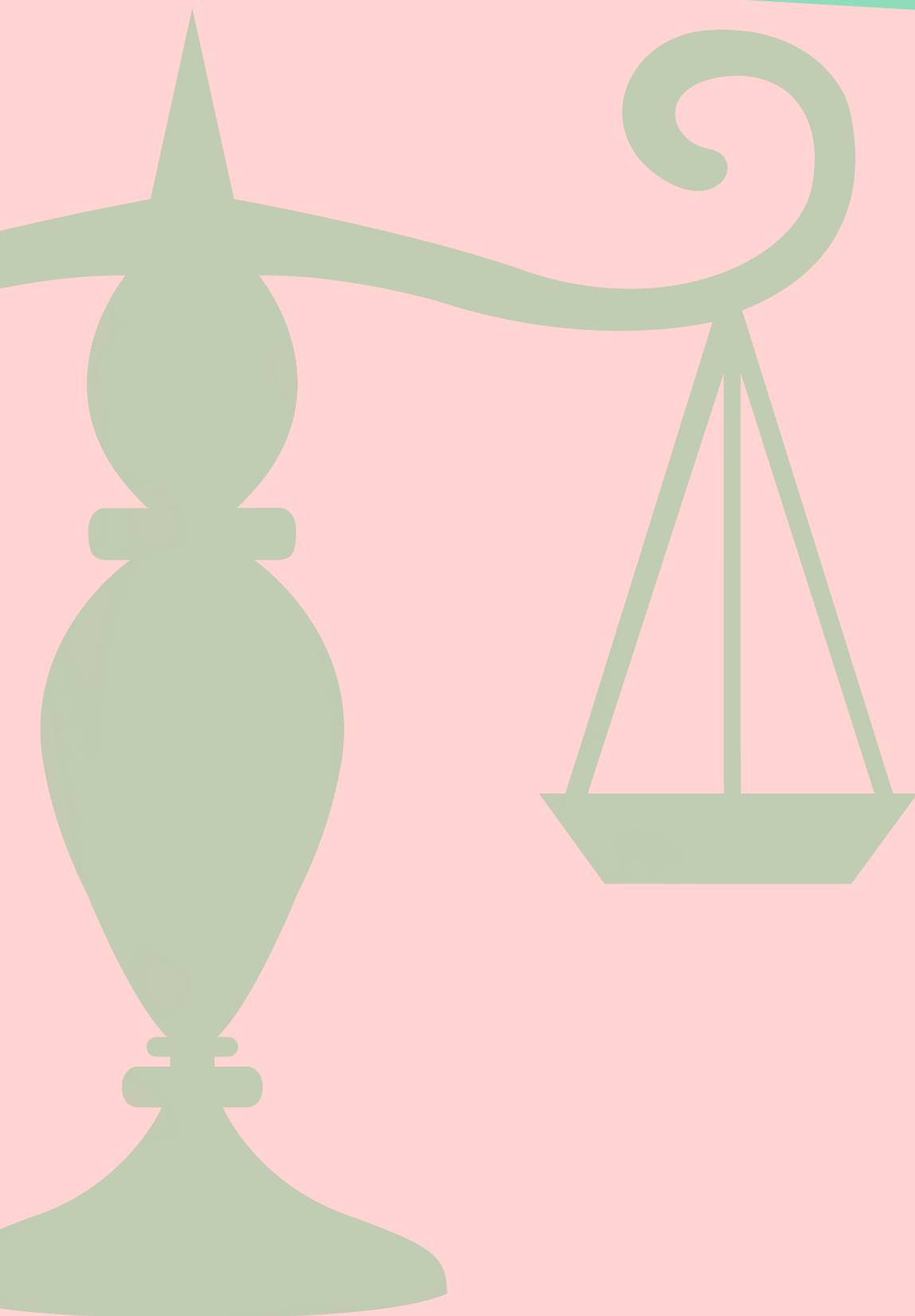


**TERCERA
PARTE**

**DEBATES GLOBALES EN
TORNO A LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO**



HERBERT HART & RONALD

DWORKIN

Un debate épico de la filosofía del derecho en la teoría moderna del derecho judicial

Ronald Dworkin, como exponente de un nuevo iusnaturalismo o neoiusnaturalismo, entra a debatir directamente desde su propuesta teórica con los exponentes más sólidos del positivismo jurídico en su versión anglosajona, tal es el caso de Jhon Austin y de Herbert Lionel Hart. La teoría principialista de Dworkin se enmarca en una redefinición o una nueva concepción del concepto de derecho, orientado al modelo de las normas, y de los mandatos que pueden constituirse en verdaderas obligaciones jurídicas a la hora de aplicar y de resolver los conflictos normativos desde del derecho como integridad⁵⁷.

