



UNIVERSIDAD PANAMERICANA CAMPUS GUADALAJARA

“TEORÍA HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”

“ANTONIO FLORES SALDAÑA”

**Tesis presentada para optar por el grado de DOCTOR en
DERECHO con Reconocimiento de Validez Oficial**
de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 20101202 con fecha 7 de diciembre de 2010.

Zapopan, Jal., 2 de noviembre de 2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN
LA HERMENÉUTICA CONTEMPORÁNEA Y LA TEORÍA
HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:
SU MÉTODO Y SU FILOSOFÍA

1. El derecho de la hermenéutica y su <i>teoría</i>	11
2. Los tipos de hermenéutica y su proyección jurídica.....	15
1) Acepciones de la hermenéutica.....	16
2) Tipos de hermenéutica jurídica.....	17
3. Aclaraciones metodológicas.....	17
1) <i>Teoría general de los derechos fundamentales</i>	18
2) <i>Teoría general de las normas constitucionales</i>	18
3) Teoría de los derechos con pretensiones de teoría general del derecho.....	18
4) Teoría hermenéutica sin pretensiones reduccionistas de la ciencia moderna.....	19
5) Paradigma hermenéutico de la prudencia-analógica.....	20
6) Hermenéutica iusfilosófica “trascendental”: <i>el círculo hermenéutico</i>	21
7) La filosofía hermenéutica es <i>antipositivista y anticientificista</i>	22
4. Planteamiento del problema.....	24
1) Pregunta inicial.....	24
2) Sub preguntas.....	25
5. Objetivos generales y particulares de la hermenéutica iusfundamental: aclaraciones conceptuales.....	25
1) Objetivos generales.....	25
2) Objetivos particulares.....	26
3) Aclaraciones conceptuales.....	27
6. Hipótesis.....	28
7. La metodología de la hermenéutica como disciplina de frontera: entre neoiusnaturalismo y constitucionalismo de principios.....	30
8. Capitulado.....	34

CAPÍTULO PRIMERO
INTRODUCCIÓN A LA HERMENÉUTICA
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Hermenéutica y hermenéutica jurídica.....	44
2. Hermenéutica como <i>interpretación intencional</i>	46
3. Hermenéutica filosófica y filosofía analítica.....	51
4. La ciencia del derecho “no piensa”.....	58
5. El “método” hermenéutico y la <i>Constitución viviente</i> : Robert Alexy como filósofo analítico impuro.....	62
6. Los elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica.....	69

1) Hermenéutica jurídica como <i>ontología del lenguaje normativo</i>	70
2) La filosofía hermenéutica es <i>antipositivista y anticientificista</i>	74
3) Interpretación circunstanciada por la tradición: <i>el pre-juicio valorativo</i>	78
4) El círculo hermenéutico.....	80
7. La <i>tercera vía</i> de la hermenéutica jurídica.....	83
1) Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la <i>realidad coexistencial entre el derecho y la moral</i>	83
2) La posibilidad de una <i>ética hermenéutica</i> como filosofía práctica....	94
Conclusiones.....	98

CAPÍTULO SEGUNDO LA “METODOLOGÍA” DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

1. ¿Derechos fundamentales o derechos humanos?.....	106
2. Interpretación constitucional y cognitivism ético: <i>el horror vacui del jurista positivo</i>	108
1) Filósofos y constitucionalistas en la frontera del derecho y la Moral.....	108
2) La rehabilitación de la razón práctica: la racionalidad de la normatividad del derecho.....	114
3) La paradoja del lenguaje normativo de los derechos: entre <i>irracionalismo e hiperracionalismo</i>	118
4) El <i>horror iuris naturalis</i> , bloque de constitucionalidad y la “miasma” de los derechos.....	121
3. Una teoría hermenéutica con pretensiones filosóficas.....	127
4. El <i>aquí y ahora</i> de la hermenéutica jurídica.....	134
5. La paradoja existencialista y el antihumanismo de Heidegger.....	136
6. La hermenéutica de los derechos y el reduccionismo del positivismo metodológico: Kelsen y Hart, entre <i>decisionismo y positivismo débil</i>	140
1) Hans Kelsen.....	142
2) H.L.A. Hart.....	145
3) Las respuestas pendientes del positivismo contemporáneo.....	151
7. La mitología jurídica de la modernidad a través del método.....	155
Conclusiones.....	156

CAPÍTULO TERCERO LA CRISIS DEL DERECHO MODERNO

1. La Ley Fundamental de Bonn y el nacimiento de los tribunales constitucionales: el <i>Bundesverfassungsgericht</i>	162
2. La Segunda Guerra mundial y el régimen nazi.....	167
1) La doctrina del nazismo ¿positivismo o iusnaturalismo?.....	167
2) La banalidad del mal y la instrumentalización del derecho:	169

Hannah Harendt y el individuo Eichmann.....	
3. La fórmula <i>Radbruch: la injusticia extrema no es derecho</i>	172
1) La fórmula <i>Radbruch</i> y los <i>Juicios de Núremberg</i>	172
2) La fórmula <i>Radbruch</i> y su reformulación por Robert Alexy.....	177
4. Los presupuestos de la modernidad en el derecho: el origen del conflictivismo.....	180
1) El cientificismo acrítico de la modernidad.....	183
2) Metodismo reduccionista de la ciencia.....	184
A) La duda metódica.....	185
B) Fragmentación del razonamiento práctico.....	186
C) Complejización progresiva.....	187
D) La prevención del <i>funcionalismo sistémico</i> de Hans Kelsen y Niklas Luhmann.....	189
F) El sistema jurídico y su reduccionismo científico.....	190
3) Separación entre ser y deber ser o de la indebida transición ontológica de la metafísica: la falacia naturalista.....	194
4) El desconocimiento de la razón práctica por la razón teórica.....	195
5) Autonomía del sujeto de la modernidad.....	197
6) Instanteísmo del sujeto moderno y la negación de la tradición.....	198
7) El contractualismo artificial.....	199
8) El mercantilismo utilitarista de la burguesía liberal.....	200
9) El nacimiento de los derechos humanos.....	202
5. Problemas epistemológicos del positivismo jurídico.....	202
1) Los derechos humanos y su asimilación en el positivismo jurídico.	202
2) Imposibilidad positivista de fundamentación de los derechos y fragmentación del discurso jurídico.....	204
3) La autodeterminación de los sujetos de derecho.....	204
4) El formalismo procedimental en los derechos humanos.....	205
5) El conflictivismo en los derechos fundamentales.....	205
6) Coercitividad unilateral y monológica de la autonomía del sujeto...	207
7) La disponibilidad de un derecho en <i>pro</i> de un “bien mayor”.....	207
6. La paradoja del derecho moderno: el positivismo jurídico como hijo legítimo del derecho natural racionalista.....	208
Conclusiones.....	210

CAPÍTULO CUARTO LA CONDICIÓN POSMODERNA DEL DERECHO

1. La condición posmoderna en el derecho.....	220
1) La modernidad como presupuesto de lo posmoderno.....	220
2) La posmodernidad: el fin de los grandes relatos y la <i>koiné</i> del pensamiento occidental.....	224
3) La condición posmoderna en el derecho: Jean François Lyotard....	227
A) El fin de los grandes relatos: “ <i>sed operativos, es decir, conmensurables, o desapareced</i> ”.....	227

B) Del <i>homo sapiens</i> al <i>homo videns</i> : el origen del <i>meme</i> como unidad mínima de conocimiento.....	230
C) La verdad performativa de la ley en la era de las tecnologías de la información.....	236
2. Crítica de la hermenéutica iusfilosófica a la posmodernidad.....	238
1) La facticidad del Estado Posmoderno: Paolo Grossi y el orden jurídico incardinado en la sociedad.....	238
2) La crisis del Estado moderno y sus pilares fundamentales: la ley, las fuentes del derecho y la jerarquía normativa.....	240
3) La Constitución posmoderna y el desencanto de la codificación.....	246
4) El derecho posmoderno y la hermenéutica del espacio común europeo en el diálogo jurisprudencial.....	250
3. Prevenciones al derecho posmoderno.....	256
1) Crítica de la razón constructiva y sistemática de los relatos.....	256
2) Pérdida de la noción de sujeto o subjetividad sin sujeto.....	257
3) Ausencia de fundamento o inverificabilidad de la experiencia jurídica.....	259
A) La verdad procedimental del poder y la información: la performatividad del derecho.....	259
B) La posmodernidad de la hermenéutica iusfilosófica.....	264
4. El Estado constitucional: un proyecto incompleto de la modernidad..	269
Conclusiones.....	273

CAPÍTULO QUINTO

LA HERMENÉUTICA JURÍDICA COMO *TERCERA VÍA*: ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO Y DERECHO NATURAL

1. La <i>tercera vía</i> de la hermenéutica jurídica.....	280
2. El cambio de paradigma en Gustav Radbruch.....	282
3. La Teoría de la Argumentación Jurídica.....	284
1) Hermenéutica excluyente.....	284
2) Hermenéutica incorporacionista.....	288
3) Hermenéutica transicionista.....	289
A) Métodos de Interpretación Jurídica: el modelo dogmático.....	291
B) La teoría de la argumentación jurídica.....	293
C) La teoría de los principios.....	298
Conclusiones.....	303

CAPÍTULO SEXTO

HERMENÉUTICA JURÍDICA:

SUS ELEMENTOS FUNDAMENTALES

1. El giro hermenéutico y su objetividad radical.....	308
2. El horizonte de comprensión de la hermenéutica como filosofía trascendental.....	314
3. El abandono del método jurídico moderno, como concepto objetivo de conocimiento en tanto relación lineal sujeto-objeto.....	317
1) La abolición del esquema sujeto-objeto del método y su transformación en una interpretación <i>ontológica-sustancial</i>	317
2) Ética hermenéutica y la <i>objetividad-referencial</i> de la razón Práctica.....	320
4. La metáfora del <i>novelista encadenado</i> y la influencia de Gadamer en Dworkin: etapas de la interpretación (preinterpretación, interpretación y postinterpretación).	329
5. El círculo hermenéutico.....	341
1) El giro hermenéutico en la interpretación jurídica.....	341
2) El círculo hermenéutico como un “ir y venir” de la mirada entre la norma y el hecho concreto.....	346
3) El círculo hermenéutico y los derechos humanos: la complejidad de la interpretación jurídica.....	349
Fig. El círculo hermenéutico en la interpretación jurídica.....	351
4) La prevención del círculo vicioso en la hermenéutica.....	352
6. La espiral hermenéutica.....	359
1) La protección multinivel de los derechos fundamentales.....	359
2) La historicidad del derecho.....	361
3) Del círculo a la espiral hermenéutica.....	363
4) Los pasos de la espiral hermenéutica: de la singularidad a la dignidad humana.....	371
A) La singularidad del caso: una metáfora del derecho posmoderno.....	372
a) El agujero negro espacial y la singularidad en el <i>horizonte de sucesos</i> : el <i>caso inédito</i> ante el juzgador constitucional.....	372
b) La verdad como el desocultamiento del ser (<i>Alétheia</i>) y la singularidad del acto moral.....	376
Fig. Argumento circular que incurre en falacia: versiones “fiscalistas” de la ley natural que parten del ser para postular un deber.....	385
Fig. Argumento circular que no incurre en falacia: la objetividad ontológico-referencial en la persona humana.....	386
B) Derecho positivo: reglas.....	386
C) Derecho natural: principios.....	387
D) Subsunción-ponderación: concreción.	388
E) Dignidad humana.....	389
Fig. La espiral hermenéutica en la interpretación jurídica.....	392
5) La metáfora de la espiral y la evolución de los derechos.....	392

7. La aplicación del círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica: el <i>Caso Radilla Pacheco</i> y su cumplimiento en el expediente <i>Varios 912/2010</i>	395
Conclusiones.....	408

CAPÍTULO SÉPTIMO EL DERECHO COMO SISTEMA DE PRINCIPIOS

1. Los paradigmas, la tradición jurídica y los principios.....	421
1) Los paradigmas de la ciencia en el derecho de principios.....	421
2) La tradición jurídica de occidente: el derecho romano, el ordenamiento jurídico medieval y el Estado constitucional de derecho.....	426
A) El derecho romano.....	426
B) El ordenamiento jurídico medieval.....	429
a) Derecho burocrático.....	431
b) Derecho canónico.....	431
c) Derecho natural.....	432
C) El paradigma del Estado constitucional.....	435
2. Los principios y su ponderación.....	440
1) Los principios jurídicos.....	440
2) La ponderación de principios.....	444
3. La distinción lógica y material de los principios y las reglas.....	450
4. ¿El principialismo es iusnaturalismo?	456
Fig. Distinción entre reglas y principios.....	463
5. Los principios como bienes humanos básicos reconocidos en la norma de derecho fundamental: John Finnis.	464
1) La vida.....	465
2) El conocimiento.....	466
3) El juego.....	467
4) La experiencia estética.....	467
5) La amistad.....	467
6) La razonabilidad práctica.....	467
7) La religión.....	468
6. El conocimiento y la singularidad del acto moral.....	469
1) Intencionalidad y objetividad de los bienes humanos básicos.....	469
2) La naturaleza constitutiva del acto moral como verdades de razón práctica.....	474
7. La ausencia de jerarquía formal en los bienes humanos y la coincidencia de John Finnis con el pensamiento filosófico de Hans-Georg Gadamer.....	482
1) Ausencia de jerarquía entre bienes humanos y coincidencias entre Finnis y Gadamer.....	482
2) La complementación de la hermenéutica iusfilosófica con el iusnaturalismo hermenéutico.....	488

8. El <i>iusnaturalismo hermenéutico</i> de John Finnis.....	494
9. Gadamer y Finnis ante la encrucijada del derecho posmoderno.....	497
Conclusiones.....	501

CAPÍTULO OCTAVO
EL DERRUMBE DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA Y
EL SISTEMA JURÍDICO MULTINIVEL DE LA HERMENÉUTICA:
LA CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA

1. El ordenamiento jurídico como estructura escalonada: la pirámide jurídica de Hans Kelsen.....	513
2. La incompatibilidad del sistema piramidal kelseniano con la <i>Constitución convencionalizada</i> : la <i>koiné</i> de los derechos humanos....	518
3. La complejidad del bloque normativo de los derechos humanos y el diálogo jurisprudencial.....	524
Fig. Métodos clásicos: interpretación lineal y monológica.....	529
Fig. La pirámide kelseniana: autorización jerárquica y sucesiva de Actos.....	529
Fig. El bloque normativo bifronte: Constitución-tratados y diálogo jurisprudencial.....	530
4. El bloque de constitucionalidad-convencionalidad coexistente con la pirámide kelseniana.....	530
Fig. Bloque de constitucionalidad-convencionalidad coexistente con la pirámide kelseniana.....	533
5. La nueva dialéctica de la hermenéutica constitucional y convencional.....	533
Fig. El monólogo-legalista de la interpretación jurídica del normativismo.....	538
Fig. La dialéctica-hermenéutica en el control de convencionalidad...	538
6. Los métodos clásicos de solución de conflictos entre normas y la hermenéutica jurídica.....	539
7. El sistema jurídico kelseniano y la solución de conflictos entre derechos humanos.....	544
Fig. Comparativa entre criterios de solución de antinomias: reglas y principios.....	552
Conclusiones.....	552

CAPÍTULO NOVENO
LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. El método conflictivista.....	562
2. Los casos para la ponderación: Lüth, Titanic, Riggs vs Palmer y Henningsen vs Bloomfield Motors.	563
1) Los casos Lüth y Titanic en Robert Alexy.....	563

A) El caso Lüth.....	563
B) El caso Titanic.....	569
2) Los casos Riggs vs Palmer y Henningsen vs Bloomfield Motors en Ronald Dworkin.....	574
A) El caso Riggs vs Palmer.....	574
B) El caso Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.	576
3 Los casos de la ponderación: juicios concretos de deber ser desde el razonamiento práctico.....	578
4. El principio de proporcionalidad.....	584
1) El subprincipio de adecuación o idoneidad.....	588
2) El subprincipio de necesidad.....	589
3) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	590
5. El principio de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional Federal Alemán: Ley de Seguridad Aérea de 2005.....	592
6. El derecho a la vida y la dignidad humana: ¿Pueden ser ponderados?.....	596
Conclusiones.....	600

CAPÍTULO DÉCIMO EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. El método armónico: entre limitación y delimitación de los derechos fundamentales.....	612
1) ¿Conflictos conceptuales?	612
2) Jürgen Habermas vs Robert Alexy.....	613
A) Jürgen Habermas.....	613
B) Robert Alexy.....	613
2. Conflictivismo y contenido esencial de los derechos fundamentales: las posturas no-conflictivistas del contenido esencial.....	616
1) Friedrich Müller.....	617
2) Ignacio de Otto.....	618
3) Antonio-Luis Martínez-Pujalte.....	619
4) Andrés Ollero.....	620
5) Pedro Serna y Fernando Toller.....	620
6) Juan Cianciardo.....	621
3. La armonización del contenido esencial desde la hermenéutica: el debate entre el positivismo metodológico y el derecho natural.....	624
1) La naturaleza de los bienes humanos como libertad ajustada a la vida comunitaria.....	624
2) Directrices hermenéuticas del contenido esencial.....	626
3) Contenido esencial desde la ingeniería inversa (<i>reverse engineering</i>) del positivismo metodológico.....	627
4. El concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales.....	631
5. Objeto del contenido esencial de los derechos fundamentales: teoría	634

objetiva y teoría subjetiva.....	
1) Teoría objetiva.....	634
2) Teoría subjetiva.....	635
6. Naturaleza del contenido esencial de los derechos fundamentales: teoría absoluta y teoría relativa.....	635
1) Teoría absoluta.....	635
2) Teoría relativa.....	638
7. Hermenéutica y contenido esencial de los derechos fundamentales....	640
1) Teoría absoluta y teoría relativa desde la perspectiva hermenéutica.....	640
A) Teoría absoluta.....	640
B) Teoría relativa.....	642
2) La combinación hermenéutica del contenido esencial y el principio de proporcionalidad.....	643
Conclusiones.....	649

