen junto a la diferencia. No son inocuos los principios. Ellos discriminan. ¿Qué significa ponderar? ¿Qué parte de la diferencia se incluye? ¿Y cuál se excluye? ¿Y quién pondera la diferencia entre una diferencia y otra?

Nosotros no ofrecemos ni otro modelo de argumentación, ni mucho menos una crítica de este pensamiento de la aceptación y del rechazo. Simplemente nos preguntamos cuál es su función, para qué sirve.

Recordamos, en este punto, las muy bellas páginas que Odo Marquard, en su volumen *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, dedica a la crítica que Hegel hace al deber ser y que aquí retomamos adaptándolas a las cuestiones que nos interesan.

En su crítica al deber ser kantiano, que tenía la misma estructura del neopensamiento, Hegel escribía:



[...] lo universal en el sentido de la universalidad de la razón es universal también en el sentido (...) de que (...) se representa como el presente y lo real...sin por esto perder su naturaleza (...) Aquello que debe ser, está también en la realidad, y lo que debe solamente ser, no tiene verdad (...) porque la razón es precisamente esta certeza de tener realidad.<sup>16</sup>

Tarea de la filosofía, él decía, es la comprensión de lo que es. Ahora bien, la filosofía del deber ser considera lo que es como la facticidad (véase Kant, Heidegger, Habermas y los neo-pensadores), esto es, como aquello que es ineludible, indisponible, como eso a lo cual nos debemos someter. La filosofía, en cambio, para Hegel tiene la función de la mediación, de la búsqueda de los medios para la realización de la libertad y de la igualdad de la libertad que es aquella igualdad que da a todos la posibilidad de la diferencia. Ahora bien, los objetivos que persigue la libertad, es decir, los objetivos generales, permanecen inalcanzables hasta que faltan los medios para su realización. Éstos no son normas, no son principios. Así, Hegel afirma: "tener un simple ser sin concepto, sin deber ser(...) y ser conforme a éste, es una vacía apariencia".<sup>17</sup> Los principios son este simple ser sin concepto.

Ahora bien, la filosofía del deber ser se niega a considerar que los fines universales dependen de la condición histórica de su mediación. Y, por tanto, aquella filosofía miente y es motivo de regresión. "En la misma realidad, —escribe Hegel en la *Lógica*—, la racionalidad no se encuentra en condiciones tan tristes como las de simplemente deber ser (*in der Wirklichkeit selbst steht es nicht so traurig um*

<sup>16</sup> HEGEL, G.W.F., *Phänomenologie des Geistes*, en *Gesammelte Werke*, Meiner Hamburgo, vol. 9, 1980, p. 170 (...) (*das Allgemeine im Sinne der Vernunftsgemeinheit ist auch allgemein in dem Sinne.....dass es....sich als das Gegenwärtige und Wirkliche....darstellt....ohne darum seine Natur zu verlieren....Was sein soll, ist in der Tat auch, und was nur sein soll, ohne zu sein, hat keine Wahrheit...denn die Vernunft ist eben diese Gewissheit, Realität zu haben*).

<sup>17</sup> *Ibidem*. "(...) ein blosses Sein ohne Begriff, ohne Sein-sollen (...) zu haben und gemäss zu sein, ist ein leeres Schein".

*Vernunftigkeit und Gesetz, dass sie nur sein sollten*)".<sup>18</sup> La racionalidad de la cual habla Hegel es el presente, que en su determinación histórica ha realizado las condiciones de la igual libertad que hace posible la diferencia. En otros términos, la sociedad moderna ha realizado las condiciones en las cuales la racionalidad de las diversas razones puede someter a sí a la racionalidad de la única razón. Aquella de los principios que deben solamente ser (*die nur sein sollen*) y que, por esto, no dicen qué cosa excluyen y confían su inclusión al futuro, precisamente al deber ser.

El presente tiene en sí la fuerza de romper el deber ser, es decir, de incluir lo que está excluido: la forma de la diferenciación de la sociedad moderna ha realizado las condiciones en las cuales las razones de lo que está excluido puedan ser incluidas; es decir, las condiciones en las que el deber ser se encuentre, no ya en el vacío de los principios, sino en la realidad de la diferencia que conforma la diferencia que la argumentación excluye porque la considera nada confiable y la remite al deber ser. A la filosofía de la historia de la exclusión, Hegel oponía la inclusión de la historia en la filosofía, la racionalidad de lo que es, del presente que no debe ser, porque es. Y este presente ha ya realizado las condiciones de la universal inclusión, de aquella libertad de la igualdad que ve la razonabilidad en la inclusión de las múltiples razones, de todas las razones, no de aquella del deber ser de los principios vacíos. No de aquella razón que algunos quisieran institucionalizar.

El presente que la sociedad ha alcanzado no pondera lo imponderable, no deja al futuro lo que ya hoy exige reconocimiento, porque sabe que la sociedad ha alcanzado niveles en los cuales la inclusión es posible y la exclusión es un delito.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*

Esta sociedad habrá reconocido la real universalidad de sus razones, habrá podido realizar la congruencia de sus razones, solamente cuando haya aprendido a ser presente ella misma, es decir, a vivir sin justificaciones de principios.

## 7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATIENZA, Manuel, "Constitución y Argumentación", *Anuario de filosofía del Derecho. Ponencias de las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: problemas actuales de la filosofía del derecho*, núm. 24, España, 2007.
- COSTA, Pietro, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2006.
- GARGARELLA, Roberto, "De la máquina interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del Derecho en manos de la Corte Suprema Argentina", en NARVÁEZ, José y ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier (coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, IJ-UNAM, México, 2011.
- HÄBERLE, Peter, *Constitución como cultura*, trad. Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- HEGEL, G.W.F., *Phänomenologie des Geistes*, Gesammelte Werke, Meiner Hamburgo, 1980.
- HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992. [Edición en español: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003].



Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en julio de 2016 en los talleres de Impresores Profesionales, S.A. de C.V., calle Hidalgo núm. 60L5, Colonia Tlalnepantla Centro, Municipio Tlalnepantla de Baz, C.P. 54000, Estado de México Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT de 8, 10, 11 y 14 puntos y Gothic720 BT de 12 y 18 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