Dworkin destaca que el uso de la fuerza o de la coerción⁵⁸ como imperativo categórico del

derecho propuesto por Austin, se queda corto para demostrar que un derecho y un sistema normativo no pueden responder a las órdenes de un soberano, y que éste, a su vez, genera un mandato de cumplimiento de los poderes públicos, por el simple hecho de existir un conjunto de reglas que obligan a hacerlo.

En este sentido la gran crítica que plantea Dworkin sobre el positivismo jurídico y, por ende, del modelo de derecho de Hart, es precisamente el uso indiscriminado que se le da a los operadores jurídicos (jueces) cuando tengan que resolver “casos jurídicos”, donde la aplicación de la norma válida al caso⁵⁹ concreto no encuentre su relación con la generación correlativa de la obligación jurídica, encuadrando en el supuesto normativo, para resolver “el conflicto de reglas”, sea por la vaguedad o ambigüedad del lenguaje, o por que no exista norma jurídica aplicable, por lo tanto, el juez podrá hacer uso de su discrecionalidad⁶⁰.

57 La integridad del derecho en Dworkin abre el escenario jurídico desde el reconocimiento en la existencia de planos no estrictamente normativos. Según el modelo Dworkiniano, el derecho también encuentra un gran espacio de acción en el contexto, entendiéndolo como tal, no sólo lo jurídico sino lo social. Aguilera destaca la importancia de tal teoría basada en su concepto de integridad: “Uno de los grandes méritos de la filosofía de Dworkin consiste en el enfoque del Derecho desde la perspectiva de la integridad, sin duda una perspectiva que arremete contra la concepción simplista y reduccionista que posee actualmente el positivismo.” (Aguilera, 2009, p. 2).

58 La reducción del derecho simplemente a normas encuadradas estrictamente en el plano jurídico, no podrían responder a las demandas de aplicación del derecho en los casos concretos frente a situaciones difíciles o complejas, pues si bien plantea que la propuesta de Austin es óptima para explicar la sujeción de los poderes públicos a una especie de poder superior, se queda corta para responder a las demandas sociales y morales de un derecho visto desde escenarios políticos y democráticos, por la proliferación de escenarios pluralistas en la conformación de las reglas del derecho, y de cómo la misma cultura jurídica se forma su visión de obligación y mandato jurídico apoyándose ya no solamente en el plano estrictamente legal.

59 Sobre esta postura se sustenta el debate propuesto por Dworkin sobre el modelo de las normas aplicable por un derecho basado en un positivismo jurídico, pues en los casos donde la norma válida aplicable en concreto no pueda responder, sea porque el mismo lenguaje jurídico presenta una indeterminación, que imposibilite reconocer la regla jurídica a aplicar, o por que no exista dentro del mismo ordenamiento o sistema jurídico una disposición que responda de manera satisfactoria a las necesidades del caso.

60 “El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de <<derecho>>, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas, o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir <<aplicando la ley>>. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que <<ejercer su discreción>>, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la aplicación de una existente”. (Dworkin, 1984, pp. 65-66).

El sistema de normas se desarrollaría en el sentido, ya no estrictamente *reglado del positivismo jurídico*, en la búsqueda de desmitificar un concepto del derecho basado únicamente en la figura del legislador racional como autoridad suprema de todo sistema normativo. Debido a que los estándares utilizados para darle respuesta al derecho en los casos difíciles rompen con la concepción reglada al superar la idea central del positivismo jurídico de una única de derecho legislativa e hiper legal, apoyándose Dworkin por la apertura a los principios y las directrices políticas, como otro tipos de normas inmersas en los ordenamientos jurídicos, y que posibilitan respuestas correctas al problema de los casos difíciles, cuya complejidad en sistemas normativos cerrados al modelo puro de reglas, no podrían ofrecer respuestas acertadas o correctas⁶¹ para el derecho.

El gran logro de la teoría desarrollada por Dworkin está en introducir postulados de justicia en el derecho a través de los principios y elementos morales que respondan al reconocimiento de los principios como nuevos estándares en la interpretación y actividad del modelo judicial. Que permiten orientar a la ciencia jurídica más a un cometido

aspiracional consecuente con las necesidades de la sociedad en tiempos de modernidad.

Este avance de Dworkin va a ser desarrollado desde la tesis de la conexidad necesaria entre el derecho y la moral, como elemento de pretensión de corrección del sistema jurídico, según Alexy. Para explicar que el derecho pretende corregir la moral y eticidad que no llega a convertirse en una justicia material, siendo corregida por la aplicación justificada del derecho.