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO HERMENÉUTICA COMO CONCRECIÓN

1. El conflictivismo y la hermenéutica de la concreción de los derechos fundamentales.....	661
1) El paradigma prudencial de la interpretación constitucional.....	661
2) El conflictivismo jurídico y la concreción armónica de los derechos	665
3) La balanza de la <i>justicia ponderativa</i> y <i>el derecho natural correctivo</i>	673
Fig. La balanza de la justicia ponderativa.....	681
2. Paradigmas interpretativos de las normas de derecho fundamental: el programa hermenéutico de Konrad Hesse.....	682
1) Principio de unidad de la constitución.....	684
2) Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista: el aporte de Gadamer a la hermenéutica constitucional de Konrad Hesse.....	685
A) La ponderación y el principio de proporcionalidad como coordinación de bienes constitucionalmente protegidos.....	685
B) La ausencia de un paradigma orientador en la ponderación conflictivista: la indefinición de Robert Alexy y el conflictivismo “creativo” de Konrad Hesse.....	692
3) Principio de corrección funcional.....	699
4) Principio de eficacia integradora.....	699
5) Principio de fuerza normativa de la Constitución: <i>la voluntad de</i> <i>Constitución</i>	701
6) Principio de interpretación conforme.	705
3. La concreción de los derechos fundamentales y las condiciones hermenéuticas de la comprensión.....	710
1) La concreción y el programa normativo de la Constitución.....	710
2) La precomprensión hermenéutica de los <i>pre-juicios</i> en la	712

concreción de los derechos.....	
3) El programa “antimetodológico” de Konrad Hesse y su proyección hermenéutica.....	714
Conclusiones.....	719

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO HERMENÉUTICA ANALÓGICA

1. El “método” de la hermenéutica analógica: comparación, equiparación y dialogicidad del razonamiento práctico.....	733
1) La analogía como “método” arquetípico de la hermenéutica.....	733
2) Los presupuestos de la analogía y el caso del ácido clorhídrico ante el <i>Tribunal Federal alemán en causas penales</i>	737
3) La analogía y los principios.....	740
4) La analogía y el positivismo.....	740
5) La analogía y la metodología jurídica.....	741
6) La analogía y la razón práctica.....	742
7) La analogía y la objetividad.....	743
8) La analogía y la hermenéutica.....	744
2. La analogía como <i>el tercer método</i> en Robert Alexy: la hermenéutica y la argumentación jurídica en la encrucijada de la filosofía del derecho.....	745
1) La recuperación de la importancia de los casos en el modelo de la ponderación.....	745
2) La evolución de Robert Alexy hacia la analogía y los <i>puentes dialógicos entre la hermenéutica iusfilosófica y la filosofía analítica</i>	749
Conclusiones.....	752
Conclusiones	763
Bibliografía.....	771

INTRODUCCIÓN

LA HERMENÉUTICA CONTEMPORÁNEA Y LA TEORÍA HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: SU MÉTODO Y SU FILOSOFÍA

1. EL DERECHO DE LA HERMENÉUTICA Y SU TEORÍA

Como se analizará en su momento, el término hermenéutica significa interpretar, declarar, anunciar, esclarecer y traducir un texto de cualquier naturaleza para volverlo comprensible; se trata de una transmisión de significado, como proceso de mediación entre el intérprete del texto y los receptores del mensaje.¹

En ese sentido, la hermenéutica jurídica se ha encargado de la interpretación de los textos legales, y en lo que nos ocupa, de la compleja tarea de interpretar las normas contenidas en la Constitución expresadas como principios y valores, que reconocen los derechos fundamentales de las personas.

Por ende, la importancia de la hermenéutica resulta fundamental para el derecho contemporáneo, ante la crisis del positivismo jurídico a partir de la Segunda Guerra Mundial, por la imposibilidad de interpretar normas que reconocen principios y valores y a la vez negar que el derecho y la moral tienen alguna relación; de lo cual se advierte una contradicción en sus términos.

Estos cambios han producido una serie de modelos teóricos que tratan de explicar la problemática de los derechos fundamentales, como normas que reconocen principios y valores en el ordenamiento fundamental de un Estado, con las teorías de la argumentación jurídica, ciertas versiones de la filosofía analítica centradas en el giro lingüístico, el resurgimiento de teorías iusnaturalistas, el positivismo incluyente, el neoconstitucionalismo, el positivismo constitucionalista, y finalmente, la hermenéutica.²

¹ *Infra* “Capítulo Primero “Introducción a la hermenéutica de los derechos fundamentales”

² Coincidentes con la situación del derecho contemporáneo, ante la crisis de positivismo jurídico y el surgimiento de diversos modelos y teorías que tratan de explicar la impronta del constitucionalismo y los derechos fundamentales; principalmente con la hermenéutica jurídica, y en general, la dilucidación de temas fundamentales como la relación del derecho y la moral, la distinción entre reglas y principios con las teorías de la argumentación jurídica y el neoconstitucionalismo en autores como Robert Alexy y Ronald Dworkin. Véase principalmente la obra citada en primer lugar de Carlos Massini que trata de manera especial las filosofías del derecho contemporáneas que dan cuenta de la crisis del positivismo jurídico: MASSINI CORREAS, Carlos I., *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, pp. 15-24 y 191-201; ETCHEVERRY, Juan B., “Presentación” a *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y*

En ese orden de ideas, la hermenéutica contemporánea, se ha apoyado de manera fundamental en la obra monumental de Hans-Georg Gadamer: *Verdad y Método*. El círculo hermenéutico del horizonte de comprensión o *fusión de horizontes*³, es el paradigma esencial en el cual gira la obra gadameriana como propuesta *antimetodológica* en la interpretación de los textos de cualquier naturaleza.

La hermenéutica que construyó Gadamer, parte de la realidad humana circunstanciada en un momento y lugar determinado en el presente; y al mismo tiempo sustentado en el pasado de la tradición histórica, lo que pone en entredicho muchas de las concepciones científicas que venimos arrastrando desde la época de la ilustración. La metodología cartesiana, reduce el conocimiento del derecho al conocimiento científico, sin importar la tradición o la precomprensión de los conceptos, ni mucho menos el conocimiento práctico del obrar propiamente humano.

La nueva hermenéutica en Gadamer, nos muestra que un *pre-juicio*⁴ no siempre es negativo, sino también positivo. La idea de prejuicio, encierra la comprensión previa que tenemos antes de interpretar la realidad, en la cual, el derecho, ocupa una posición determinante para la *concreción del derecho justo*.

El operador jurídico, antes de interpretar, tiene una precomprensión de lo que va a interpretar; la hermenéutica no tacha de inicio como ideología o dogmatismo ingenuo a esas precomprensiones, como sí lo hace el positivismo y la metodología de la ciencia moderna. La hermenéutica, las acepta y las devela como parte de la justificación argumentativa del discurso jurídico, que es en esencia un discurso moral.

En último término, la hermenéutica busca aceptar la historicidad en toda comprensión, como un modo de liberarnos de los falsos prejuicios y confusiones en la interpretación de los textos. En efecto, el reconocimiento de la historicidad es un modo de develar los prejuicios, en pugna por prevalecer sobre la razón, para mostrarnos lo que pueda decirnos el texto. El *prejuicio falso* fenece, en consecuencia, cuando es interpelado por el razonamiento, es entonces cuando pierde su fuerza ocultadora y nos abre a lo

derechos naturales, UNAM – IJ, México, 2013, p. XII; FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio, Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, Tirant lo Blanch – Universidad Panamericana Guadalajara, México, 2013; SALDAÑA, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, UNAM, México, 2012, pp. 70-79; MASSINI CORREAS, Carlos I., *Ley natural y su interpretación contemporánea*, EUNSA, Pamplona, 2006, pp. 15, 119-142; SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos, De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006, pp. 106-141; SERNA, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005, pp. 1-12 y 279-316.

³ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, trads. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, 12ª ed., Sígueme, Salamanca, 2007, pp. 376 y ss.

⁴ *Ibidem*, pp. 378-379.

objetivo del texto. En cambio, el historicismo y el romanticismo lo que pretendían era acallar la situación y perspectiva propias del intérprete actual y hacer creer que la verdad estaba exclusivamente encerrada en el pasado y reducida a la primera situación del texto como fue redactado por el autor.⁵

Gadamer descifrará con su acostumbrada lucidez, el fenómeno de la comprensión desde la historia efectual anclada en la tradición. La distancia en el tiempo tiene evidentemente más sentido, que la mera desconexión de los propios intereses sobre el objeto: “*La distancia es la única que permite una expresión completa del verdadero sentido que hay en las cosas.*”⁶

Sin embargo, el verdadero sentido del contenido en un texto no se agota al llegar a un determinado punto final, sino que *es un proceso infinito, pero que en la realidad humana encuentra su finitud*. El fenómeno de la comprensión no reside en un aspecto estático de verificación de fuentes de error y filtración de posibles distorsiones del verdadero sentido del texto, sino que constantemente aparecen nuevas fuentes de comprensión que hacen patentes *relaciones de sentido insospechadas*.⁷

El dinamismo de la hermenéutica reside en que la distancia en el tiempo permite que la interpretación de un texto, esté ante la posibilidad permanente de que el filtro devela la distorsión en el sentido del texto, no tiene una dimensión concluida, sino que ella misma está en constante *movimiento y expansión*.⁸

El pensamiento filosófico de Gadamer adopta en su programa hermenéutico el paradigma conceptual de su maestro -Martin Heidegger-, de interpretar la realidad desde la misma facticidad de las cosas, *la hermenéutica de la facticidad*.⁹ El nuevo proyecto filosófico de Heidegger se puso bajo el lema fenomenológico fundamental: “¡A las cosas mismas!”. La “cosa” era la más escondida, la más olvidada; es la pregunta inicial de la filosofía, que toma como punto de partida el sendero de preguntarse sobre el ser en la cosa misma.¹⁰

El preguntarse por las cosas mismas, es determinar de manera *ontológica-positiva* el ser de la existencia humana en sí mismo, en lugar de entenderlo, de acuerdo con la metafísica vigente, desde un *ser infinito y siempre siendo como lo puramente finito*. La preeminencia ontológica que el ser de la existencia humana adquirió para Heidegger -y que Gadamer to-

⁵ OSUNA HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio, *Hermenéutica jurídica. En torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p. 74.

⁶ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 368.

⁷ *Ibidem*, pp. 368-369.

⁸ *Idem*.

⁹ HEIDEGGER, Martin, *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*. Trad. de Jaime Aspinza, Alianza, Madrid, 2008

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg, “La verdad de la obra de arte” en *Los caminos de Heidegger*, trad. de Ángela Ackermann, Herder, Barcelona, 2002, pp. 95 y ss.

mó como filosofía primera-, fue traducida como una “ontología fundamental”.¹¹

Gadamer es el *retorno a los griegos* y a su sabiduría. Es desentrañar del pensamiento clásico occidental, *la palabra viva de sus autores*, para hablarnos desde un mismo sentido pero con diferente lenguaje; el lenguaje posmoderno de la hermenéutica en el tiempo presente. La hermenéutica es *el renacimiento del renacimiento*; reinterpretar lo no dicho y lo no pensado, desde los mismos textos de la *Ética Nicomaquea* o la *Retórica* de Aristóteles, para revisar lo ya dicho o lo ya pensado en la realidad posmoderna.

Esa *koiné*, o lengua común, es *paideia griega*¹² que hace resonar, resurgir, retornar y recordar en la actualidad, el significado inscrito en los textos clásicos hacia el *lenguaje comunicativo de la razón universal*, que desde la tradición helénica le dio coherencia y sentido a la civilización occidental.

En ese contexto, ni el neoconstitucionalismo o la escuela analítica del derecho, ni cualquier doctrina contemporánea, puede ignorar la tarea filosófica que conlleva la hermenéutica en la comprensión de la realidad humana y sobre todo, en la interpretación de las normas de derecho fundamental; tampoco la hermenéutica puede soslayar la importante aportación de la analítica con la propuesta del *neoconstitucionalismo* que ha introducido en el debate de la relación del derecho y la moral, centrado en un *normativismo-lingüístico* en los principios de derecho fundamental y su distinción con las reglas.

La teoría contemporánea del derecho ha insistido en la imposibilidad de conocer el significado de sus normas de manera exacta o unívoca, porque siempre existirán ambigüedades en los conceptos, especialmente en los principios; develará que el jurista posmoderno, está más preocupado por las reglas lógicas y metodologías deductivistas del sistema jurídico, que del contenido moral de esas normas y su concreción en el razonamiento práctico.

Pareciera que en el positivismo jurídico el legislador es un personaje “engañoso” que de forma intencional estableció en las leyes, conceptos indeterminados, ambiguos, vagos e imprecisos para que sean “llenados” por los aplicadores del derecho de manera discrecional e irracional; si en el

¹¹ *Idem.*

¹² *Paideia* (en griego παιδεία, “educación” o “formación”, a su vez de παῖς, país, “niño”) era, para los antiguos griegos, la base de educación que dotaba a los varones de un carácter verdaderamente humano. En los tiempos posmodernos, resulta imprescindible el volver al humanismo, como aquellos elementos de la formación en la cultura occidental que harían del individuo una persona apta para ejercer sus deberes cívicos. Un estudio fundamental e imprescindible para analizar dicha cuestión en JÄEGER Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, trad. de Joaquín Xiral, 15º reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2001; JÄEGER Werner, *Cristianismo primitivo y paideia griega*, Elsa Cecilia Frost, 10ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

derecho existieran contenidos morales ya “fijados” por el legislador, estos serán determinados en los casos concretos por el juzgador, de forma subjetiva y caprichosa por sus convicciones morales e ideológicas. Pero de ninguna manera se concibe la capacidad de llegar a criterios de verdad o de corrección moral de manera objetiva.

Todo lo anterior, para mantener la ficción de un sistema jurídico completo y coherente, ausente de lagunas y antinomias, lo que nos pone en la palestra el cuestionamiento si existe *la posibilidad de una hermenéutica en el positivismo*.

En la hermenéutica es una pieza fundamental el horizonte de comprensión del fenómeno jurídico, *la intencionalidad del sujeto interpretante*; el mismo legislador al realizar su función de legislar, interpreta, no sólo la Constitución y el ordenamiento en general, sino la realidad humana, económica, política, social, etc., desde un momento y lugar determinado, es decir, desde una tradición.

La intención del operador jurídico viene a cerrar el círculo hermenéutico, de algo que tardó muchos años en figurar en el pensamiento iusfilosófico: *el derecho no es neutral, siempre se interpreta por el operador jurídico de manera intencional en la realidad circunstanciada al momento de aplicar el derecho; sea como reglas o como principios de relevancia fundamental para la persona humana en el caso concreto*.

2. LOS TIPOS DE HERMENÉUTICA Y SU PROYECCIÓN JURÍDICA

En ese contexto, Gadamer da cuenta de la tensión que existe entre la función cognitiva y la función normativa dentro de la hermenéutica en general, como de manera especial sucede en la hermenéutica jurídica. El conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto, no son dos actos separados sino *un proceso unitario*.¹³ Es decir, interpretación y aplicación de las normas del derecho, no es un proceso aislado que el operador jurídico ejecuta al momento de comprender el sentido de dichas normas; sino que será una función mediadora entre el significado del texto y la concreción material de sus contenidos normativos, mas no una función abstracta y aislada en la aplicación.

El punto de encuentro de cualquier doctrina en el derecho es la *interpretación de la realidad humana en relación con el ordenamiento jurídico positivo*, desde cualquier tipo de estructura normativa que los doctrinistas del derecho le quieran dar; la distinción entre reglas y principios, será una muestra de que el derecho se encuentra *ineludiblemente vinculado con el aspecto dinámico de la hermenéutica de las normas que contienen valores*, y como tales, protegen derechos o bienes humanos básicos fundamentales para el hombre.

La propuesta hermenéutica que se propone es más sustancial que la

¹³ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 381.

escuela analítica del derecho; busca encontrar una posición filosófica de la concreción del derecho –en lugar de la simple subsunción–, como interpretación de la vida humana en su realidad existencial con relevancia para la aplicación de las normas jurídicas iusfundamentales, así como para la realización de los bienes humanos en el contexto del bien común para la sociedad.

Sin embargo, puede resultar compatible con un neoconstitucionalismo, en el que prevalezca una interpretación de los derechos fundamentales, como valoración moral objetivista enfocada en una pretensión de corrección sustancial: un tipo de razón práctica que juzgue los actos propios del obrar humano de forma prudencial, en el que prime el respeto a la dignidad de la persona sobre el consenso de las mayorías parlamentarias o de los tribunales.¹⁴

La hermenéutica de los derechos, si bien es una propuesta teórica desde la doctrina de los derechos fundamentales, es *esencialmente filosófica*. Atendiendo a la distinción que hace Jean Grondin, la hermenéutica tiene tres grandes acepciones posibles que se han desplegado a lo largo de la historia, pero que continúan siendo maneras de entender, del todo actuales y admisibles para la tarea hermenéutica¹⁵:

1) Acepciones de la hermenéutica

A) *Hermenéutica como arte de interpretar los textos*

La interpretación de los textos sagrados o canónicos con la teología (*hermenéutica sacra*); interpretación del derecho y de sus normas (*hermenéutica juris*) y la interpretación de los textos escritos, así como la estructura, evolución histórica y cultural de una lengua de un pueblo determinado con la filología (*hermenéutica profana*).

B) *Hermenéutica metodológica*

Estudia las reglas y los métodos de las ciencias humanas de la comprensión, al establecer una serie de preceptivas, a través de las cuales se valora si una interpretación es correcta o incorrecta a la luz de un método de interpretación; y,

C) *Hermenéutica filosófica*

¹⁴ Las diferencias entre el neoconstitucionalismo sustancial y procedimental Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant Lo Blanch, México, 2013, pp. 195 y ss.

¹⁵ GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, trad. Antoni Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008, pp. 15 y ss.

Como forma de una filosofía universal de la interpretación de los textos de cualquier naturaleza, para la comprensión de la existencia del sujeto en el corazón del mundo de la vida y como reacción al reduccionismo de la hermenéutica metodológica; es por ello que el estudio que emprendemos se propone no como un “método” de interpretación sino como una filosofía práctica.

Bajo esa prevención, la formulación hermenéutica en el derecho tendrá dos perspectivas a través de las cuales se estudia la hermenéutica jurídica de los derechos fundamentales.

2) Tipos de hermenéutica jurídica

A) La teoría hermenéutica de la argumentación jurídica

Tiene un objetivo más restringido, el analizar las reglas de corrección y métodos de argumentación jurídica para la fundamentación de las decisiones judiciales de forma primordial, así como realizar una reflexión metodológica sobre la pretensión de verdad y estatuto científico de esos métodos argumentativos desde la lógica formal;

B) La filosofía universal de la interpretación y de la comprensión del fenómeno jurídico

Pone un acento particular en la naturaleza histórica y lingüística de nuestra existencia y experiencia en el mundo de la vida; con repercusiones para el derecho y la moral, en una coexistencia factual, acentuando su posición “antimetodológica”, a través de la cual se cuestiona el reduccionismo científico que impide comprender la complejidad del fenómeno hermenéutico del derecho en toda su extensión.

3. ACLARACIONES METODOLÓGICAS

Antes de describir de forma explícita el objeto, el problema, la hipótesis de la tesis, es preciso aclarar diversas cuestiones fundamentales que sirven de corolario a la *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*; para explicar principalmente lo que constituye una teoría general de los derechos fundamentales para el Estado constitucional, que fija un *programa normativo de la ciencia jurídica con pretensiones filosóficas* y su adecuada comprensión metodológica:

1) Teoría general de los derechos fundamentales

Si bien no trata de los derechos fundamentales en particular –como el

derecho a la vida, la libertad o la propiedad-, sí proporciona lineamientos generales bajo los cuales se logra trazar el programa de una teoría iusfilosófica que se aplica de manera general a las normas de derecho fundamental, a la luz de los bienes humanos en sí mismos considerados, sustentada en la doctrina del iusnaturalismo de John Finnis, reinterpretada con el aporte de la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer.

Es decir, como teoría general de los derechos fundamentales, se encarga de establecer sus elementos esenciales para servir de parámetros en la ciencia y práctica del derecho, en la interpretación de las normas jurídicas; así como en la solución de conflictos entre derechos con las herramientas hermenéuticas que se estudian como la ponderación, el principio de proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos fundamentales, la concreción y la analogía.

2) Teoría general de las normas constitucionales

De igual forma no se propone trazar una teoría general de la interpretación jurídica, sino de manera particular, sobre la interpretación de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales.

No obstante, la pretensión de generalidad está presente en nuestra propuesta, para condicionar la forma en la cual se interpretan todas las normas jurídicas de la Constitución, así como su irradiación a todo el ordenamiento jurídico en las leyes y normas ordinarias de un sistema jurídico.

3) Teoría de los derechos con pretensiones de teoría general del derecho

Se trata de una teoría general de los derechos fundamentales, con pretensiones de incidir en la teoría general del derecho. Sin embargo, para estructurar una teoría general del derecho con todos sus elementos constitutivos, la hermenéutica iusfilosófica, tendría que encargarse de otros temas.

En efecto, la teoría general del derecho bajo la perspectiva hermenéutica, deberá desarrollar los postulados de la *fenomenología filosófica*¹⁶, apli-

¹⁶ La filosofía del derecho que ha desarrollado Agustín Basave Fernández del Valle, se encuentra muy emparentada con una *teoría fenomenológica del derecho*. La obra de Basave Fernández, habla de una *originariedad* de su filosofía, un rigor conceptual para conocer las causas primeras, los principios últimos y no de un mero ejercicio literario. La imposibilidad de reducir la filosofía a certezas matemáticas o científicas, centra su atención en la necesidad de explicar una ontología, la fenomenología y la axiología del Derecho bajo el criterio de certeza, que es la evidencia, muy de la mano de lo que Heidegger buscaba con su giro fenomenológico (a las cosas mismas) y posteriormente Gadamer con la hermenéutica. Basave se centra en la búsqueda de un saber primero, óntico-axiológico del saber jurídico, el apetito de integridad, de conexión con el hombre, con la *habencia* y con el fundamento de esa *habencia*; su propósito filosófico es como un buscador de los úl-

cable a la ciencia y filosofía jurídicas, así como a los distintos elementos esenciales de toda teoría general del derecho; como la persona jurídica, los distintos criterios de validez de las normas jurídicas, la relación del derecho con la moral y con otras ciencias, las doctrinas del pensamiento jurídico, el ordenamiento jurídico en general, entre otros temas propios de la ciencia jurídica.

La teoría propuesta si bien toca diversos puntos de la doctrina general del derecho, la diferencia específica que se plantea, se realiza desde el cariz particular de las normas jurídicas contenidas en la Constitución como derechos fundamentales o principios jurídicos.

4) Teoría hermenéutica sin pretensiones reduccionistas de la ciencia moderna

La teoría hermenéutica no pretende incurrir en el exceso de dilucidar al derecho y la interpretación del fenómeno jurídico como una serie de reglas metodológicas que sólo se pueden dilucidar desde la Constitución; esto es que toda la interpretación del derecho o de los derechos fundamentales sólo partan de la Constitución, sin importar lo que haya dicho el legislador en las leyes ordinarias, rompiendo de igual forma con el principio democrático de la deferencia al legislador o del principio de libertad a favor de las personas.

La Constitución, según la denominación irónica de Forsthoff, pudiera parecer como un “huevo jurídico originario”, de la cual todo es regulado, desde el código penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros”.¹⁷

En concordancia con Luis Cruz, apostamos por el riesgo que representa la *defensa del modelo axiológico de Constitución* llevada a cabo por autores como Robert Alexy, cuando propone un concepto de Constitución que haga compatible los derechos fundamentales entendidos como principios, con el concepto de Constitución como orden marco. El concepto de Constitución que promueve el neoconstitucionalismo se da desde una correlación necesaria entre el plano deontológico y el axiológico de los principios de derecho fundamental.¹⁸

timos y más significativos problemas del Derecho para la vida humana. Por ello, en su Tratado General de Filosofía del Derecho, la Fenomenología y Ontología del Derecho es uno de los capítulos centrales de la obra; una teoría óntico-axiológica de la normatividad. De manera expresa refiere a que la Hermenéutica contemporánea del saber nos insta al examen de la Hermenéutica del Derecho y a la interpretación de la normativa jurídica, aunado a la impronta del Derecho natural después de la Segunda Guerra Mundial, como una signatura de estudio inexcusable. Véase BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2013, pp. IX-XII.

¹⁷ FORSTHOFF, Ernst, “La jurisprudencia”, en *El Estado de la sociedad industrial, (El modelo de la República Federal de Alemania)*, trads. López Guerra, L. y Muñiz, I.N., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242.

¹⁸ CRUZ, Luis M., *La constitución como orden de valores, Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares, Granada, 2005, pp.108, 136-137.

Robert Alexy pretende hacer compatibles el orden marco y el orden fundamental del concepto de la Constitución, mediante la elaboración de lo que denomina una *dogmática de los márgenes de acción*. La pretensión de corrección que conlleva la adopción de los principios jurídicos vinculan un ideal moral con el derecho de manera necesaria, con lo cual se sostiene una posición integral de la *Constitución como principios materiales* (dignidad, libertad e igualdad) como de los formales (Estado de derecho y democracia), para quedar constituidos con el último criterio conformador del desarrollo judicial de dichos principios.¹⁹

El problema fundamental de los principios materiales reconocidos en una Constitución entre los que se encuentran los derechos fundamentales y los fines del Estado, radica en su carácter paradójico: por un lado son profundamente democráticos, en cuanto deben presuponerse en todo proceso democrático, pero por otra parte, son profundamente antidemocráticos, en la medida en que vinculan al legislador, privando así a la mayoría legitimada democráticamente de competencias básicas²⁰; en virtud de que el límite a la decisión de las mayorías son en esencial los derechos fundamentales de las personas.

5) Paradigma hermenéutico de la prudencia-analógica

La teoría general de los derechos fundamentales, busca tener un alto impacto en la forma en la cual los juristas interpretan las normas de la Constitución que contienen principios; así como las herramientas hermenéuticas a través de las cuales concretan su contenido material como la ponderación, el principio de proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos fundamentales, la concreción, la analogía y en general el *paradigma prudencial de la concordancia práctica*.²¹

La hermenéutica pone un énfasis especial, en el lamentable abandono de la prudencia judicial en el marco del actual pensamiento jurídico moderno con la aplicación del método científico.

Si bien, muchas de las doctrinas iusfilosóficas contemporáneas han recuperado un número importante de elementos provenientes del pensa-

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ Dicho paradigma debe ser entendido desde una posición no conflictivista. Es decir, que los derechos fundamentales no son contradictorios en sí mismos, sino que es necesario hacer una interpretación y ponderación adecuada al caso, de tal manera que cada derecho conserve su entidad, así como su eficacia conjunta en la concreción de sus contenidos imperativos; es prudencial porque precisa de un juicio valorativo centrado en vislumbrar las consecuencias de una interpretación y no solamente su corrección meramente formal desde la lógica jurídica. Véase HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, selección y traducción Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Introducción Pedro Cruz Villalón, Epílogo Miguel Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 67-68.

miento antiguo, en el que floreció con gran esplendor la preeminencia de la prudencia jurídica como *virtud específica* de la actividad de los jueces y los *juristas por antonomasia*.²²

Sin embargo, su ámbito de reflexión ha estado circunscrito a cuestiones que apenas tocan la dimensión prudencial de los jueces, pues en su mayor han estado dirigidas a tratar aspectos que privilegian otras formas metodológicas alternas.²³

En este sentido es la crítica que se la ha hecho a la ética de reglas que pregona la filosofía analítica; como Robert Alexy que sostiene una ética del discurso jurídico, en virtud de un consenso de reglas que aplican a los participantes de ese discurso y su corrección solo se logra por esas propias reglas.

Por lo cual, el punto de partida del saber ético remite a la persona humana, en tanto comprensión racional de los núcleos objetivos, por sí mismo evidentes, los cuales pueden ser concretados de muchas formas, de tal suerte que sea posible afirmar que se trata de una existencia valiosa; con lo cual se puede afirmar –con un guiño hermenéutico– que la prudencia, *tiende puentes entre exigencias universales y problemas situados en un tiempo y espacio concreto*.²⁴

Las normas de derecho fundamental, precisan no sólo de una metodología diversa de la interpretación jurídica de las normas ordinarias, sino de un giro conceptual en la manera en la cual el derecho se interpreta, ya no como método sino como *hermenéutica de la facticidad jurídico-existencial de la realidad humana y sus bienes básicos universales*.

6) Hermenéutica iusfilosófica “trascendental”: el círculo hermenéutico

La teoría hermenéutica constituye una propuesta iusfilosófica de carácter trascendental, que condiciona la forma en la cual el jurista se aproxima al *círculo hermenéutico del horizonte de comprensión* del fenómeno jurídico de la existencia humana, en la consecución de los bienes que lo perfecciona.

Por ende, la hermenéutica “trasciende” del mero acto de conocimiento como coherencia legalista entre normas y hechos, así como desde el punto de vista del sujeto que conoce e interpreta la realidad, como un acto de apropiación del sentido inmerso en las normas jurídicas; en la misma experiencia del conocer esos bienes, y no como un condicionamiento del

²² HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1995, p. 90.

²³ MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 415.

²⁴ *Ibidem*, p. 420.

comprender a través de un método científico, que dependa de un conocimiento centrado en el subjetivismo y el conocimiento lineal sujeto-objeto.

Es decir, la *hermenéutica iusfundamental*, devela el proceso gnoseológico a través del cual el operador jurídico conoce los principios y valores que se encuentran inscritos en las normas de derecho fundamental, y por otra parte, se advierte que en ese proceso los “pre-juicios” juegan un papel fundamental en la conformación del razonamiento justificatorio del discurso jurídico que emprende el sujeto interpretante de dichas normas.

De manera determinante afirma Gadamer en cuanto a la legitimación que la filosofía viene a traer a la pretensión de verdad que no están al alcance de la metodología científica, como la crítica que la hermenéutica realiza del método jurídico de la modernidad: *la actualidad del fenómeno hermenéutico reposa en el hecho de que sólo una profundización en el fenómeno de la comprensión, puede aportar una justificación filosófica desde los pensadores clásicos de la filosofía, la tradición histórica o incluso desde la misma experiencia del arte.*²⁵

7) La filosofía hermenéutica es antipositivista y anticientificista

La filosofía hermenéutica no acepta como único criterio de verdad el de la ciencia positiva, en cuanto a la confirmación o la falsación de las hipótesis que se plantean bajo su método. En el mundo de lo humano, esto es, el de las acciones que requieren ser *comprendidas*, el sujeto forma parte del propio proceso de conocimiento. Se trataría por tanto aquí de un conocimiento valorativo, aunque no por ello arbitrario, esto es, privado de criterios de objetividad.²⁶

La hermenéutica aplicada al derecho es en esencia una filosofía jurídica, porque en ningún momento deja en solitario a la ciencia y su metodología para que proporcione todas las respuestas. Además de negar la primacía del método científico, cuestiona de manera determinante la pretensión de llegar a un conocimiento “objetivo” a través del método en la experimentación física de los fenómenos, muy propio de la filosofía de la ilustración.

La hermenéutica no sólo propone un *giro copernicano*, sino que postula salirse de las coordenadas del método para situarse en la misma realidad fáctica de la existencia humana. La hermenéutica jurídica replantea el conflicto entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, para iniciar un camino de una nueva fundamentación del derecho, más allá de dichos antagonismos. Sin embargo Kaufmann, nos pone en claro las pretensiones de la hermenéutica.

Con esto no quiere decirse que debamos de retroceder de nuevo más allá del

²⁵ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 24.

²⁶ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 72-73.

positivismo legalista y del derecho natural racionalista. Esto sería una pretensión atávica. Más bien se trataría [...] *de llegar por entre derecho natural y positivismo jurídico a una nueva fundamentación del derecho*. Para ello serían necesarias dos cosas: *superar el dualismo metódico de ser y deber ser y abandonar la tesis de que el derecho sea idéntico a las normas legales*. Solamente si nos separamos de estas reliquias de una época pasada, se abre el camino hacia un nuevo planteamiento teórico-jurídico y metodológico: no se trataría ya de cómo *deducir lógicamente* el derecho a partir de unas normas rígidas, sino que el planteamiento de la cuestión consistirá más bien en *cómo puede el derecho ser hermenéuticamente comprendido partiendo del lenguaje histórico vivo*.²⁷

La propuesta de Kaufmann, al relativizar “el esquema sujeto-objeto” en la comprensión del fenómeno jurídico, es siempre y al mismo tiempo un conocimiento que se adquiere tanto de manera objetiva, como subjetivamente. El que aspira a comprender un sentido auténtico en la realidad jurídica, necesariamente “se introduce en el *horizonte de la comprensión* y no reproduce de manera puramente pasiva en su conciencia lo comprendido, sino que lo conforma”.²⁸

Alfonso García Figueroa señala que ante el embate de la tesis de los principios, el positivismo adopta muchas formas para su defensa flexibilizando sus postulados esenciales en modelos puros de exclusión, transitorios de inclusión y de disolución. En lo particular, el positivismo incluyente, lejos de confirmar la viabilidad del positivismo metodológico para la aplicación del derecho, constató las grandes inconsistencias e incongruencias de la fe iuspositivista; así como del polimorfismo que a la “desesperada” se gestó como movimiento de actualización interna, para flexibilizarse y permitir la traducción de los contenidos materiales de los derechos fundamentales, a raíz de la impronta constitucionalista de los principios jurídicos, en cuanto a su aplicación directa y operativa.²⁹

Por su parte Manuel Atienza también se decanta por una *tercera vía* en la búsqueda por un modelo de teoría del derecho que renuncie al positivismo jurídico, así como al neoconstitucionalismo. Postula una defensa de del *constitucionalismo postpositivista*.³⁰

Con la conciencia de que el estudio de plantear una tercera vía, necesitaría de un desarrollo pormenorizado, señala para justificar tres tesis en el

²⁷ KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, edición de Andrés Ollero y José Antonio Santos, Comares, Granada, 2007, p. 69. Las cursivas son nuestras.

²⁸ Es indispensable para entender la hermenéutica jurídica, y sobre todo la propuesta de Arthur Kaufmann, el impecable análisis que realiza Andrés Ollero en OLLERO TASSARA, Andrés “Estudio preliminar. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann” en *Ibidem*, p. 14. Las cursivas son nuestras.

²⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 217.

³⁰ ATIENZA, Manuel, “V. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista” en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 117-146.

planteamiento de las filosofías del derecho contemporáneo: 1) el llamado *neoconstitucionalismo* es una teoría con pocos adeptos y que se caracteriza (básicamente según sus detractores) por tesis insostenibles; 2) *el positivismo jurídico*, en cualquiera de sus modalidades, no es una concepción del Derecho que pueda dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo y, con frecuencia, sus representantes incurren en errores que son simétricos a los de los neoconstitucionalistas; 3) la única concepción que puede ofrecer una guía al jurista que se mueve en el contexto de los Derechos del Estado constitucional es el *constitucionalismo no positivista*, que evita los errores o las exageraciones de las dos anteriores doctrinas y ofrece un modelo no unilateral y suficientemente complejo del Derecho.³¹

En ese contexto, es que la hermenéutica se expresa mejor como una filosofía no positivista que pugna por implementar una práctica argumentativa en la interpretación de las normas iusfundamentales; no como un método de interpretación, sino como la forma natural en la cual los operadores jurídicos acceden al conocimiento de las verdades de razón práctica, mismas que se derivan del comportamiento humano y que se dirigen hacia los bienes que protegen las normas de derecho fundamental.