Sobre la propuesta estrictamente normativa de la teoría principialista de Dworkin, se busca desmitificar la función discrecional del juez, como único medio posible para resolver los problemas del derecho frente a los casos difíciles o complejos. Pues el derecho más allá de la ley que propone Dworkin, no es el del derecho del positivismo jurídico que basa la ley en la posición discrecional del operador jurídico, sino en el derecho por principios, o en un modelo de normas caracterizado por principios⁶².

En este entendido, la diferencia entre el positivismo jurídico basado en una fuente de producción del conjunto normativo en las reglas jurídicas⁶³, se apartará de la propuesta

61 Sobre la tesis de la única respuesta correcta desde la perspectiva de Dworkin, Alexy encuentra un punto de quiebre teórico desde las vistas iuspositivistas, especialmente las de Hart y Kelsen: “La tesis de Dworkin de que existe una única respuesta correcta para cada caso se incluye en una teoría de los sistemas jurídicos que se distingue fundamentalmente de teorías positivistas como las de Hart y Kelsen. Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia”. (Alexy, 1993, p.7).

62 “Llamo <<principio>> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. (Dworkin, 1984, p.72).

63 Si bien el modelo de principios encuentra diferencias con el modelo de normas vistas como reglas, la segunda gran tesis defendida por Dworkin sobre su concepto de derecho, va a estar determinada por la apreciación que hace sobre las controversias que se generan cuando dos principios se van aplicar simultáneamente. Si bien, Dworkin, a diferencia de Alexy, no habla concretamente de la ponderación judicial o del juicio de ponderación. Establece una segunda distinción sobre el modelo puro de reglas sustentado desde la versión del positivismo de Hart. Y es precisamente la dimensión del peso, de los principios que los identifica de las reglas, pues los principios tendrán un peso relativo, y que el aplicador o intérprete deberá establecer para

reivindicadora de una moral en el derecho, pero apoyada en la aceptación social de los principios que emergen de la colectividad.

Tal distinción, por supuesto, se apoya en la separación que hace Dworkin de las normas (reglas) jurídicas y de los principios jurídicos. Para determinar que la forma de aplicar las reglas se diferencia de la forma de aplicar los principios, ya que la aplicación de las reglas generará siempre disyuntivas para el operador jurídico, cuando no encuentre la norma válida aplicable al caso concreto. De tal forma que todo o nada se aplica al modelo reglado de las normas, mientras que en el modelo de principios⁶⁴ se presenta una interpretación como superación de la discrecionalidad, de la que tienen los jueces un modelo puro orientado por el positivismo jurídico.

El ataque a la discrecionalidad judicial defendida por el positivismo jurídico, busca determinar que la presentación en los términos de Hart, según Dworkin, de dicho modelo, presenta rasgos de falta de limitación frente a su uso con libertad, por parte del juez en el pleno de su actividad. Concretamente el autor americano, plantea que existen

dos elementos comunes para entender la discrecionalidad judicial, uno es su posición débil y otro es su posición fuerte.

La posición débil va a estar orientada a una discrecionalidad donde el operador tiene un rango de acción múltiple para tomar la decisión que considere correcta. Pero tiene o puede enfrentar dilemas por cuál de ellas escoger. Y *la posición fuerte* desarrolla el postulado que considera que una decisión puede enfrentar una respuesta no conocida por el derecho vigente, por la sencilla razón de que no existe, en el caso concreto, un precedente legislativo que aplicar. Sobre este mismo punto en especial, Habermas⁶⁵ (2008) adopta una postura en defensa de la teoría de Dworkin, sobre el entendido de los desarrollos del derecho y sus órganos de aplicación frente a la racionalidad de los procedimientos legislativos de producción del derecho vigente.

La crítica de Dworkin se estructura sobre la base de que el uso de la discrecionalidad⁶⁶ judicial no puede ser un uso ilimitado de su forma y alcance, porque lo importante y fundamental no es que no existe norma válida que ayude la construcción de una

solucionar los casos difíciles.

64 “La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser acertada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”. (Dworkin, 1984, p. 74-75).

65 Habermas encuentra un punto de convergencia con la teoría de Dworkin, puntualmente en lo que tiene que ver con lo planteado en su texto *los derechos en serio*, entrando a determinar que la aplicación del derecho vigente se ve sesgada por la superioridad procedimental de la rama legislativa del poder público: “Como la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en la situación de división de poderes que el Estado de derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho” (Habermas, 2008, p. 311).

66 “Como sucede con casi todos los términos, el significado exacto de <<discreción>> se ve afectado por las características del contexto. (...) usamos este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni para referirnos a quien tiene la última palabra en su aplicación, sino para aludir a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar”. (Dworkin, 1984, pp. 84-85).

respuesta correcta o acertada en derecho, ni además que el aplicador u operador jurídico no sepa por cuál de las múltiples opciones se pueda inclinar para formar su sentido valorativo reflejada en la decisión judicial; sino que lo realmente importante está en los alcances de la decisión, y de cómo ellos no sólo trascienden a las partes inmersas dentro del conflicto de interés o litigio concreto, y el impacto que genera frente a la sociedad.