Dichas condiciones no se manifiestan como reglas pétreas o axiomas formales de cumplimiento abstracto, sino en el razonamiento que devela esos bienes humanos, como paradigmas de orientación sustancial en la existencia del hombre; y que a la vez *vinculan al hermeneuta cuando interpreta dichas normas de manera intencional, para el perfeccionamiento de la persona humana desde un aspecto sustancial en una ética de virtudes.*

Una vez precisadas algunas aclaraciones metodológicas en relación al estudio que nos ocupa, es preciso señalar los objetivos, el planteamiento del problema, la hipótesis y el método de la *teoría hermenéutica de los derechos fundamentales.*

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1) Pregunta inicial

La hermenéutica propone un concepto de derecho como un sistema de principios vinculado con la moral de forma coexistente, y su desarrollo teórico no propone un método de interpretación, sino una filosofía práctica que proporcione directrices a los operadores jurídicos para la mejor elección de ese método:

¿Es la hermenéutica la teoría del derecho contemporánea la que mejor realiza una concreción de los derechos fundamentales en el Estado constitucional para el respeto de la dignidad humana?

2) Sub preguntas

³¹ *Idem.*

- A) En el Estado constitucional contemporáneo ¿el positivismo jurídico es una teoría del derecho compatible con un sistema de derecho de principios?
- B) ¿Se logra una adecuada interpretación de las normas constitucionales que incorporan un orden de valores en los ordenamientos fundamentales con el método *lógico-deductivo* de la subsunción? (incompatibilidad del modelo de Estado de derecho)
- C) El positivismo jurídico resultaba ser una teoría funcional del Estado de derecho legal. ¿Actualmente es compatible con la operatividad directa de la Constitución? (incompatibilidad de la vinculación normativa)
- D) El derecho como sistema de principios ¿requiere de una hermenéutica jurídica adecuada para la concreción de los contenidos materiales de justicia de los derechos fundamentales? (vinculación entre sistema de derecho y hermenéutica jurídica)
- E) ¿Cuáles son los paradigmas que sustentan a la hermenéutica como una teoría funcional y adecuada del sistema jurídico del Estado constitucional contemporáneo? (dinámica constitucional diferente al positivismo)
- F) ¿Dentro de la doctrina la filosofía del derecho contemporánea cuál es la mejor doctrina que interpreta los derechos fundamentales, en la que se cumpla el respeto a la dignidad de la persona humana y el desarrollo pleno de su personalidad para la consecución de los bienes humanos en sí mismos considerados? (perfeccionamiento del modelo de Estado constitucional de derecho: *hermenéutica prudencial analógica*)

5. Objetivos generales y particulares de la hermenéutica Iusfundamental: aclaraciones conceptuales

Por lo anterior, la *teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, busca objetivos generales y particulares:

1) Objetivos generales

A) Proponer y desarrollar una *teoría general de los derechos fundamentales*, con fundamento en la filosofía del derecho que influya en la dogmática jurídica.

B) Proponer y desarrollar una teoría y filosofía práctica que modifique la *metodología jurídica moderna* de la interpretación constitucional, que se fija de forma unívoca y excluyente en la relación *sujeto-interpretante* y *objeto-interpretado* de las normas de derecho fundamental.

C) Proponer y desarrollar una *filosofía práctica de la interpretación jurídica*, centrado en una nueva “metodología” en el *círculo hermenéutico del horizonte de comprensión* del fenómeno jurídico de la existencia humana;

los derechos fundamentales como principios jurídicos, se vuelven concretos en los bienes básicos del hombre, los cuales son expresados en los contenidos materiales de justicia y de moralidad a través del referido círculo hermenéutico en el caso concreto. En ese sentido nuestra teoría hermenéutica de los derechos fundamentales, es también *principialista*.

D) Dilucidar que en el derecho contemporáneo existen diversas herramientas hermenéuticas como la ponderación, el contenido esencial de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad, la concreción y la analogía, entre otros métodos, y que ayudan a justificar de manera racional los límites y contenidos de los derechos fundamentales.

E) De los métodos analizados, se advertirá que la hermenéutica utiliza a la analogía para la comparación y la equiparación de las normas en el caso particular, así como en la articulación de una red de casos, para concretar los bienes humanos que *prima facie* se encuentran en conflicto, por lo que se propone que la analogía sea el “método” arquetípico de la hermenéutica.

2) Objetivos particulares

A) Proponer una alternativa de disolución entre la pugna iuspositivismo e iusnaturalismo; una filosofía del derecho como *tercera vía* a través de la *hermenéutica prudencial-analógica*.

B) Desarrollar una teoría general de las normas de derecho fundamental, no como metodología, sino como filosofía práctica del comprender, el contenido material de esos derechos o bienes humanos básicos, a través de su conocimiento práctico: *la filosofía universal de la hermenéutica de principios*.

C) Sostener que en la *ponderación de los principios jurídicos*, el operador jurídico devela el proceso iusfilosófico de la comprensión del caso, a la luz de los elementos relevantes para la concreción de los derechos fundamentales. Lo anterior sin sostener una ponderación de carácter *conflictivista* que fragmente el análisis del discurso jurídico argumentativo de las normas de derecho fundamental con el derecho mismo.

Para lo cual es necesario prevenirnos del reduccionismo del razonamiento práctico en razones formales que explican la adecuación lógica de la norma jurídica; sino en razones para la acción que se justifiquen desde el ámbito del obrar humano, en el ejercicio del derecho que se concreta en el caso particular. Ambos tipos de razones, de especulación formal y de razón práctica, constituyen un proceso unitario de *interpretación-aplicación en la comprensión del horizonte hermenéutico*.

D) Dilucidar un razonamiento práctico de la decisión jurídica, en la cual el operador jurídico, muestra el sentido y la finalidad de la norma interpretada de contenido moral. La intencionalidad no se queda en el sujeto, sino que se proyecta hacia la realidad de la interpretación de la existencia humana en el mundo de la vida en las decisiones del poder público, y en general, en los argumentos del operador jurídico; como comprensión

del obrar práctico para la consecución de sus *bienes básicos fundamentales que perfeccionen a la persona que realiza esas acciones.*

3) Aclaraciones conceptuales

Con todo lo dicho hasta ahora, es preciso hacer diversas aclaraciones con lo que proponemos en la hermenéutica de los derechos fundamentales en relación con sus objetivos:

- No insiste en realizar una agotadora estructura racional de fórmulas axiomáticas, que muestren el buen manejo de la lógica proposicional en la dilucidación de los conflictos entre derechos fundamentales desde un aspecto formal como en muchas ocasiones se incurre con la ponderación, el principio de proporcionalidad y en general con algunos desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica.
- Tampoco, repetir cuestiones que están por demás explicadas en la *Teoría de los derechos fundamentales* que desarrolla de manera magistral Robert Alexy, para sostener un concepto de derecho no positivista o neoconstitucionalista desde la ética discursiva, así como la formulación de la teoría de los principios de derecho fundamental y su ponderación.
- De igual forma, la hermenéutica no propone abandonar o tachar de irrelevantes e irracionales, las grandes teorías jurídicas contemporáneas como el garantismo o positivismo constitucionalista de Luigi Ferrajoli, el realismo jurídico y en general el positivismo metodológico.³²
- Sin embargo, la hermenéutica señala una clara advertencia: el derecho es una disciplina compleja con fuertes pretensiones de universalidad en la comprensión del sentido de las normas jurídicas, principalmente las de derecho fundamental. La hermenéutica iusfundamental se aplica de forma complementaria a la filosofía analítica, que se encarga del aspecto lógico del lenguaje normativo, previniendo de sus errores e incongruencias como el reduccionismo cientificista antes apuntado.
- La hermenéutica deja en claro que las propuestas doctrinales *analítico-normativas* del derecho contemporáneo, han desarrollado una muy importante estructura sistemática desde la filosofía del lenguaje, principalmente de las normas de derecho fundamental: positivismo metodológico, realismo jurídico, garantismo, neoconstitucionalismo, teorías

³² Si bien la hermenéutica que proponemos, pugna por la disolución de la controversia entre derecho natural y derecho positivo. Sin embargo, nuestra propuesta es del todo incluyente en cuanto a que no puede negar que dentro del positivismo, realismo jurídico y en general cualquier doctrina que haga uso de la filosofía analítica. La cual, puede brindar al derecho de la congruencia, claridad y simplificación que trae aparejado el lenguaje normativo sin descuido del enfoque sustancial de la hermenéutica. En ese sentido se promueve una *hermenéutica inclusiva*. De allí en más, la hermenéutica rechaza cualquier tipo de absolutismo o fundamentalismo normativo o axiomático bien del positivismo o del iusnaturalismo racionalista.

- estándar de la argumentación jurídica, etc.
- Empero, la filosofía analítica se debe nutrir de la hermenéutica, para contemplar que no sólo el lenguaje tiene un contenido formal, sino material: refiere a principios morales cuya concreción es producto de un razonamiento práctico.
 - *La filosofía analítica, principalmente de raigambre anglosajona, resulta incompleta si no se comunica con otras tendencias, para pensar también en contenidos de justicia del derecho, y no sólo en los resultados formales de la deducción lógica del lenguaje normativo de las normas de derecho fundamental.*
 - El positivismo de nuestros días, es la proyección de la filosofía analítica en *la sistematización del lenguaje normativo de los derechos fundamentales*, desde el esquema procedimental del discurso jurídico, pero con la paradoja persistente de un derecho de principios a través de la ponderación de esos derechos en los casos complejos, y por ende, resulta ineludible la valoración de carácter moral.

6. HIPÓTESIS

La Segunda Guerra Mundial originó un cambio de paradigma del derecho positivista, hacia un derecho centrado en el reconocimiento de derechos fundamentales en las constituciones de los Estados nacionales, y la inclusión del control de la constitucionalidad de los actos y leyes del poder público para defender la supremacía de la norma fundamental frente a los abusos del ese poder.

La doctrina contemporánea del derecho constitucional como el neo-constitucionalismo se ha centrado en que el derecho no sólo es un sistema jurídico que contiene reglas, sino que contempla una serie de principios que hacen que el derecho se abra de forma necesaria a los valores y exigencias de la moralidad y la justicia.

Dichos valores representan una dimensión de la justicia o de la moralidad, que han quedado positivizados en las constituciones contemporáneas como un sistema jurídico superior (*orden superior de valores*); expresado en una vasta enumeración de derechos fundamentales cuyo contenido indeterminado es necesario concretar a las circunstancias de los casos particulares.

En ese sentido, el derecho como sistema de principios, se encuentra vinculado de forma necesaria, con una hermenéutica adecuada para la concreción fáctica de los bienes humanos que protegen los derechos fundamentales; los principios de derecho fundamental, precisan de una traducción razonable en los casos difíciles y complejos de la vida cotidiana.

La hipótesis central, consiste en confirmar bajo la visión de la hermenéutica jurídica como filosofía práctica y prudencial, superadora de la dogmática positivista y de la argumentación jurídica centrada exclusivamente en la ética procedimental; la imposibilidad de plantear un método o métodos de

interpretación que proporcionen todas las respuestas a los problemas jurídicos, sino la adecuada elección de dicho método interpretativo.

Lo anterior implica realizar dos afirmaciones que se desarrollarán a lo largo de la tesis y que justificarán nuestras conclusiones; a su vez, el sostenimiento de esas premisas, derivan en dos consecuencias metodológicas:

A) Iusnaturalismo y positivismo, coinciden en la inviabilidad de proponer un método o métodos de interpretación a través de los cuales se resuelvan todos los problemas jurídicos; sin embargo, la hermenéutica plantea superar dicha dicotomía al proyectar un modelo epistemológico que trasciende del conocimiento lineal sujeto-objeto, de la metodología de la modernidad (*círculo hermenéutico*).

B) La aceptación de la conclusión anterior, nos lleva a replantear que lejos de sostener un método o métodos de interpretación, la hermenéutica propone que en toda interpretación resulta ineludible sostener una filosofía práctica y prudencial en la elección del método interpretativo; de la que se advierta la *negación o afirmación de un cognitivismo ético* en cuanto a la traducción de los contenidos de valor de las normas de derecho fundamental (*cognitivismo ético y ética hermenéutica*).

Es decir, la pregunta inicial al momento de interpretar una norma de derecho fundamental, es cuestionar si el operador jurídico sostiene un cognitivismo ético o un escepticismo ético.

Como derivación de las dos afirmaciones anteriores, es preciso formular dos premisas fundamentales que controvierten al positivismo jurídico y al derecho natural “fiscalista”.

C) Se cuestiona *al positivismo jurídico*, que la interpretación jurídica no puede derivar en una mera *asignación de significados de forma subjetiva y arbitraria* desde una filosofía analítica centrada en el escepticismo ético; sino que en la interpretación constitucional, la intencionalidad del hermenauta debe estar vinculada a la *objetividad de los bienes humanos que protegen las normas de derecho fundamental (voluntarismo ético vs objetivismo ético)*.

D) La *prevención de la hermenéutica al iusnaturalismo*, es que para la hermenéutica no es conveniente reincidir en la *falacia iusnaturalista*; la adecuación mecánica entre ley natural con la metafísica o la naturaleza humana deriva en el *iusnaturalismo fiscalista*, es decir, en un tipo de legalismo similar al positivista, pero desde el derecho natural (*iusnaturalismo fiscalista vs iusnaturalismo hermenéutico*).

Los postulados anteriores también conllevan el cuestionamiento del sistema jurídico bajo la visión de la pirámide kelseniana, la cual ha colmado su razón de ser y por ende necesitamos nuevos paradigmas que den explicación plausible al modelo de interpretación del ordenamiento positivo.

7. LA METODOLOGÍA DE LA HERMENÉUTICA COMO DISCIPLINA DE FRONTERA: ENTRE NEOIUSNATURALISMO Y CONSTITUCIONALISMO DE PRINCIPIOS

El método que se ha seguido en el estudio, es el documental, científico e histórico en lo relativo a la metodología jurídica.

Por lo que respecta a la selección de teorías, se han dilucidado para complementar a la hermenéutica jurídica algunas propuestas del neoconstitucionalismo, que promueve el antipositivismo jurídico, entendida como una doctrina que pugna por la materialización del ordenamiento jurídico, cargado de principios y valores que consagra la constitución, bajo la forma de derechos fundamentales.

El neoconstitucionalismo es una metodología del derecho de frontera, pues hace que se unan en un mismo objeto de estudio a los filósofos del derecho con vocación de constitucionalistas, y a constitucionalistas con vocación de filósofos del derecho.

La hermenéutica comparte esa multidisciplinariedad de las teorías que convergen desde un plano analítico en la descripción de realidades, y por otra parte, desde una perspectiva valorativa de los principios de derecho fundamental.

En efecto, la hermenéutica da cuenta de la realidad contemporánea del derecho en la que se difumina el positivismo jurídico, y aparece una multiplicidad de orientaciones que pretenden ocupar su antiguo lugar privilegiado dentro de la teoría jurídica. En ese debate, convergen dos posiciones que a lo largo de la historia de la filosofía jurídica, representan posiciones antagónicas del fenómeno jurídico: el elemento *institucional-autoritativo-social*, de cuño analítico, descriptivo, lógico-formal y positivista; y por otra parte, el elemento *racional-valorativo-critico*, de raigambre hermenéutica, prescriptiva, ético-material y iusnaturalista.³³

En ese orden de ideas, la hermenéutica ve con buenos ojos, que el derecho posmoderno fije sus esfuerzos en formular una doctrina iusfilosófica como el neoconstitucionalismo, más sustancial que procedimental³⁴; en la protección de los derechos fundamentales, como positivización de los bienes humanos básicos como lo plantea John Finnis en su *neoiusnaturalismo*; la aclaración de varios conceptos equivocados en la aplicación de la

³³ Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, pp. 17-22.

³⁴ De alguna manera se puede considerar que el presente estudio es una continuación de aquel primer trabajo en el que dimos cuenta de la existencia de la “Analogía, precomprensión y círculo hermenéutico” que daban cuenta desde entonces, de la importancia de la hermenéutica jurídica trazada con Gadamer y la influencia de su maestro Heidegger; para nosotros, una hermenéutica analógica de proporcionalidad, centrada en la idea del razonamiento práctico. Por lo cual, en dicho trabajo se dilucidaron las diferencias entre el neoconstitucionalismo sustancial y procedimental desde esa perspectiva prudencial. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant Lo Blanch, México, 2013, pp. 285-291.

ley natural, como *correlato necesario* de la norma positiva, en la función compleja de interpretar el derecho basado en principios.

En ese contexto, adoptamos de forma determinante el principialismo como teoría jurídica de los derechos fundamentales en autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza y Rodolfo L. Vigo. Para la hermenéutica, la teoría de los principios, constituye la más acabada expresión de la dualidad del *derecho concentrado*³⁵, de contenido moral y forma jurídica.

Para Ronald Dworkin, los principios son “un estándar que ha de ser observado (...) [como] una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.³⁶

Eduardo García de Enterría en el prólogo del paradigmático libro de Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, pone el dedo en el renglón en este contexto, cuando afirma que la complejidad, fragmentariedad y el casuismo para el pensamiento jurídico, no implica el abandono de toda exigencia normativa general en la valoración de los preceptos indeterminados del derecho.³⁷

Es decir, el casuismo de nuestros tiempos, es la complejidad que representan los conflictos constitucionales, en donde se analizan conceptos indeterminados, sin que presuponga el abandono de la idea del derecho natural.

Sin embargo, este abandono sería ineludible si el derecho natural, pretendiese presentarse como en muchos moralistas, cuando lo plantean como un *sistema de axiomas* desde los cuales fuesen traducibles íntegramente las reglas positivas, a través de unas deducciones más o menos extensas, pero que inexorablemente se deban de seguir.³⁸

El descrédito en la idea del derecho natural para los *juristas positivos*, viene precisamente de esa pretensión *axiomatizante* de un orden abstracto, lejano, evanescente de preceptos o directivas que no dicen nada en casos complejos y que se quedan en entelequias normativas sin un contenido concreto y preciso; por el contrario es necesario traducir esos contenidos normativos en principios generales del derecho, perfectamente singulares y específicos operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como positivados y no perdidos en la imprecisión o en las buenas intenciones. García de Enterría citando a Kaufmann afirma: “en el jurista yace profundamente arraigado un *horror iuris naturalis* [...] y en el fondo de su corazón se alegra de poder resolver un problema sin tener que apelar a

³⁵ VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 4-5.

³⁶ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª reimp., trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, p. 72.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en el prólogo a VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, prólogo de Eduardo García de Enterría, traducción de Luis Díez Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 16.

³⁸ *Idem.*

consideraciones iusnaturalistas.”³⁹

La piedra angular de la propuesta hermenéutica que sostenemos, reside en la *singularidad de la hermenéutica iusfundamental*, que definimos como la confianza que otorga el operador jurídico a la capacidad humana de conocer y comprender mediante el razonamiento práctico, en el mismo acto de interpretar, un criterio de verdad, de corrección o incorrección en la *interpretación-aplicación* de que la propia ley positiva que reconoce criterios de justicia de la ley natural.

La singularidad de la hermenéutica, precisa de un punto de comparación cierto y determinado en un caso particular, principalmente en las normas de derecho fundamental que contienen los bienes humanos positivizados bajo un esquema analógico y jurisprudencial de casos modelo para la solución de conflictos.

La hermenéutica jurídica es una *disciplina filosófica de frontera*, pues converge con muchas otras materias que trata la filosofía, como por ejemplo la retórica clásica, la *teoría estándar de la argumentación jurídica*, la teoría analítica del derecho del positivismo metodológico y en general los neoconstitucionalismos que proponen una teoría de los principios; sobre todo para advertir elementos que nos brinden los criterios interpretativos que diluciden cuándo estamos ante una correcta interpretación de las normas iusfundamentales, y cuando ante una incorrecta o forzada manipulación de esa interpretación.⁴⁰

Sin embargo, desde el punto de vista filosófico en sentido estricto, la hermenéutica es una *disciplina límite* que se encuentra siempre en el centro de las antípodas y los puntos de encuentro o de desencuentro de las disciplinas filosóficas con proyecciones teóricas en el derecho; los debates intrincados entre derecho y moral en los casos concretos, es la materia prima de la hermenéutica jurídica, y especialmente de la hermenéutica iusfundamental.

Por decirlo poéticamente, la hermenéutica se encuentra en la orilla del precipicio, en el filo de la navaja, donde se encuentra la frontera entre el derecho y la moral: tanto desde la frontera donde se encuentran las reglas de la ley como aspecto formal del derecho; como desde los principios de derecho fundamental, en el aspecto material de la Constitución.

³⁹ *Ibidem*, pp. 16-17. El término *juristas positivos*, no lo entendemos aquí como necesariamente positivista, pues este último término encierra un concepto ideológico y absolutista del derecho, como la única confianza en las normas “puestas” por la autoridad conforme al procedimiento, sin importar su justicia. El *jurista positivo* será aquel que pone la confianza en las normas positivas, pero sin desdeñar que en dichas normas también pudieran encontrarse principios con contenido moral.

⁴⁰ Un estudio fundamental para advertir las dificultades que imperan en la interpretación constitucional, y las soluciones que proponen las *teorías standard del derecho*. Véase MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 35-216.

No obstante, el hecho de que la hermenéutica se encuentre en esa singularidad metodológica, no quiere decir que se construya desde el vacío pues, su propuesta es netamente ontológica; el fundamento es la persona misma, la facticidad de la existencia humana en el mundo de la vida y la experiencia de la verdad en la consecución de sus bienes que la perfecciona.

La pregunta clave de la hermenéutica es determinar a través del *análisis filosófico* del discurso jurídico, constatar la coexistencia entre el derecho y la moral en el caso concreto, y dilucidar a través de la actividad prudencial del razonamiento práctico del operador jurídico esas relaciones.

La coexistencia se contrasta en cada caso particular, en el que se advierte su relación; será positiva cuando se apele al aspecto formal del lenguaje *jurídico-normativo*, o será moral, cuando se invoquen los principios de contenido de valor.

Por lo cual la hermenéutica no podría estigmatizarse con un sesgo *ideologizante* si es positivista o iusnaturalista; la hermenéutica no busca la abstracción teórica de la ideología con los “ismos”, sino la comprensión y plausibilidad filosófica de los argumentos, desde un razonamiento práctico de la comprensión del fenómeno jurídico en el planteamiento de determinada propuesta iusfilosófica.

Desde esa perspectiva nos apoyamos en Arthur Kaufmann, para proponer una hermenéutica que comparta una visión pluralista de la ciencia y la filosofía en el derecho; la utilización de las teorías jurídicas formales como la filosofía analítica, que utiliza el positivismo metodológico principalmente, sin duda resultan imprescindibles. Empero, *la analítica requiere ser vinculada de manera necesaria a la comprensión del significado del derecho, esto es, a la hermenéutica iusfilosófica.*⁴¹

La hermenéutica se proyecta de manera originaria, como una propuesta iusfilosófica, pero con pretensiones teóricas de incidir en la dogmática jurídica y en la metodología del derecho. Confiamos en que la hermenéutica no se quede en la idea abstracta del concepto de derecho, buscamos que trascienda a los aspectos más dinámicos de la vida humana en la interpretación jurídica y la argumentación justificatoria de las decisiones del poder público, con prevalencia en las resoluciones jurisdiccionales de los Tribunales Constitucionales que interpretan, ponderan y aplican los derechos fundamentales: *su concreción real y concreta en los casos particulares que inciden en la vida cotidiana.*

Por todo lo anterior, proponemos un concepto de hermenéutica jurídica como *el arte del comprender iusfilosófico, para la solución de los problemas fáciles o complejos que enfrenta el derecho, en la interpretación de las normas de derecho positivo o de derecho natural en su coexistencia factual con la moral, desde el razonamiento práctico de la concreción de los bienes humanos básicos.*

⁴¹ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 17.

8. CAPITULADO

En el *capítulo primero* abordamos una introducción a la hermenéutica de los derechos fundamentales la cual se basa en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, como una postura antimetodológica. Es decir, la hermenéutica jurídica no es un método de interpretación, sino una filosofía práctica. Dentro de los elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica encontramos que es una ontología del lenguaje normativo, una filosofía hermenéutica antipositivista y anticientificista, así como una interpretación circunstanciada por la tradición y el círculo hermenéutico, todos ellos de raigambre gadameriana.

En suma, la hermenéutica jurídica que proponemos se aparta de los elementos de conflicto entre iusnaturalismo y positivismo, que a lo largo de la historia del pensamiento han quedado situados en un callejón sin salida. Ahora la hermenéutica propone una *tercera vía* que plantea dos principios fundamentales para acabar con dicha pugna y que sostienen el *giro paradigmático* de nuestra teoría: a) La coexistencialidad del derecho y la moral; y b) La posibilidad de una *ética hermenéutica*.

En el *capítulo segundo*, nos introducimos a la propuesta metodológica de la hermenéutica, al plantear un conocimiento complejo en el que convergen *filósofos y constitucionalistas; comparten temas que hacen que se encuentren en la frontera del derecho y la moral, sobre todo en la interpretación de las normas de derecho fundamental*. Si bien la *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, pretende sistematizar y ordenar lo que entendemos en el ámbito de la interpretación, comprensión y aplicación de las normas de derecho fundamental, constituye una propuesta de la filosofía del derecho, esto es: *una teoría hermenéutica con pretensiones filosóficas*.

El *capítulo tercero* da cuenta de la crisis del derecho moderno. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, son ejemplos de cómo los tribunales constitucionales son factores de cambio social, como el proceso de *desnazificación* de Alemania. De igual forma *Hannah Arendt* son su expresión *banalidad del mal* y la *formula de la injusticia extrema no es Derecho*, de Gustav Radbruch, son expresiones que previenen de la crisis del derecho moderno en casos extremos como el nacionalsocialismo.

Por lo cual llegamos a la conclusión de cómo las características del derecho moderno fueron diseñadas desde el *cientificismo acrítico como el que inauguró* Rene Descartes cuando formula su *Discurso del Método*, mismo que sería retomado por Hans Kelsen en su *Teoría Pura del derecho*, en tanto modelo típico de un sistema de reglas; sin embargo dicho modelo se encuentra desfasado, con el paradigma de los derechos humanos, mismos que plantean severos *problemas epistemológicos al positivismo jurídico*.

En el *capítulo cuarto* hablamos de la condición posmoderna del derecho, la cual bien entendida, pretende reestructurar las bases de la razón

ilustrada que dio origen al mismo liberalismo burgués. *La posmodernidad, representa el fin de los grandes relatos y la koiné del pensamiento occidental*: pues cuestiona los grandes relatos de la modernidad, tales como la emancipación del ciudadano, la realización del espíritu, la sociedad sin clases, como en su momento lo propuso Jean François Lyotard.

En ese orden de ideas es que el posmodernismo jurídico viene aparejado con la crisis del Estado, la crisis de la ley y la crisis de las fuentes del derecho; lo que en su conjunto viene a plantear una nueva función del operador jurídico en la interpretación del derecho. Paolo Grossi propone al respecto, la transformación del derecho a través *del diálogo jurisprudencial entre tribunales* constitucionales e internacionales, y por su parte., Carlos Massini nos advierte de una *desfundamentación* del orden normativo en la filosofía de la sospecha como encubridora de la *dominación del sujeto*. Finalmente Rodolfo Vigo da un voto de confianza al Estado de Derecho constitucional pues para *es un proyecto incompleto*.

En el *capítulo quinto*, se plantea a la hermenéutica jurídica como una *tercera vía* entre positivismo jurídico y derecho natural; dichas doctrinas se han combatido mutuamente, sin que haya salido un vencedor, pues han agotado su razón de ser como posiciones antagónicas. Se encuentran ante un callejón sin salida, sólo queda a la filosofía jurídica buscar una “tercera vía”, más allá del iusnaturalismo y positivismo: recorrer este camino corresponde en plena lógica a la *hermenéutica jurídica*.

Gustav Radbruch, ha contribuido a ese *cambio de paradigma*, pues su filosofía no es ni iusnaturalista, ni iuspositivista y la hermenéutica establece distintas proyecciones con respecto a la teoría de la argumentación jurídica: *hermenéutica excluyente, hermenéutica incorporacionista y hermenéutica transicionista*.

En el *capítulo sexto* tratamos un tema esencial para la obra que nos ocupa: la hermenéutica jurídica y sus elementos fundamentales. Damos como inicio la Segunda Guerra Mundial para el nacimiento de la hermenéutica, la cual constituye ese giro copernicano, para centrarse en el conocimiento radical de los bienes humanos, cuestionando de manera persistente la forma en la cual el jurista se ha aproximado al fenómeno jurídico de la interpretación desde la *metodología jurídica de la modernidad*; que hasta ahora ha sido un conocimiento lineal, monológico, solipsista, unilateral, cerrado, reduccionista, anclado en la relación sujeto-objeto; dicha epistemología ha “encasillado” al derecho en axiomas, postulando un formalismo ético, una ética de reglas.

El círculo hermenéutico de Hans-Georg Gadamer, refiere al cambio de expectativa, en la cual el texto normativo de una regla moral o positiva, se recoge en la unidad de una referencia de sentido, entero distinta a la que se había establecido desde la invención del derecho moderno con su propuesta *axiomatizante* en procesos lógicos y subsuntivos. En ese mismo sentido Karl Engisch habla de una “continua interacción”, de un *ir y venir de la mirada* entre la norma y el hecho de una realidad concreta, es decir: elaborar concretas proposiciones jurídicas en relación con el contenido de

hecho, y su construcción en relación con la norma.

A efecto de comprobar la aplicación práctica del círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica, se analizó el *Caso Radilla Pacheco* y su cumplimiento en el expediente *Varios 912/2010*; en donde se realizó una interpretación conforme de un artículo de la Constitución, y a la vez, la inaplicación de un artículo por inconvencional (13 constitucional y 57, fracción II del Código de Justicia Militar mexicano, respectivamente).

En el capítulo séptimo se desarrolló el derecho como sistema de principios, principalmente con las propuestas que Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza, Carlos S. Nino y Rodolfo L. Vigo. Ese *cambio de paradigma, se ha originado en la transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*. El modelo epistemológico que plantea, se basa en un esquema *hermenéutico-filosófico* de fundamentación moral de las resoluciones judiciales; en el que prevalece el razonamiento práctico de los principios, sobre el formalismo de las reglas.

En esa lógica, la ponderación es un *juicio de valor referenciado en cuanto a la intencionalidad del hermeneuta* que interpreta el derecho, en la concreción del bien humano adscripto en la norma iusfundamental; pues expresa *normas concretas de deber ser*. en ese sentido, *la ponderación no es neutral*. Relacionado con la hermenéutica iusfundamental que proponemos, *los principios son bienes humanos básicos reconocidos en la norma de derecho fundamental, que justificamos en la doctrina neoiusnaturalista de John Finnis*.

En este capítulo resulta fundamental, las coincidencias entre Finnis y Gadamer, cuando en *Verdad y Método* alude de manera específica al tipo de derecho natural racionalista, al que nos referimos con nuestra crítica a una interpretación “fiscalista” de la ley natural; si bien Finnis en ningún momento cita expresamente a Gadamer, introduce distintos conceptos en *Ley natural y derechos naturales*, muy similares a bagaje conceptual de *Verdad y Método*.

El *capítulo octavo* da cuenta de las paradojas que plantean los problemas entre derechos fundamentales y su interpretación, bajo el esquema monológico de la metodología jurídica del positivismo, que se realiza a la luz del *sistema jurídico piramidal kelseniano*. El sistema jurídico multinivel de protección de los derechos humanos que plantea la hermenéutica con el *control de convencionalidad*, rompe de manera necesaria con el esquema del sistema jurídico monológico kelseniano, para entrar a un sistema complejo, *dialógico-jurisprudencial*.

En la hermenéutica constitucional, ya no prevalece la norma de mayor jerarquía, sino la menor restricción y mayor beneficio a la persona humana; la Constitución ya no es la cúspide de la pirámide del sistema jurídico jerarquizado, en tanto que la Constitución ya no puede proporcionar todas las respuestas; ahora el sistema jurídico se encuentra reformulado a la luz de un *bloque normativo complejo* (Constitución-tratados internacionales), en el que resultan vinculantes las *jurisprudencias* tanto de los tribunales constitucionales nacionales, como de las cortes internacionales de derechos hu-

manos, hasta alcanzar una *diálogo jurisprudencial multinivel*, hacia una integración regional, comunitaria o universal en materia de derechos humanos.

Sin embargo, es necesario considerar aquellos casos en los cuales no tiene relevancia un derecho humano para el caso particular, para lo cual subsiste una escala normativa en el que *coexiste el bloque de constitucionalidad y convencionalidad con la pirámide kelseniana*; lo anterior considerando que si bien las normas de derechos humanos sean de aplicación obligatoria en todos los casos, es necesario advertir situaciones en las cuales no es preciso realizar un control de constitucionalidad o convencionalidad, pues la respuesta bien puede provenir del ordenamiento jurídico como sistema jerárquicamente escalonado.

Por lo cual, la hermenéutica postula paradigmas de solución de conflictos entre principios, que controvierte el modelo de interpretación del normativismo positivista. Dicho modelo establece cinco exigencias de un sistema con apariencia de coherencia y plenitud normativa: unidad, jerarquía, coherencia, completitud y economía.

Con la *hermenéutica jurídica* los conflictos entre derechos fundamentales, no se resuelven a través de uno o varios métodos específicos, por medio de los cuales se “obtenga” la única respuesta correcta. El operador jurídico debe advertir, cuál es *el razonamiento práctico correcto para la elección del método o métodos de interpretación de las normas de derecho fundamental*, a saber: la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad o razonabilidad, la hermenéutica de la concreción de los derechos y la hermenéutica analógica, entre otros modelos hermenéuticos.

A la luz de dichas herramientas hermenéuticas, se propone que *el sistema jurídico kelseniano, ya no es compatible con un modelo plausible de solución de conflictos entre derechos humanos*.

En el *capítulo noveno* se trata el método de la ponderación y el principio de proporcionalidad, a la luz del caso Lüth de Robert Alexy, que nos proporciona tres ideas fundamentales: *orden de valores objetivos, el efecto irradiación de los derechos fundamentales* y la necesidad de la *ponderación en la colisión entre principios*.

En *el caso Titanic*, Alexy advierte de manera clara que el problema en el método de la ponderación en cuanto a la racionalidad de sus determinaciones, es una cuestión de grado; no es lo mismo haberle llamado “tullido” que “asesino nato”, pues excede por mucho el derecho a la libertad de expresión la primera expresión.

En el caso *Riggs vs Palmer en Ronald Dworkin*, el legislador no estableció todos los supuestos en los cuales un heredero queda excluido de la herencia, cuando éste mismo sea el asesino; es decir *“nadie puede aprovecharse de su propio ilícito”*. Por lo que respecta del caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc., el fabricante de automóviles se encuentra obligado bajo estándares más altos de seguridad en la construcción, promoción y venta de sus vehículos*, por el impacto social que tiene a diferencia de otras

mercancías.

Los casos de Alexy y Dworkin reflejan la naturaleza del juicio de razón práctica, de una hermenéutica y argumentación jurídica de carácter prudencial; pues *no existe una medición exacta* en la aplicación de principios sino razonamientos que justifican, en menor o mayor medida, las mejores respuestas para esos casos.

EL *principio de proporcionalidad*, es el mejor método que existe, hasta el día de hoy, para interpretar y argumentar el alcance o la restricción justificada a los principios constitucionales; mediante el examen de su tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se analiza la justificación de *la medida legislativa o acto del poder público, cuando se interviene o restringe un derecho fundamental*.

En el caso de la Ley de Seguridad Aérea de 2005 establecía la posibilidad de derribar un avión cuando se encontrara tripulado tanto por terroristas y pasajeros. El Tribunal Constitucional Federal Alemán aplicó los subprincipios que contempla el principio de proporcionalidad, para determinar que la regulación establecida por el artículo 14.3 de la LSA, resultaba inconstitucional; pues al permitir derribar un avión tripulado por pasajeros y terroristas, *convierte en objeto a los inocentes en manos de la acción del Estado*.