En este sentido, la discrecionalidad judicial defendida por los positivistas va a estar fuertemente arraigada a la idea que concibe el derecho, única y exclusivamente, como un sistema de normas, entendiendo por normas, claro está, un *modelo puro de reglas*. Dworkin, plantea que la posición de una discrecionalidad judicial basada en un derecho aceptado por los positivistas, bajo el modelo puro de reglas, desconoce normas del mismo conjunto normativo, como van a hacer los principios jurídicos.

Reconociendo que la misma actividad judicial, desarrollada por los jueces unipersonales, como la desplegada por los tribunales colegiados, construyen sus decisiones a partir de una interpretación del

derecho, cuando en los casos concretos la norma válida aplicable, no responde a los estándares normativos básicos sobre los cuales el operador jurídico pueda fundamentar su decisión.

A este problema, Dworkin lo va a identificar como la defensa de la discrecionalidad judicial⁶⁷, por parte del positivismo jurídico desde su posición débil. Ya que no es solamente aplicar la norma válida cuando exista precedente legislativo en específico, sino desde la variabilidad de las posiciones en las cuales el juez⁶⁸ pueda fundamentar su decisión, y se apoye en la más correcta, para impedir que con su actividad se produzca un error jurídico, que determine el desconocimiento de un derecho para la parte o partes interesadas en el conflicto normativo.

Dworkin, en este punto de su teoría, es totalmente fulminante en su conclusión, en contra de los postulados del positivismo, al establecer que simplemente el uso de la discrecionalidad judicial, puede ser planteada como el empleo de juicio o de juicios por parte del operador jurídico en su formación de la decisión judicial. Es decir, la discrecionalidad debe ser un juicio que emplea el juez cuando

67 Frente a esta propuesta, el entendido de una discrecionalidad judicial que no reconoce como elemento integrante de su concepción a los principios, desbordaría los límites del uso racional, debido a que el juez construiría contenido de justicia para él, conforme a su “sentido del derecho”, mas no al alcance material del mismo; y así tomaría la decisión que más encuentre conveniente en el caso particular. El reconocimiento de una discrecionalidad se volvería trivial en palabras de Dworkin, ya que se estaría validando dentro del mismo modelo positivista, que los principios nunca podrían considerarse como normas dentro del mismo sistema jurídico, debido a su formación vista así, desde el positivismo jurídico, como extra sistémica. Oponiéndose radicalmente a la visión defendida por el profesor norteamericano, de los principios como normas construidas y formadas al interior del mismo sistema jurídico-normativo.

68 “Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son discutibles por naturaleza. Es verdad que generalmente no se puede demostrar la autoridad o el peso de un principio determinado, tal cual a veces se puede demostrar la validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio, se puede defender un principio –y su peso– apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios. No hay un criterio válido que sirva como prueba de la solidez de un caso así. Es una cuestión de juicio, y entre hombres razonables puede haber desacuerdos. Pero una vez más, esto no distingue al juez de otros funcionarios que no tienen discreción” (Dworkin, 1984, pp. 89-90).

no existe solución aparente respaldada por otra norma del mismo tipo o estructura dentro del ordenamiento jurídico para determinar la norma válida aplicable al concreto. Con lo que quiere diferenciar que si existe otra norma con una estructura o tipo totalmente distinta a la reglas (principios) el juez puede tomar la determinación en específico, empleando su juicio y su criterio jurídico.

Por otro lado, Dworkin, se apartará de la aceptación de una regla maestra que vincule todo el ordenamiento jurídico, como lo es *la regla de reconocimiento* de Hart. Ya que no puede explicar la existencia de los principios en la coexistencia con las reglas como el conjunto de normas del ordenamiento, indicando que la idea de *una regla maestra* que vincule las demás reglas (normas) de la noción general que construye el concepto de derecho, se aparta especialmente de la validación de los principios. Según Dworkin los principios no pueden medirse por su validez como las reglas, ya que éstas (los principios) en su mayoría de los casos, no están sometidas a la autoridad del soberano, del cual ellas emanan, de la actividad de los tribunales o del mismo desarrollo de los precedentes legislativos:

(...) Hay que decir que los principios no convergen, sino que coexisten. De modo que aún cuando se apoyen en los actos oficiales de instituciones jurídicas, los principios no tienen con tales actos una conexión lo bastante simple y directa como para que quede enmarcada en función de los criterios especificados por alguna regla maestra final de reconocimiento. (...) Sin embargo, debemos considerar una posibilidad

más. Si ninguna regla de reconocimiento puede proporcionar un criterio para la identificación de principios ¿Por qué no decir que los principios son decisivos y que ellos forman la regla de reconocimiento de nuestro derecho? (Dworkin, 1984, pp. 96-99).