En el *capítulo décimo*, se analizó el método del contenido esencial de los derechos fundamentales. Consiste en una teoría que propone un método armónico de interpretación, esto es, la dialéctica entre limitación y delimitación de los derechos fundamentales; parte de la premisa de que los derechos no pueden colisionar, por lo que una correcta delimitación de los mismos desde un punto de vista conceptual pueda advertirse *ab initio*, para dilucidar si el ejercicio de un derecho, se encuentra amparado o no en el caso concreto por ese derecho fundamental.

Jürgen Habermas y Robert Alexy se enfrentan en cuanto al modelo de la ponderación. Para *Habermas* la ponderación se constituye en *un orden transitivo entre los valores constitucionales por el intérprete de las normas*, algo que escapa a toda posibilidad de control racional y que convierte la tarea en discrecional y arbitraria y no como normas deontológicas; a diferencia de Alexy que rechaza la concepción de los derechos como valores y los considera como principios, esto es *conceptos deontológicos*.

En suma, la doctrina del *contenido esencial de los derechos fundamentales* ha señalado algunas estrategias argumentativas utilizadas por diversos autores para rechazar la concepción conflictivista y la ponderación. En nuestro concepto, la *hermenéutica y el contenido esencial de los derechos fundamentales*, profundiza sobre la dimensión institucional de los derechos fundamentales y combina la aplicación del principio de proporcionalidad. El conflictivismo que postula que los derechos son tendencialmente contradictorios, ignora la indisponibilidad del contenido esencial de los derechos como un parámetro objetivo de interpretación.

En el *capítulo décimo primero* se analiza la hermenéutica como concreción, desde un modelo de interpretación *coherentista*, que propone la rede-

finición de la estructura de la ponderación a través del *paradigma prudencial* de interpretación de los derechos fundamentales. *El conflictivismo jurídico y la concreción armónica de los derechos*, son analizados por Fernando Toller y Pedro Serna quienes descifran con facilidad el mito del conflicto: sólo es posible hablar de colisión entre las *pretensiones* de los justiciables, no entre los *derechos*.

Los paradigmas interpretativos de las normas de derecho fundamental contemporáneos de Konrad Hesse, ha sido la más importante influencia que haya tenido antes en la doctrina constitucional, para traducir el contenido material de los derechos fundamentales en los casos concretos; los cuales han recibido una decidida influencia de la hermenéutica moderna de Gadamer, con fundamento *en Verdad y Método*.

Robert Alexy menciona al principio de concordancia práctica de Konrad Hesse, sin hacer referencia a la hermenéutica de Gadamer; sin advertir que la ponderación tiene un fundamento más hermenéutico que discursivo. El principio hermenéutico idóneo para prevenirnos en contra del *conflictivismo de los derechos fundamentales*, es que la ponderación no puede derivar en un menoscabo de un derecho a favor de otro.

Finalmente en el *capítulo décimo segundo*, se analiza el modelo de la hermenéutica analógica, en tanto “método” arquetípico de la hermenéutica; desde dicho método se puede apreciar que el principal problema de la interpretación constitucional, es la elección de la directiva hermenéutica con la que se va a interpretar, lo cual devela que el conocimiento de los conflictos entre derechos, es imposible reducirlos a ecuaciones o fórmulas algorítmicas que de forma previa y a través de un procedimiento consensual o intersubjetivo se obtengan respuestas “correctas”.

La hermenéutica no propone desechar los métodos deductivo, inductivo y abductivo, o cualquier otro como los estudiados (ponderación, proporcionalidad, contenido esencial y concreción) sino su complementación y combinación armónica para obtener la mejor respuesta.

A la luz del caso del ácido clorhídrico ante el Tribunal Federal Alemán en causas penales, concluimos que esa sustancia puede considerarse un arma; pues a primera vista no podríamos encuadrarla como un objeto de dicha naturaleza, desde un punto de vista literal de la norma interpretada; pues no puede ser subsumido en la hipótesis normativa, cuando comparamos al ácido clorhídrico con pistolas, escopetas, cuchillos, dagas, etc.

La analogía resuelve la laguna legal *comparando los elementos particulares que el operador jurídico tiene al alcance a partir de un punto de comparación cierto y determinado*. Es decir, la peligrosidad del ácido clorhídrico se equipara o resulta comparable con otras armas por el daño que puede causar.

La analogía constituye el tercer método en Robert Alexy, pues cuando vuelve la mirada sobre los “casos”, plantea si las operaciones básicas en el derecho son “dos o tres”; es decir, la subsunción y la ponderación, o si además debe ser incluida la *analogía en tanto método de comparación de casos*.

En el *capítulo de conclusiones* podemos advertir que la *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales* que proponemos, establece como hipótesis central, que dicha teoría constituye una filosofía práctica superadora de la dogmática positivista y de la argumentación jurídica netamente procedimental; es decir, pretendemos demostrar la inviabilidad de proponer un método o métodos de interpretación a través de los cuales se resuelvan todos los problemas surgidos de la realidad histórica en el derecho.

Los “métodos” interpretativos de los derechos humanos bajo los paradigmas clásicos han quedado desactualizados y por ende se intenta reincidir en el normativismo legalista que pregona el positivismo contemporáneo centrado en la concepción del sistema jurídico como reglas; esto es, mandatos de optimización reducibles a proposiciones normativas, fórmulas argumentativas o axiomas de conducta que de manera taxativa establecen todas las respuestas a los problemas jurídicos.

En muchas ocasiones se desarrollan propuestas iusfilosóficas, aduciendo que son las mejores teorías o modelos epistemológicos, al proporcionar mayor racionalidad o razonabilidad en sus respuestas, como la *Teoría de los Derechos fundamentales* de Robert Alexy. Con lo cual no afirmamos que sea inviable o incorrecta, sino establecer una adecuada prevención de que es precisamente una teoría, y no dejar de considerarla como una propuesta iusfilosófica antipositivista, con una pretensión fuerte en el cognitivismo ético y en la objetividad del razonamiento práctico.

Por todo lo anterior, la hermenéutica viene a cuestionar, tanto al modelo de sistema jurídico centrado en la pirámide kelseniana (como un sistema jurídico perfecto: coherente, completo, independiente, jerárquico y legalista), así como en la inviabilidad de la aplicación de los métodos clásicos de interpretación jurídica (literal, gramatical, histórico y sistemático) de forma privativa y excluyente (*numerus clausus*) a cualquier otro método (*numerus apertus*), como los que se estudian en el presente trabajo (contenido esencial de los derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, concreción y analogía).

La hermenéutica no pretende controvertir *al positivismo jurídico excluyente* y *al iusnaturalismo fiscalista*, para postular una teoría alternativa; sino que se introduce en las propias ideas de dichas corrientes iusfilosóficas o en cualquier otra, para cuestionar la forma en que se interpretan, se aplican, se razonan o se justifican las normas del derecho, principalmente las que establecen derechos fundamentales.

Así pues, para entender los alcances de la hermenéutica jurídica, es necesario centrarnos en la idea principal: la hermenéutica no es un método de interpretación, sino una *filosofía práctica y prudencial con pretensiones teóricas*, pues los métodos de interpretación jurídica modernos, están formulados de tal suerte que, *reducen el conocimiento humano a reglas o axiomas de conducta*; modelos ya superados que condicionan el conocimiento del derecho a la ciencia, siendo que esta debe estar vinculada con

la filosofía, cuando aquella no puede profundizar en cuestiones que escapan del conocimiento especulativo.

La hermenéutica plantea la *singularidad de la razón práctica, en el conocimiento de la verdad por experiencia radical e intencional, en el acceso directo a los bienes humanos en sí mismos considerados, per se nota, y no por mera derivación de la metafísica, la naturaleza humana o de cualquier otro conocimiento; es decir, el conocimiento de los bienes humanos a través de la hermenéutica no busca su demostración sino su “mostración”, su develamiento en el uso del razonamiento práctico del hermeneuta cuando interpreta las normas de derecho fundamental.*

En suma, la hermenéutica viene a cuestionar, tanto al modelo de sistema jurídico piramidal kelseniano centrado en el positivismo con sus virtudes (coherencia, completitud, independencia, etc.) así como la inviabilidad de la aplicación de los métodos clásicos de interpretación jurídica (literal, gramatical, histórico y sistemático) para resolver conflictos entre derechos fundamentales; pues la hermenéutica, lejos de proponer la univocidad de los métodos de interpretación, asume la apertura en la aplicación de todos los métodos, como los que se estudian en el presente trabajo (contenido esencial, ponderación, proporcionalidad, concreción y analogía), sin que exista un paradigma de clausura -o *meta-método*-, en cuanto a la determinación o clasificación *a priori* del mejor método para interpretar un caso constitucional sin atender su contexto, a su *singularidad*.

En conclusión, vamos a sostener que la hermenéutica no es un método de interpretación, sino una filosofía práctica que de forma prudencial se desarrolla por el operador jurídico para la adecuada elección del método o métodos de interpretación de los textos legales, con relevancia primordial en la interpretación de las normas de derecho fundamental.

Con todo lo anterior, podemos develar que *el sentido que informa la presente obra*, es que la hermenéutica busca recuperar la *tradición central de occidente*⁴², revivir los valores y principios de la civilización que le dió origen a Europa y que trasladó su cultura a todo el mundo; la universalidad de la hermenéutica *interpela al jurista de nuestro tiempo a tomar la impronta de su historia, para lograr traducir el contenido moral incardinado en las normas de derecho fundamental y concretar los bienes humanos que la Constitución le reconoce a la persona humana.*

⁴² GEORGE, Robert P., en *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 19.

CAPÍTULO PRIMERO
INTRODUCCIÓN A LA HERMENÉUTICA
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

SUMARIO: 1. Hermenéutica y hermenéutica jurídica. 2. Hermenéutica como *interpretación intencional*. 3. Hermenéutica filosófica y filosofía analítica. 4. La ciencia del derecho “no piensa”. 5. El “método” hermenéutico y la *constitución viviente*: Robert Alexy como filósofo analítico impuro. 6. Los elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica: 1) Hermenéutica jurídica como *ontología del lenguaje normativo*. 2) La filosofía hermenéutica es *antipositivista y anticientificista*. 3) Interpretación circunstanciada por la tradición: *el pre-juicio*. 4) *El círculo hermenéutico*. 7. La *tercera vía* de la hermenéutica jurídica: 1) Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la *realidad coexistencial entre el derecho y la moral*. 2) La posibilidad de una *ética hermenéutica* como filosofía práctica

La hermenéutica jurídica que formulamos se basa en el pensamiento filosófico de Hans-Georg Gadamer, desde una versión *antimetodológica*. Para lo cual habremos de sostener que la hermenéutica jurídica no es un método de interpretación, sino una filosofía práctica. El derecho posmoderno no es neutral, pues los principios de derecho fundamental que contienen las constituciones, son normas que interpelan al jurista a realizar una *interpretación intencional*

La hermenéutica filosófica y la filosofía analítica, forman parte del *giro lingüístico* de la época contemporánea; sin embargo, la primera nace como una reacción en contra del reduccionismo científico del método y del positivismo. En ese contexto, la frase de Heidegger “la ciencia no piensa”, pone de manifiesto las contradicciones que se presentan en la era de la técnica moderna y la *tiranía del método científico*.

Sin embargo, el “método” hermenéutico no propone abandonar al modelo deductivo de la interpretación jurídica; sin embargo es necesario dar entrada a la ponderación de los derechos como una *práctica viva de los operadores jurídicos: la hermenéutica de la Constitución viviente*.

En ese contexto es que la hermenéutica jurídica plantea ciertos elementos que responden al problema filosófico fundamental de la comprensión de los fenómenos humanos, y que tiene lugar por medio de la interpretación de los elementos fácticos, probatorios y jurídicos de los problemas legales y constitucionales: *ontología del lenguaje normativo, filosofía hermenéutica antipositivista y anticientificista, interpretación circunstanciada por la tradición y el círculo hermenéutico*.

La hermenéutica jurídica plantea una *tercera vía*, que termine con la dicotomía entre iusnaturalismos y positivismos centrada en dos elementos fundamentales: la coexistencialidad del derecho y la moral, así como la posibilidad de una *ética hermenéutica*.

1. HERMENÉUTICA Y HERMENEÚTICA JURÍDICA

El término hermenéutica proviene del verbo griego ἑρμηνεύειν (*hermeneueien*) que significa *interpretar, declarar, anunciar, esclarecer* y, por último, *traducir*. De igual forma, significa que alguna cosa se vuelve *comprensible* o *se lleva a la comprensión*. En ambos casos, se trata de una transmisión de significado, es decir, un proceso de mediación de significados, que designa la expresión o la traducción del pensamiento en palabras para su comprensión por los receptores del significado contenido en el texto.⁴³

En el derecho, el operador jurídico se vuelve un traductor, un mediador entre el texto normativo y su interpretación en un caso determinado. Para saber lo que significa un texto legal en un caso concreto, es necesario interpretarlo para traducir su contenido normativo y en consecuencia, establecer lo que dice la norma en relación con lo que obliga y vincula para su destinatario.

El término más usado para el derecho, ha sido un concepto amplio de *hermenéutica jurídica*, que consiste en “la disciplina científica que tiene por objeto el estudio y sistematización de los principios y métodos interpretativos”.⁴⁴ Desde esa perspectiva, la entendemos como una *metodología jurídica y científica*, la cual ha sido hasta ahora un tanto reduccionista de los valores y principios que contienen las normas de derechos humanos.

Sin embargo, para nosotros la hermenéutica la entendemos a la luz del pensamiento filosófico de Hans-Georg Gadamer, desde una versión *antimetodológica*. Sin duda, este será el punto más importante y original del que parte la hermenéutica contemporánea que inicia con Gadamer, en cuanto a su formulación desde la experiencia de la comprensión e interpretación de los textos de cualquier naturaleza; paradigma interpretativo que tomamos como modelo epistemológico para el desarrollo de nuestra *teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*.

⁴³ Para un estudio introductorio de la hermenéutica en general, con énfasis en el existencialismo fenomenológico de Martín Heidegger y su *hermenéutica de la facticidad* en la etapa temprana de su pensamiento (primer Heidegger), hasta su obra *Ser y Tiempo*; y posteriormente, el despunte de la hermenéutica moderna en Hans-Georg Gadamer con su monumental obra *Verdad y Método*. Sin duda, esta última obra, es la más importante e influyente en los derroteros de la hermenéutica jurídica desde su nacimiento hasta la centuria que comienza. Véase GRONDIN, Jean, *Introducción a la hermenéutica filosófica*, op. cit.; GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, op. cit.; FERRARIS, Maurizio, *La hermenéutica*, trad. Lázaro Sanz, Cristiandad, Madrid, 2004; FERRARIS, Maurizio, *Historia de la hermenéutica*, 3ª reimp., trad. Armando Perea Cortés, Siglo XXI, México, 2010; Desde las coordenadas de la *hermética analógica* una revisión de la filosofía contemporánea que se encarga de la interpretación véase BEUCHOT, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

⁴⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional. Homenaje a Karl Loewenstein, Tomo I: Teoría general de la hermenéutica e interpretación constitucional*, 2ª ed, 1ª reimp., colaboración de Antonio Castagno, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 5.

La hermenéutica de Gadamer, desarrolla una nueva forma de conocer la experiencia humana en el mundo, ya no desde la metodología de la ciencia moderna, de los juridicismos que reducen el derecho a la ley.⁴⁵ *Ahora la hermenéutica controierte la “violencia” del método jurídico como asignación subjetiva de significados, producto del laboratorio de la ciencia, para dar lugar a una nueva interpretación de la realidad, desde el conocimiento de las ciencias humanas, entre las que se encuentra el derecho.*

En esa comprensión hermenéutica, se gesta la experiencia de verdad que proporciona la filosofía práctica de las ciencias del espíritu o ciencias humanas, como la ciencia jurídica. La hermenéutica se encuentra anclada en la tradición de la *historia efectual* (existencia humana en el mundo), que constituye la materia prima del conocimiento de las ciencias humanas, a la manera en que conocemos la obra de arte o la poesía, entre otros saberes intraducibles desde las ciencias duras; como las matemáticas o el proceso lógico-formal del derecho positivista sin contenido moral alguno, que reducen el conocimiento humano a exactitudes o experiencias físicas observables. Para nosotros, más que hermenéutica “antimetodológica”, la hermenéutica gadameriana es *hermenéutica antiaxiomatizante*.⁴⁶

Gadamer sostiene una hermenéutica que lejos de ser un “método” más de interpretación, será un *análisis filosófico que devele el razonamiento práctico del hermeneuta en la elección del método de interpretación de cualquier texto.*

En ese sentido para nosotros, *la hermenéutica jurídica no es un método de interpretación, sino una filosofía práctica y prudencial con pretensiones teóricas, por la cual el operador jurídico realiza un análisis del caso que devela el horizonte de comprensión, tanto de sus circunstancias fácticas como jurídicas, para la adecuada elección del método o métodos de interpretación de los textos legales, principalmente de las normas de derecho fundamental; con la finalidad de que la decisión jurídica cumpla con una exigencia de corrección tanto formal como material, así como la eficacia conjunta de los derechos que se presumen en colisión.*

2. HERMENÉUTICA COMO INTERPRETACIÓN INTENCIONAL

⁴⁵ Fundamental para apreciar el cambio de paradigma del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional. Véase VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, 3ª ed., Porrúa, México, 2013.

⁴⁶ Véase GADAMER, Hans-Georg, “Prólogo a la segunda edición” e “Introducción” en GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, trads. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, 12ª ed., Sígueme, Salamanca, 2007, pp. 9 y ss, 23 y ss. Siempre utilizaremos comillas para designar al sentido en el cual se le refiere a la hermenéutica como “método”, en virtud de que desde un inicio fue lo que pretendió evitar Gadamer; que la hermenéutica no cayera en los reduccionismos del método científico, que impuso la época de la ilustración, como conocimientos de las ciencias exactas o ciencias duras como las matemáticas, la física o la química. Esto es, el conocimiento teórico o especulativo que parte de una experiencia de carácter física, más no intelectual en el razonamiento humano, como cuando se conoce que algo es justo o injusto a través del razonamiento práctico en el derecho.

La hermenéutica jurídica se ha desarrollado en los últimos años, dentro de la impronta del *paradigma constitucional de juzgar con perspectiva de derechos humanos*, apoyado en la argumentación jurídica como teoría que proporciona los elementos para justificar las decisiones del poder público, principalmente en las sentencias judiciales.

Para lo cual, el proceso hermenéutico del operador jurídico, implica realizar una función compleja; en la interpretación jurídica se debe distinguir convenientemente entre la interpretación, la aplicación y la argumentación del derecho, como una práctica social viviente. Es decir, interpretación, aplicación y argumentación constituyen un proceso unitario de justificación de las decisiones jurídicas que atañen a los derechos fundamentales.

El intérprete se encuentra situado en un *horizonte de precomprensión* al momento de definir el sentido y el significado de una norma jurídica. El proceso interpretativo y argumentativo que realiza el operador jurídico, ya no es más un proceso lineal y monológico, que de manera mecánica reproduce las palabras inscritas en el texto de la ley.

En efecto, dicho proceso no constituye una secuencia de etapas aisladas. Bajo las coordenadas de la hermenéutica jurídica, entrañan un proceso unitario y complejo en el mismo acto de conocer, el *fenómeno jurídico del existente normativo de los derechos fundamentales*. El resultado interpretativo no es unívoco, pues tiene relación con el método, la teoría y la argumentación, en las cuales el hermeneuta se encuentra sustentado para justificar las decisiones en los casos, tanto fáciles como complejos; pues indistintamente el argumentador realiza un proceso de interpretación.

La hermenéutica constituye desde la propuesta de Hans-Georg Gadamer, una manifestación del *diálogo vivo entre el intérprete, el texto y el autor*. La crisis de sentido que experimentó el derecho a partir de su angostamiento epistemológico, se debió a que en el periodo de la Ilustración, se pretendió reducir el conocimiento del comportamiento humano a códigos, con la primacía del método científico sobre cualquier otra vía de acceso a la realidad jurídica. Ante tales retos, la hermenéutica jurídica, reclama una función creadora de derecho. La vinculación del “método” hermenéutico a las ciencias del espíritu resultaba tan oscuro, que precisaba de su explicitación en otros saberes de las ciencias humanas que escapan del método científico.⁴⁷

Para Gadamer, resultaba ineludible indagar sobre la necesidad de abordar la unidad del problema hermenéutico más allá de la dimensión de la teoría o de la ciencia, y analizar el fenómeno de la comprensión, del sentido más originario del conocimiento, aplicable para las ciencias del espíritu, como el derecho y la interpretación de sus normas: remontarse

⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg, “Hermenéutica (1969)” en *Verdad y Método II*, trad. Manuel Olasagasti, 7ª ed., Sigueme, Salamanca, 2006, p. 363-364.

más allá de la ampliación universal de la hermenéutica por Schleiermacher y de su fundamentación en la unidad del pensamiento y el lenguaje.⁴⁸

No puede ser más claro el pensamiento de Gadamer para *la hermenéutica jurídica como un ejemplo paradigmático de la interpretación en general*, en la cual incluye la interpretación y la aplicación como un proceso unitario. Es decir, *la adaptación de un texto normativo al caso particular*. Por lo cual, no basta con distinguir entre la fundamentación teórica de la interpretación y la faceta de su aplicación práctica. La hermenéutica como “arte” pertenece al ámbito de la *scientia practica*, la cual no significa la mera aplicación de la ciencia a la *praxis*, como tampoco supone que las leyes lógicas se asimilen a las normas del recto pensar desde una teoría abstracta o un código de moralidad.⁴⁹

Por ende, la hermenéutica no se reduce al método de la ciencia, pues su objetivo es renovar la interpretación específica del saber humano, en su camino decisivo para la *scientia practica*, cuyo carácter normativo no es de naturaleza teórica ni técnica. *Dicha distinción es fundamental para la hermenéutica jurídica, donde la búsqueda del juicio justo no es una mera subsunción del caso particular en algo general (las cláusulas de la ley), sino que la búsqueda de la decisión creativa, complementaria o perfeccionadora del derecho trasciende a las palabras inscritas en el texto legal.*⁵⁰

Para poder interpretar una norma jurídica de manera correcta, esta debe realizarse en el contexto del *horizonte hermenéutico de la pre-comprensión del intérprete*, que condiciona su propia interpretación, pues el intérprete solamente entiende un caso a partir de sus circunstancias particulares de modo, tiempo y lugar, así como sus valores y *prejuicios*. A partir de esta condición, se determina lo que puede ser considerado como un sentido unitario, y en cierto sentido, la aplicación de la anticipación de la perfección.⁵¹

La interpretación de las normas jurídicas, no se realizan en el vacío, sino que necesariamente, se efectúa desde un sentido de pertenencia a una tradición. Tanto el autor como el intérprete del texto, se sitúan a partir de un *comportamiento histórico-hermenéutico*. La acción de interpretar se realiza a través de un conjunto de *prejuicios fundamentales*, a la luz de los cuales se comprende el objeto interpretado. La interpretación está vinculada al asunto y en el cual se expresa la tradición y la conexiones existentes con lo transmitido a partir de esa *historia efectual*.⁵²

El proceso hermenéutico se encuentra vinculado a un ejercicio tanto de extrañeza como de familiaridad con la tradición histórica; el sentido verdaderamente hermenéutico, consiste en la atención puesta en algo di-

⁴⁸ *Ibidem*, p. 364.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 365.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 364.

⁵² *Ibidem*, pp. 364-365.

cho: el lenguaje en el que nos habla la tradición, la leyenda que leemos en ella. La tensión entre extrañeza y familiaridad, es lo que ocupa a la tradición. El punto medio entre la objetividad de la distancia histórica y la pertenencia a una tradición, constituye *el verdadero topos de la hermenéutica*.⁵³

Gadamer propone que la hermenéutica busca el verdadero sentido de la interpretación, va encaminado a develar que no podemos interpretar fuera de nuestras experiencias personales, profesionales, sociales o familiares, y como tales, constituyen nuestro *horizonte hermenéutico*. Así el operador jurídico comprende el contexto en el que se interpretan las normas jurídicas, sin que podamos interpretar de forma aislada las situaciones históricas, en los que se expresan los problemas de las sociedades plurales de nuestros días.

Bajo los parámetros antes esbozados, el trabajo que emprendemos es sin duda, un tema complejo. Refleja muchos de los inconvenientes a los que se enfrenta la filosofía del derecho, cuando se introducen cuestiones que no son del conocimiento común de la academia “dura” del derecho, por así decir de las materias clásicas como el derecho civil o el derecho constitucional, desde la esfera netamente positiva y científica.

En ese sentido, conviene hacer diversas aclaraciones cuando hablamos del término *hermenéutica*, para referirnos a una diversidad de significados. Cuando aludimos a la función del operador jurídico de interpretar las normas jurídicas y su aspecto práctico en la compleja labor de buscar soluciones a los problemas de la vida cotidiana a las que se enfrenta el jurista, nos referimos principalmente a la interpretación de las disposiciones que contienen derechos fundamentales, como *concreción de los bienes humanos*⁵⁴ que protegen dichas normas. Dicha cuestión será el tema fundamental del trabajo que nos ocupa, pues a la vez refleja una problemática del juzgador en el día a día del trabajo jurisdiccional, también constitu-

⁵³ *Ibidem*, p. 365.

⁵⁴ La tesis que vamos a sostener no insiste en un iusnaturalismo racionalista, “fiscista”, “fiscalista” o “esencialista”. Por lo cual, el concepto de *bienes humanos básicos*, como realidades indisponibles y verificables por la mera experiencia humana, resulta fundamental para la hermenéutica jurídica; y conecta de manera esencial con el concepto de *intencionalidad y singularidad del acto moral* al que nos vamos a referir en el presente estudio. Véase FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. y estudio preliminar Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 131. Sin embargo, preferiremos llamarle derecho natural “fiscalista” o “fiscista” que “esencialista”, para referirnos al derecho natural que realiza una *incorrecta o falseada interpretación y aplicación de la ley natural*. Pues si empleamos el término “esencialista”, se puede prestar a confusiones, llegando a pensar que nuestra propuesta es *antimetafísica* o *relativista*. Sin embargo, hay autores como Martin Rhonheimer que explícitamente le denomina la *crítica de la concepción esencialista de la “lex naturalis”*, como la irreductibilidad del orden moral al orden de la naturaleza o la imposibilidad de la deducción de lo “moralmente bueno” desde la “esencia” Véase RHONHEIMER, Martín, *Ley natural y razón práctica, Una visión tomista de la autonomía moral*, trad. María Yolanda Espiña Campos, Eunsa, Pamplona, 2000, pp. 44-52.

ye un tema de relevancia para la determinación de paradigmas que nos permitan distinguir entre una decisión correcta de la incorrecta.

La hermenéutica jurídica tiene dos connotaciones principales: *hermenéutica metodológica* y *hermenéutica filosófica*.

1) *Hermenéutica metodológica*. La primera, se puede entender como el arte, la técnica o el método a través del cual se interpretan los textos legales. De igual forma, cuando se realiza un análisis del significado ya interpretado; y por ende, como producto de esa actividad de interpretación. En ese sentido, se le denomina comúnmente como *hermenéutica metodológica*, pues establece una serie de preceptivas o reglas bajo las cuales se considera que una interpretación es correcta, desde el punto de vista de la lógica formal.

2) *Hermenéutica filosófica*. Por otra parte, cuando se alude al pensamiento de autores como Hans-Georg Gadamer y Paul Ricoeur, que han desarrollado una *filosofía universal de la interpretación* y de las ciencias del espíritu que ponen el acento en la naturaleza histórica y lingüística de nuestra experiencia en el mundo; pero sin quedarse en el mero cumplimiento de reglas metodológicas, que condicionan la interpretación del fenómeno jurídico.

Si bien la hermenéutica jurídica desde un aspecto epistemológico, refiere a una serie de reglas, metodologías y procedimientos, la hermenéutica no se queda en el aspecto metodológico, porque trasciende de la mera interpretación del derecho a la luz de normas, criterios y directivas que regulan esa misma interpretación.

La hermenéutica filosófica, más que encontrar normas que regulan la aplicación de normas, buscará develar las condiciones de posibilidad en las cuales se actualiza el fenómeno de la comprensión en la concreción del derecho; y de manera especial, en las normas de contenido material y sustancial que constituyen los derechos fundamentales.

La hermenéutica filosófica tiene de forma esencial, *pretensiones ontológicas*, pues la realidad humana es una realidad interpretada que trasciende a los contextos de la sola descripción del conocimiento jurídico. A partir de la hermenéutica jurídica, como en ninguna otra teoría jurídica con pretensiones filosóficas, se ejecuta una función compleja de interpretación y aplicación de las normas. No sólo se interpretan los hechos y las realidades sociales para explicar *cómo es*, sino que también adquiere una proyección normativa para las personas y para los poderes del Estado, cuando se traduce el contenido de un derecho humano. Podemos decir que la hermenéutica busca *interpretar normas para dirigir conductas humanas, sin quedarse en el discurso descriptivo*.

De igual forma cuando un tribunal constitucional interpreta las normas del código penal que sanciona con pena de prisión el delito de aborto a la luz del derecho humano de la vida, también está interpretando lo que significa el bien humano de la existencia de la persona, la vida humana en sí misma considerada y no solamente describe lo que dice una disposición constitucional o una ley ordinaria que regula ese derecho.

Pro-abortistas o anti-abortistas, se encuentran inmersos en la radical experiencia de verdad, que se inscribe en el razonamiento jurídico y la argumentación de las decisiones judiciales, que emiten los tribunales constitucionales o las cortes internacionales de derechos humanos. Las dos posturas aceptarán sin mayor conflicto que el aborto en sí mismo es una tragedia. Lo que separa a ambas posiciones morales, es el alcance de un derecho, como lo es la libertad de la madre, y su delimitación proporcional sin dañar el derecho de terceros, en este caso el derecho del no nacido (*nasciturus*); sin soslayar que hay argumentos encaminados a negar que se trate de una persona.

El derecho posmoderno no es neutral, pues los principios de derecho fundamental que contienen las constituciones, son normas que interpelan al jurista a realizar una interpretación y por ende una valoración de esos contenidos normativos, con una pretensión directiva que condiciona la decisión. En el fondo, la hermenéutica se traduce en una *interpretación intencional*, pues el razonamiento que realiza el operador jurídico, toma una posición que lo compromete a sostener determinados valores al momento argumentar para justificar las decisiones jurídicas en un sentido determinado.

La intencionalidad del operador jurídico, se hace constar en la pregunta si existe o no el derecho al aborto. Cuando se toman decisiones en materia de derechos fundamentales como el aborto, si bien sus argumentos están en la esfera de lo razonable y no de la exactitud, las situaciones que *acaecen* con dichas decisiones son radicales; lo que nos coloca en la impostergable posición de determinar la justicia o injusticia de su despenalización, a la luz del derecho a la vida del *nasciturus*, o de la libertad de decisión de la madre para abortar.

El problema del aborto, como de otros temas complejos (eutanasia, matrimonio entre personas del mismo sexo y su pretensión de adoptar, fertilización *in vitro*, alquiler de útero, etc.) implican decidir sobre el alcance y contenido de los derechos fundamentales, y sobre todo sobre los bienes humanos que protegen; los cuales son una muestra clara que no se puede negar la existencia de una vinculación necesaria en entre la moral y el derecho. La responsabilidad que con esas decisiones se tomen, será lo que nos determine como sociedad y como civilización, dependiendo de cada país, de cada región; nos definirá en un futuro no muy lejano como los artífices de nuestro destino y sobre lo que le hemos hecho a la humanidad, lo que le heredamos a nuestros hijos.

Para justificar dichas determinaciones, es necesario partir de los bienes humanos que están en conflicto y su reconocimiento positivo en las normas de derecho fundamental que protegen derechos y libertades públicas de las personas en lo individual, como en lo social o colectivo. El operador jurídico parte de esas verdades, a la luz de una argumentación justificatoria de las decisiones jurídicas, mismas que se traducen en razones para la acción; para la tomar la decisión en un sentido determinado, de lo cual se advierte su intencionalidad.

Si se insiste que el derecho se reduce a conflictos entre normas desde un aspecto lógico-formal y que los mismos se resuelven sólo con fórmulas algorítmicas o con meras precisiones conceptuales o lingüísticas de las proposiciones normativas que contienen derechos, el debate actual de la cuestión, en muchas ocasiones, seguirá siendo un diálogo de sordos.

3. HERMENÉUTICA FILOSÓFICA Y FILOSOFÍA ANALÍTICA

La hermenéutica ya no sólo postula la necesaria creación del derecho, en la función interpretativa en las decisiones jurisdiccionales, sino en la responsabilidad ética y moral de los operadores jurídicos que realizan dicha función, así como en la ineludible transformación y evolución de los derechos humanos cuando se interpretan las normas iusfundamentales.

Por consiguiente, el pensamiento de los filósofos hermenéuticos, como los ya mencionados, Gadamer y Ricoeur –y en muchos aspectos Habermas-, han puesto su sello en buena parte de los grandes debates que han tenido lugar desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días. Estructuralismo, crítica de las ideologías, deconstrucción, posmodernismo, todas ellas forman parte de lo que en la actualidad se conoce como el *pensamiento hermenéutico contemporáneo*, o bien *hermenéutica filosófica*.⁵⁵

Manuel Atienza señala con buena perspectiva crítica, lo que hoy en día se está discutiendo en la teoría de la interpretación jurídica. La dicotomía entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, está llegando a su fin, cuando muchas de las veces sus postulados han sido erosionados muy seriamente, así como la cada vez más recurrente actitud de los doctrinarios, al pretender evitar esas antiguas denominaciones. Por lo cual el iusnaturalismo ha sido asimilado por la *hermenéutica filosófica*, y por el otro lado, el positivismo jurídico por la *filosofía analítica*.⁵⁶

Las diferencias entre filósofos analíticos y hermenéuticos comparten temas comunes, mantienen a la vez un debate en el que podemos encontrar comparaciones que arrojan luz sobre ambas escuelas, en especial sobre la hermenéutica. Las características comparativas son las siguientes:

a) *Lenguaje*. La filosofía analítica se refiere al lenguaje jurídico; mientras que la filosofía hermenéutica privilegia el discurso, esto es, entender el lenguaje en cuanto tejido de un mundo y de una vida común;

b) *Norma*. El filósofo analítico tiende a considerar que los elementos jurídicos últimos, las unidades del derecho, son los enunciados normativos y las proposiciones normativas; para el filósofo hermenéutico, la unidad lingüística es el discurso, la norma es vista como argumento que proporciona razones para la acción;

⁵⁵ GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, op. cit., pp. 15-20.

⁵⁶ ATIENZA, Manuel “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho” en LIFANTE VIDAL, Isabel, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, op. cit., pp. 67-68.

c) *Interpretación*. El filósofo analítico entiende la interpretación como atribución de significado; el filósofo hermenéutico considera al derecho en su conjunto como una práctica social interpretativa y normativa;

d) *Ciencia jurídica*. El filósofo analítico separa la ciencia jurídica y el derecho; el filósofo hermenéutico une la ciencia con el derecho, el discurso de la ciencia del derecho es una aplicación del discurso jurídico.⁵⁷

Sin embargo, es necesario aclarar que tanto la hermenéutica filosófica, como la filosofía analítica, forman parte de lo que se puede llamar el *giro lingüístico* de la época contemporánea. No obstante a lo anterior, la hermenéutica filosófica nace principalmente, como una reacción en contra de la metodología de la ciencia, que reduce el conocimiento del comportamiento humano a reglas.