Es claro que Dworkin, abre el derecho al mundo de los principios, por eso es considerado como el padre de *la principialista jurídica*. Destacando que las controversias entre principios siempre se van a generar, lo importante es destacar que ya no existe una discrecionalidad absoluta en el modelo de construcción de la decisión judicial. A la hora de establecer respuestas correctas para el derecho, la interpretación de principios arrojaría rasgos comunes, los cuales posibilitarían encontrar escenarios de justicia, donde una aplicación del modelo de las normas, no arrojaría la llegada de la norma jurídica válida aplicable al caso concreto. “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieran quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno” (Dworkin, 1984, p. 77).

Esta “dimensión del peso” de los principios plantea un escenario totalmente nuevo de conformidad con lo que se había construido hasta ese momento (década de los 70 del siglo XX) desde el plano de la teoría jurídica y la filosofía del derecho. Ya que la discusión se centraba únicamente en los problemas de indeterminación normativa, generada de —la teoría general de las normas— su uso discursivo, y el papel del lenguaje jurídico

frente a los casos difíciles y complejos⁶⁹. La reconceptualización del derecho en términos de Dworkin por una propuesta principialista, puso en la mesa el debate por las fuentes de producción del derecho, pero al introducir esta dimensión de la importancia de los principios contrapuestos entre sí, advirtió que lo fundamental y transcendental de esta teoría no era determinar si un principio superaba al otro por el mayor grado en su peso⁷⁰ relativo.

En este mismo entendido, se configura así un tercer aporte vital para la ciencia jurídica contemporánea, sobre el papel de los principios en el derecho. Desde los aportes que establece Dworkin. Según el cual el papel de los principios cobra una mayor connotación e importancia para su uso en los *casos difíciles*.

Así mismo el juez, operador jurídico o tribunal judicial que determine su decisión

motivada por principios, construirá la norma aplicable al caso concreto, pero yendo más allá. Sería la norma que completará el sistema jurídico al apoyarse en ella una decisión futura, siempre y cuando sea adoptada por una autoridad judicial investida con la potestad para ello. Es decir, la tercera gran conquista que apoya la teoría principialista de Dworkin para el mundo jurídico de nuestro días es que la construcción de la sub-regla, o precedente, es eminentemente una decisión construida por principios⁷¹.

Con el fin de establecer una teoría del derecho que tenga como sustento principal un modelo argumentativo basado especialmente en la interpretación⁷² de principios, Dworkin supera la postura representada en el positivismo jurídico de Hart basado en un estricto normativismo, al pretender explicar el fenómeno jurídico sólo a través de las

69 Si bien en este punto de su teoría Dworkin, no habla de una ponderación judicial de bienes o intereses jurídicos contrapuestos, formula la intensidad de una interpretación apoyada en las consideraciones que fundamenten una decisión judicial sustentada en la esfera de lo razonable. Pues el enfoque busca integrar el derecho a través de principios que consoliden una mirada de conjunto del mismo sistema normativo, para solucionar los casos difíciles. La trascendencia de las mismas normas superaría la colisión de principios en un plano material como lo es llevado a través del método o el modelo ponderativo de adjudicación del derecho. Al parecer la propuesta Dworkiana apela a un modelo donde los principios sean parámetros interpretativos como cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, apoyándose del modelo de la escogencia de la regla válida aplicable al caso particular y concreto.

70 “Una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trasciendan las normas mismas” (Dworkin, 1984, p. 78).

71 “Los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada. Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva”. (Dworkin, 1984, p. 80).

72 Bajo esta concepción, los principios resultan vinculantes para los jueces y para los operadores jurídicos, sea porque no existe norma válida aplicable al caso concreto, o porque el juez quiera ir más allá del conflicto de normas o de una colisión de principios superando del plano eminentemente normativo de la contradicción por una dimensión “integradora” del sistema jurídico. Llevando respuestas correctas al derecho, incluso si el tribunal o fallador no tiene los elementos del precedente legislativo para tomar la decisión. Con esta propuesta se quiere superar totalmente la discrecionalidad del aplicador del derecho, y la superación de la subsunción silogística de un sistema jurídico influenciado eminentemente por el positivismo jurídico, llevando al plano de la interpretación por principios para la construcción de las razones en favor o en contra de determinado derecho particular. En este caso se retoma la estructura de las normas de principio como disposiciones claras que expresan derechos fundamentales en sus contenidos materiales.

normas (reglas) que componen los precedentes legislativos. Es así como Dworkin mira al derecho desde su carácter principal apoyado en la justificación social⁷³.

Finalmente, la propuesta de Dworkin quiere permear directamente en la actividad judicial⁷⁴, cuando plantea la importancia del juez frente a una sociedad que lo rodea, yendo más allá de la figura del juez, y vista simplemente como mero reproductor de la ley.

Al identificar una tridimensión de lo que puede construir una respuesta a lo que es o debe ser el derecho, esboza que el derecho presenta tres problemas puntuales.

(i). El primero de ellos es acerca de los hechos que constituyen el supuesto fáctico sobre el cual la norma válida es aplicable al caso concreto sobre el que debe actuar.

(ii). El segundo problema se estructura con base en la ley a la cual se debe aplicar el supuesto jurídico.

(iii). EL Tercer lugar implica un problema de justicia del derecho frente a la moralidad y la fidelidad política con la que el juez debe decidir el caso.

Bajo este entendido, por supuesto, la dificultad mayor del derecho ya no va estar en cuál será la ley por aplicar, sino la pretensión de un acuerdo moral y político en la norma que construye el juez para fundamentar su decisión, y cómo ese argumento goza de fines morales de reconocimiento universal.

Para finalmente proyectar un impacto benéfico en la sociedad, y es en última medida cuando el derecho genera un escenario de acuerdo entre estos tres elementos donde el fin de la integridad del derecho puede ser alcanzado. Es decir, la moralidad por sí sola o los efectos políticos indeterminados, no constituyen una cuestión para el mundo jurídico, lo relevante está cuando del derecho se reclama cierto contenido de moralidad⁷⁵ y de justicia.

73 Con apoyo en otras lecturas que reflejan la teoría de Dworkin, se evidencia el papel de lo social en la construcción de su concepto de derecho: “Dworkin piensa que el derecho es un fenómeno social, que como tal es parte de la vida de los seres humanos y, que por lo mismo, debe ser concebido como una praxis que involucra relaciones sociales reales, más concretamente, una praxis de las partes del proceso. Esta praxis jurídica —“legal practice”—hace necesaria una determinada concepción del derecho que resulta de lo que dichas partes han comprendido mediante la interpretación de lo que está permitido o prohibido” (Rojas Amandi, 2007, p.71).

74 Todos estos problemas se presentan desde los acuerdos o desacuerdos que se tienen de lo que debe ser el derecho, por eso, la reformulación de Dworkin sobre el concepto del derecho, está apoyada no sólo en la interpretación abierta a principios, sino en una fuerte carga valorativa moral, ese decir, a una integridad del derecho como sistema jurídico que debe ser validado no sólo por los aspectos formales que desarrollan en el derecho escrito, dado, reglado o positivo, sino en las formas de validación moral y social de las normas que se tienen en cuenta para que el juez tome su decisión.

75 “La tercera cuestión, de moralidad y fidelidad, es diferente pero también conocida. La gente suele estar en desacuerdo sobre lo correcto y lo incorrecto desde el punto de vista moral, y el desacuerdo moral no presenta ningún problema especial cuando surge en una corte ¿Pero qué sucede con la cuestión de derecho? Abogados y jueces parecen estar con frecuencia en desacuerdo sobre el derecho que gobierna un caso; parecen no coincidir ni siquiera en las pruebas correctas que deben utilizar” (Dworkin, 2012, pp. 16-17).

ROBERT ALEXY & LUIGI

FERRAJOLI

LA BÚSQUEDA DE LA FORMULA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En este apartado se evidencian las disputas y conexiones teóricas en las construcciones y desarrollos epistemológicos en las obras de los profesores Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. Además de este gran reto propuesto inicialmente, de manera secundaria entendida desde la complementariedad de las teorías de uno y otro autor, se establece en esta investigación la relación práctica en la aplicación de sus escenarios teóricos en el Estado constitucional de derecho.

Para tales fines, y en aras de establecer un orden lógico y metodológico, hay que indicar de modo preliminar sobre cuáles de sus tesis, tópicos, postulados y conceptualizaciones apuntan hacia el establecimiento de *una conexidad teórica y complementariedad práctica* de los teóricos Robert Alexy y Luigi Ferrajoli.

(i). El primer punto corresponde al *tópico de relación*, ya que es precisamente sobre la visión del sistema jurídico y normativo integrado por la propuesta de las normas en sentido general que integran dichos sistemas y la construcción de las normas de derecho fundamental que posibilitan la realización del sistema jurídico

como construcción del Estado constitucional de derecho.

Y como segundo (ii) está el *Tópico metodológico* de conexidad. Aquí se estudian los alcances desde las dos perspectivas teóricas con relación a la aplicación de dichos enunciados normativos en el escenario de la praxis del Estado constitucional, como adelanto de ello en la relación de *procedimientos* en Alexy (1988, p. 149), y en la relación de *técnicas de garantía* en Ferrajoli (1999, p. 71).

La primera conexidad teórica que se advierte en las construcciones doctrinales de Robert Alexy y Luigi Ferrajoli es precisamente la visión que cada uno defiende de sistema jurídico y del mismo orden normativo que los integra. No desde los escenarios de la fundamentación de cada uno de los sistemas jurídicos defendidos, ya que desde dicho punto son totalmente antagonistas⁷⁶, sino desde el escenario de la concreción, es decir, del escenario que posibilita pasar del mundo normativo del sistema jurídico como junto de reglas, valores y principios, *al mundo real de la Constitución* (Pozzolo, 1998, p. 347) aplicada en el sistema jurídico como sistema constitucional, como verdadero Estado constitucional.

En este orden es vital explicar por qué a primera vista, sobre este punto en particular, gran parte de la literatura especializada se ha orientado hacia el debate escenarios

76 Una perspectiva antagónica en Alexy y Ferrajoli, es el concepto que cada uno defiende sobre los principios, como una de las normas jurídicas más importantes en la conformación de los Estados constitucionales y de la idea misma del constitucionalismo. Además de las críticas que han establecido sobre la defensa conceptual de cada teórico en particular. Por cuestiones metodológicas resultaría una labor bastante imperiosa destacar cada una de las críticas, y esto orientaría la discusión hacia otras líneas discursivas. Sobre la crítica de la visión de principios de Alexy se destaca la que establece Comanducci: “Si los jueces siempre cumplieran con las prescripciones de Dworkin o (Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran escoger para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor” (Comanducci, 1998, p. 103).

totalmente disimiles. La síntesis de la discusión está en la orientación teórica que cada autor refleja para el escenario de fundamentación dentro del campo de la teoría del derecho, el cual difiere del construido en la teoría constitucional, y en el campo mismo de la praxis constitucional, que es el constitucionalismo más allá de la dimensión teórica (Comanducci, P. (2002, p. 96) o ideológica.

De conformidad con el anterior orden conceptual, Alexy distingue que los sistemas jurídicos como verdaderos sistemas constitucionalizados, deben integrarse en cuento a lo normativo, por reglas, principios y procedimientos. Tal distinción, lo que pone de presente es que para Alexy resulta necesario que, además del establecimiento de normas en el sentido sustantivo desde el escenario de la positividad primaria, plantea el debate de las normas tipo regla, o en el debate de las normas tipo principio. Que resultan vitales para la consecución del Estado constitucional⁷⁷ de derecho las normas procedimentales o de procedimiento⁷⁸ en el sentido adjetivo de las mismas, Alexy identifica tal fenómeno como un modelo de sistema jurídico de tres niveles:

Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de reglas y principios. Por lo tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles que puede ser llamado <<modelo reglas/ principios/ procedimiento (Alexy, 2004, pp.173-174).

Así la fundamentación del modelo de reglas, principios y procedimiento se fundamentan a su vez en el concepto que Alexy defiende de razón práctica. “De acuerdo con esta idea, el sistema jurídico de un Estado democrático constitucional es un intento de institucionalizar la razón práctica. La razón práctica justifica la existencia del sistema jurídico como tal y de sus estructuras básicas” (Alexy, 2004, pp.173-174).

77 Resulta vital para los fines de esta investigación, la relación del concepto de pretensión de corrección del derecho, en la formalización de la razón práctica en los procedimientos judiciales dentro de los sistemas jurídicos, como presupuesto para la formación del Estado constitucional democrático, desde los desarrollos teóricos de Alexy: “El límite último de todo Derecho es una condición necesaria, aunque en ningún caso suficiente, para la institucionalización de la razón. Para lograrla no sólo hay que solventar la confrontación entre positividad y corrección en ese límite último o exterior, sino que también hay que establecer, en la medida en que sea posible, su vinculación en el interior. Y esto sólo es factible en la forma política del constitucionalismo democrático (Alexy, 2009, p. 78).

78 “La primera distinción es la existente entre el sistema jurídico como sistema de normas y el sistema jurídico como sistema de procedimientos. Como sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, mediante las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas. Como sistema de normas, el sistema jurídico es un sistema de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, comoquiera que estén constituidos. Esta distinción se aproxima a la de Fuller entre el Derecho como “actividad”, en el sentido de un “esfuerzo intencionado dirigido a la creación del Derecho, y el Derecho que de hecho surge de ese esfuerzo”, esto es, el Derecho como “producto” o “resultados”. Es obvio que para una posición no positivista la interpretación del Derecho como un sistema de procedimientos o actividades es más favorable que la concentración exclusiva en las normas como resultados de dichos procesos” (Alexy, 2001, p. 82).

En este entendido, la razón práctica configura un modelo argumentico procedimental constitucional. En una primera parte busca establecer las posibilidades de realización material, de la convivencia y permanencia de reglas, principios y procedimientos, pero permitiendo que se complete el sistema jurídico.

Además dicho concepto en Alexy, va a establecer una defensa de un constitucionalismo moderado, donde no existe ni un modelo puro de reglas ni principios, gracias a la aceptación de un procedimiento racional, para llevar la corrección, justificación racional de las decisiones, y la aplicación de la justicia en sentido práctico, como procedimiento en el discurso jurídico constitucional. “Por ello, el discurso jurídico juega un papel esencial en el marco de la decisión de la justicia constitucional o en el marco de la fundamentación de una decisión *contra-legen*” (Alexy, 1997, p. 315).

En igual sentido Ferrajoli, va a determinar que en los modernos Estados constitucionales los sistemas normativos no son plenos o perfectos, y que estos sistemas también pueden ser “corregidos” en sus lagunas, antinomias, vacíos, conflictos e indeterminaciones a través de técnicas de garantía⁷⁹. Lo que pone de presente la conexidad teórica y complementariedad práctica, en este punto de justificación de las tesis de Robert Alexy y de Luigi Ferrajoli. “El reconocimiento de las lagunas generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas

constitucionales impuestas al legislador, indica, generalmente, no sólo una falta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía” (Ferrajoli, 1999, p. 71).

Ferrajoli establece así que la superación positiva de las normas constitucionales y, por ende, las disposiciones *iusfundamentales*, deben siempre estar acompañadas de verdaderas técnicas de garantía para su cumplimiento. Es decir, no basta con la consagración positiva formal en la Constitución, aunque sea un positivismo jurídico renovado o neopositivismo, defendido desde el paradigma del constitucionalismo garantista Ferrajoliano. “Por lo demás, todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas —como sí sucede con los derechos patrimoniales—, en correspondencia con los derechos garantizados” (Ferrajoli, 2006c, p. 30).

Dicha producción legislativa, es lo que Ferrajoli denomina como garantismo primaria o garantías primarias, donde el legislativo desarrolle normativamente los derechos fundamentales, que se encuentran en una fase constitucional positiva formal, donde por sí sola no logra permear en la plenitud del sistema jurídico, lo que hace necesario que se ejecute legislativamente cada disposición *iusfundamental*.

79 Ferrajoli evidencia que el viejo paradigma positivista basado en formalismo de la ley, no responde a los postulados del Estado constitucional de derecho, donde la garantía jurisdiccional esta de presente más allá del formalismo excesivo de la ley: “En efecto, en el estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas. (...) para la razón jurídica propia del viejo *iuspositivismo* formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten” (Ferrajoli, 2001, pp. 34-35).

Como el sistema jurídico no es completo tanto en la aceptación de una fundamentación normativa/procedimental desde un constitucionalismo garantista (Alexy, 2014) en Ferrajoli, y de un constitucionalismo principialista (Ferrajoli, 2011c) en Alexy, postulado que establece la segunda conexión entre ambos teóricos. Es necesaria la complementariedad práctica, del sistema normativo para que establezca un sistema jurídico que permita el desarrollo del Estado constitucional y democrático de derecho.

Sólo en el escenario de segundo orden Alexy lo justifica, gracias al papel de los Tribunales Constitucionales (Alexy, 2007, p. 483) en la fundamentación jurídica del Juez Constitucional, y Ferrajoli lo evidencia desde el margen de actuación del garantismo judicial secundario⁸⁰, ejercido también en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales:

En muchos ordenamientos, primero que todo, carecen de las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y carecen, sobre todo, de las técnicas jurídicas idóneas para constreñir a los poderes públicos a introducirlas. Carecen incluso, en muchos casos, de las técnicas garantistas idóneas para impedir o reparar el desmantelamiento, en marcha en muchos países, de muchas de las garantías sociales existentes. También para los derechos de libertad, por otro lado, las clásicas garantías primarias de las prohibiciones de sus lesiones y las secundarias de la condena de sus

ofensas y de la anulación de las normas con ellas reñidas son del todo inidóneas para ponerlas a salvo de las viejas y nuevas insidias y agresiones, provenientes no sólo de los poderes políticos, sino también de los grandes poderes económicos privados (Ferrajoli, 2006c, p. 31).

80 “Es el caso de la mayor parte de los derechos sociales -a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes- cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas” (Ferrajoli, 1999, p. 71).