La filosofía analítica insistirá en que la interpretación, para producir un conocimiento “correcto” del derecho, debe respetar las reglas y los procesos del conocimiento lógico-formal con el que opera. La teoría del discurso afirmará con Habermas y Alexy, que las reglas argumentativas aseguran que la respuesta que se deduce de ese procedimiento, sea la correcta: si el procedimiento es correcto, la acción comunicativa del lenguaje del derecho, a través del consenso intersubjetivo, traducirá la pretensión de validez en la decisión judicial como una decisión justificada, con base en dicho procedimiento.⁵⁸

Dentro de la filosofía analítica de los últimos tiempos, destaca la propuesta no-positivista de Robert Alexy. Sin embargo en su vertiente más “ortodoxa”, la filosofía analítica contemporánea como la de Riccardo Guastini, restaura al positivismo jurídico como el encumbramiento del giro lingüístico de la filosofía del derecho; el cual condensa ciertos principios tendientes a renovarlo y poner al día, ante la impronta normativa de los derechos fundamentales.

En palabras de Carlos I. Massini, la compleja relación entre la filosofía analítica y la hermenéutica filosófica, genera un doble dilema:

A) *Abandono de la filosofía práctica por la filosofía analítica*. La negación de la filosofía práctica y el abandono de toda consideración filosófica de los contenidos de la normatividad humana, recluyó la especulación filosófica a los marcos estrechos de la *metaética*; el estudio lógico del lenguaje de las ciencias particulares, incluida en estas la ciencia jurídica.⁵⁹

La filosofía jurídica se convirtió en un mero ejercicio académico, reiterativo y tedioso, totalmente carente de interés para el común de las personas. Pero además, el evidente reduccionismo de la propuesta del positi-

⁵⁷ VIOLA, Francesco, “La crítica dell’ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto”, en JORI, Mario, *Ermeneutica e filosofia analitica*, Giappichelli, Turín, 1994.

⁵⁸ Véase ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., 3ª reimp., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 110-142 y 205-213.

⁵⁹ MASSINI CORREAS, Carlos I., “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica” en *Persona y Derecho*, núm. 56, 2007, p. 241.

vismo analítico condujo a una explicación no sólo insuficiente sino inexacta de la realidad del derecho, en cuanto tal, incapaz de servir de modelo o paradigma para la actividad jurídica.⁶⁰

B) *La hermenéutica iusfilosófica y su insuficiencia ontológica*. Ante las insuficiencias de los planteos del positivismo analítico, recurrieron como instrumento nocional y metodológico a las ideas centrales de la hermenéutica filosófica, en especial en su versión gadameriana. Este recurso condujo a una revaloración de la vida jurídica concreta por sobre los sistemas normativos, a la percepción del conocimiento jurídico como principalmente *comprensivo-interpretativo* más que *científico-explicativo* y a la inclusión de dimensiones valorativas de contenido en las elaboraciones de la filosofía del derecho.⁶¹

Massini centra su análisis en la crítica a la hermenéutica de Gadamer, pues a su juicio, no llega a realizar una justificación racional satisfactoria de la *existencia de un núcleo de indisponibilidad en el derecho*, además de conducir, a la *equivocidad en la interpretación de las normas jurídicas* desde su concepción hermenéutica, llevando a resultados insatisfactorios o confusos para el reconocimiento de los límites del derecho positivo.⁶²

En ese contexto, Massini refiere a que la nueva dialéctica entre *positivismo analítico y la hermenéutica filosófico-jurídica*, representa un “doble callejón sin salida”, para retomar el camino de la milenaria tradición de la filosofía práctica, asumiendo sus doctrinas fundamentales, desarrollando sus tesis centrales y renovando sus formas de presentación y su lenguaje.⁶³

La filosofía práctica de matriz aristotélica, supone una revaloración de la doctrina de la justicia, la recuperación de la idea de razón práctica en sus diferentes planos, en especial el que corresponde a la *frónesis* (prudencia) y la posterior aplicación de estas y otras doctrinas a los problemas específicos de la filosofía del derecho: el del *concepto analógico de derecho*, el de las dimensiones y funciones de la justicia y de la interpretación jurídica, ante la compleja tarea de superar las numerosas aporías y perplejidades que la modernidad y la contemporaneidad jurídicas han planteado y plantean a la permanente tarea de la filosofía del derecho.⁶⁴

Para nuestra propuesta, la hermenéutica de los derechos fundamentales busca dar respuestas razonables ante el abandono, por parte de la filosofía analítica de la filosofía práctica, desde una proyección sustancial; así como de la insuficiencia ontológica por parte de la hermenéutica iusfilosófica cuando asume una *visión nihilista* del fenómeno interpretativo y el consecuente escepticismo ético al que hace referencia Massini.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 241-242.

⁶² *Ibidem*, p. 242.

⁶³ *Ibidem*, pp. 242-243.

⁶⁴ *Idem*.

En un artículo fundamental para la hermenéutica, Massini confirma la existencia de diversas corrientes *antifundacionalistas*, que proclaman la imposibilidad radical de justificar proposiciones primeras, tales como los principios, tanto especulativos como prácticos, que sirvan de soporte racional a valoraciones, normas o imperativos.⁶⁵

En este sentido, ha señalado Gianni Vattimo que “hay que tomar en consideración el significado nihilista de la disolución de la metafísica en todo su alcance. Ello puede darse de diferentes maneras. El pensamiento que se percata de la insuperable falta de fundamentación que marca últimamente al derecho, haciendo inútil justificarlo como “justo”, puede decidir que su tarea es la de desvelar esta situación, desenmascarando la impostura de cualquier pretensión fundamentadora”⁶⁶; esto se aplica en especial a cualquier fundamentación que se pretenda objetiva, universal y completa. Por lo cual, el positivismo contemporáneo no tendrá mayor empacho en confirmar la propuesta del *nihilismo posmoderno*.

Las explicaciones escépticas del derecho no logran establecer criterios lo suficientemente fuertes para articular adecuadamente la racionalidad de las decisiones constitucionales. A pesar del grado de sofisticación de las teorías del derecho de corte analítico, siempre incurren en una surte de “callejón sin salida”, ante la paradójica constatación de tratarse de teorías que se muestran como *normativas* de la función judicial, pero incapaces de afianzar dicha normatividad en algún parámetro distinto al de la sola capacidad argumentativa de los jueces surgida al amparo de un ejercicio discrecional en los casos complejos.⁶⁷

La superación del punto de vista escéptico va de la mano de una apertura racional a la realidad jurídica, sin que presuponga asumir la tesis de la única respuesta correcta, al estilo de Dworkin. El punto de vista de la teoría de la razón práctica sobre la función judicial juega un papel preponderante, entre otras cosas, en que en algunos casos existe una sola respuesta correcta, mientras que en otros existe una legítima articulación de (varias) “buenas respuestas” (y no sólo una) a los casos concretos.⁶⁸

El núcleo indisponible de los derechos fundamentales desde la herme-

⁶⁵ MASSINI CORREAS, Carlos I. “Iusnaturalismo Hermenéutico y Derechos Humanos” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Hermenéutica jurídica y derechos humanos*, en prensa.

⁶⁶ VATTIMO, Gianni, “Hacer justicia del derecho”, en *Nihilismo y emancipación. Ética, política, derecho*, trad. C. Revilla, Paidós, Barcelona, 2004, p. 161; VATTIMO, Gianni, *Después de la cristiandad. Por un cristianismo no religioso*, trad. C. Revilla, Paidós, Buenos Aires, 2004, pp. 131 ss.

⁶⁷ MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 53-54. Para abundar en este aspecto Véase OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 471-473.

⁶⁸ MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, op. cit., p. 54.

néutica, no busca insistir en los puntos de conflicto del positivismo jurídico y el derecho natural. La confusión del escepticismo ético, así como del *equivocismo* que plantea cierto relativismo moral en algunas filosofías hermenéuticas, será contrastada con el método analógico. La hermenéutica analógica podrá advertir que el derecho es esencialmente una relación compleja y no un camino unidimensional por el que transitan respuestas unívocas del comportamiento humano.

Por ello, la hermenéutica filosófica, adoptará una forma de *filosofía universal de la interpretación*. Su idea fundamental es que la comprensión y la interpretación no se limitan a formular solamente métodos que se encuentran en las ciencias humanas, sino procesos fundamentales que hallamos *en el corazón de la vida misma*. La interpretación se muestra entonces cada vez más como una característica esencial de *nuestra presencia en el mundo*; esa ampliación del sentido de la interpretación, es responsable del avance que ha conseguido la hermenéutica en el siglo xx.⁶⁹

Para Atienza el iusnaturalista, se siente hoy más cómodamente amparado bajo el rótulo de “filósofo hermenéutico” (Andrés Ollero), y no pocos analíticos, tendrían serias dudas sobre si realmente son positivistas jurídicos (Carlos S. Nino): la razón más importante en la discusión teórica entre hermenéuticos y analíticos, es que la interpretación parece ser una *actividad central del práctico del derecho*, principalmente del juez, cuyo gran interés ha despertado en el corazón de la teoría del derecho de nuestros días la ineludible tarea hermenéutica.⁷⁰

La interpretación jurídica es el tema que más controversia ha suscitado en el mundo del derecho contemporáneo, y sobre todo, en la interpretación de las normas de derecho constitucional, como son los derechos fundamentales. En palabras de Francisco Rubio Llorente, *la interpretación es el núcleo central de la teoría de la Constitución*; en la medida en que el Estado contemporáneo es precisamente Estado constitucional, el problema de la interpretación es también problema central de la teoría del Estado e incluso de la teoría del derecho en general.⁷¹

En ese contexto, podemos afirmar que *el tema principal del derecho contemporáneo, es el de la interpretación constitucional*, al unir en un solo vértice, materias como el derecho constitucional, el derecho procesal constitucional y la filosofía del derecho, desde sus diferentes perspectivas, pues todas ellas tienen en común el objeto de conocimiento: los derechos fundamentales. La revolución que ha traído la argumentación jurídica, resaltarán la importancia que tiene la interpretación jurídica, al momento de aplicar las normas de derecho fundamental, sobre todo cuando se concre-

⁶⁹ GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, op. cit., pp. 18-19.

⁷⁰ ATIENZA, Manuel “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho” en LIFANTE VIDAL, Isabel, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, op. cit., p. 68.

⁷¹ RUBIO LLORENTE, Francisco, *Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 573.

tan sus contenidos normativos: en suma, el derecho de nuestros días se encuentra inmerso en una *hermenéutica constitucional*.

El neoconstitucionalismo, el garantismo y todos los debates que se han gestado entre las propuestas del constitucionalismo contemporáneo, reincluyen en la vieja dicotomía iusnaturalismo y positivismo; ignorando por completo que los fundamentos filosóficos que sostienen dichas doctrinas en la actualidad, se originaron desde *la hermenéutica filosófica y la filosofía analítica*. Es decir, mucho se habla de dichas doctrinas en cuanto a su relación conceptual, necesaria o no con la moral, sin advertir que dichas propuestas teóricas solamente han visto un aspecto del derecho que nació tras la segunda guerra mundial: la filosofía analítica.

La ética discursiva en la que Robert Alexy sustenta su filosofía del derecho con apoyo en Habermas, el garantismo de Luigi Ferrajoli que reincide en el positivismo metodológico así como cualquier otra variable de la doctrina jurídica contemporánea, *han relegado a la hermenéutica filosófica, y se han centrado por entero en la filosofía analítica*.⁷² El giro lingüístico, solo se ha ocupado de la función procedimental del discurso jurídico, dejando a un segundo plano el aspecto sustancial del que se nutren los argumentos formales, para hacer una *concreción efectiva* de los derechos fundamentales.

Se podría afirmar válidamente, sin caer en reduccionismos, que al final del día no importa tanto la distinción entre neoconstitucionalistas y positivistas metodológicos, cuando todas las propuestas teóricas reinciden en cierto *formalismo ético*: según dicha doctrina ética, el derecho es esencialmente consensual, y los derechos si bien implican un contenido moral, ese contenido solo puede ser construido por los operadores jurídicos a través de reglas del lenguaje normativo del derecho, que se van formulando en el discurso jurídico intersubjetivo o bien a discreción del juzgador. Esto es, el derecho es una construcción conceptual y lingüística de las normas que el jurista interpreta, crea o aplica.⁷³

⁷² En este aspecto resulta muy ejemplificativa la “actitud” de rechazo de la filosofía analítica hacia el “problema” que plantea la hermenéutica, cuando Francesco D’Agostino explica la absurda opción de Giovanni Tarello de no sólo no informar a su lector sobre la existencia de la doctrina de Gadamer sobre la interpretación; más aún, omite señalar la existencia de la vastísima bibliografía que contiene una obra específica sobre ese tema “L’Interpretazione della legge” Véase D’AGOSTINO, Francesco, *Filosofía del derecho*, Temis – Universidad de la Sabana, Bogotá, 2007, pp. 148-149.

⁷³ HABERMAS, Jürgen, *La ética discursiva y la cuestión de la verdad*, trad. Ramón Vilà Vernis, introducción Patrick Savidan, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 29-30. Habermas, al referirse a la ética discursiva, en la cual los participantes de ese discurso jurídico se deben de ceñir, deja en claro el formalismo ético que produce, cuando de manera consensual dichos participantes crean reglas para la práctica argumentativa; éstos se obligan a cumplirlas, para que a su vez dichas reglas puedan regir la conducta de todos, y por ende “a dejarse influir y motivar ellos mismos en sus respuestas de “sí” o “no” por estas razones, y sólo por éstas.” La crítica al formalismo ético, la ineludible confrontación de la razón práctica y el consenso intersubjetivo en el derecho ya lo hemos tratado en otro lugar. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucional-

La hermenéutica jurídica postula que el derecho, no sólo se puede conocer a través del método. En el contexto de reconocimiento de las normas adscriptas a los derechos fundamentales, también hay una función de descubrimiento. La razón práctica que se actualiza en el discurso jurídico, atiende más a un conocimiento de experiencia directa hacia los bienes humanos básicos, y no tanto como una metodología cerrada en sus propias reglas: las reglas del discurso jurídico centradas en el *constructivismo ético*, del que es deudora la teoría jurídica contemporánea, neoconstitucionalistas o no positivista, y en cierto sentido, el actual positivismo metodológico o el garantismo.

Por lo cual, la filosofía analítica insistirá, sin importar si se trata de neoconstitucionalismos, garantismos o en general, positivismos metodológicos, que *el método es la garantía absoluta para conocer las respuestas del derecho*, en lo particular en cuanto a la interpretación de las normas de derecho fundamental. La hermenéutica viene a reavivar la ya olvidada controversia entre la *universalidad de la hermenéutica* y la *metodología jurídica de la modernidad*, que tanta discusión generó entre los grandes filósofos posmodernos, auténticos herederos de la tradición filosófica de occidente: Ludwig Wittgenstein, Martin Heidegger, Jürgen Habermas y Hans-Georg Gadamer.

Ese diálogo en el que se buscaba la *koiné del pensamiento occidental*, el lenguaje común de la civilización que le dio origen al sistema jurídico europeo, quedó interrumpido con la Segunda Guerra Mundial; por lo cual, le compete a la hermenéutica en plena lógica, dar continuación a ese diálogo, al erigirse como una filosofía práctica que controvierte el imperio de la ciencia y de la técnica, que instrumentaliza todos los saberes humanos, para precisamente volverlos más humanos.

4. LA CIENCIA DEL DERECHO “NO PIENSA”

Es necesario poner un especial énfasis, en el gran aporte que realizó Martin Heidegger al pensamiento de la humanidad; el cual no tienen precedentes, desde que Aristóteles cimentó las bases de la filosofía occidental. No por nada se merece, junto con Wittgenstein, que se le nombre a cada uno a su manera y dependiendo de la tradición filosófica anglosajona o continental europea, como *el filósofo del siglo XX*.

A Wittgenstein le debemos un originalísimo y revolucionario *giro analítico* de la filosofía que implica entre otras cosas, el paso del análisis del

lismo procedimental o sustancial? en FLORES SALDAÑA, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 255 y ss y 355 y ss. Lo anterior sin soslayar las grandes aportaciones que Robert Alexy ha hecho para la filosofía del derecho, con el apoyo de la ética discursiva de Habermas, desde visiones más sustanciales que procedimentales.

lenguaje científico al del lenguaje ordinario. A Martin Heidegger le debemos, un originalísimo y revolucionario *giro hermenéutico*, cuya vigencia en la filosofía europea, durante el último medio siglo y en el ámbito estadounidense en las últimas décadas, ha dado lugar a un nuevo “modelo no-cartesiano” de hacer filosofía. Si entendemos que la manera “cartesiana” de filosofar entraña el riesgo de derivar hacia un imperialismo de la ciencia y de la técnica, el pensar de Heidegger se opone de manera férrea a ese imperialismo⁷⁴ y al que Gadamer tomará como paradigma fundante de su hermenéutica: la *hermenéutica de la facticidad como ontología primaria*.

Heidegger viene a formar parte de ese selecto grupo de filósofos que replantearon el pensamiento filosófico en el mundo occidental: Platón, Aristóteles, Descartes, Kant y Hegel, son los más grandes filósofos que influyeron -cada uno a su estilo- en la revolución del pensamiento de su época y le imprimieron una forma original a su filosofía.

Heidegger es el primero que, en casi toda la historia de la civilización occidental, se plantea *la pregunta por el ser*, de forma similar como la planteo Aristóteles. Heidegger viene a cuestionar a la filosofía de la modernidad, *por el olvido del ser*, principalmente con el inicio de la teoría del conocimiento con Descartes que se fijaba en el mundo de los entes, de lo cósmico; concebía el conocimiento a través de la dictadura de la conciencia, desde una relación lineal y monológica entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido. Ese es el elemento fundamental de la filosofía heideggeriana y que posteriormente retomará Gadamer.

Hans-Georg Gadamer como discípulo de Heidegger, inaugura la hermenéutica moderna con su obra monumental *Verdad y Método*, partiendo del imprescindible papel del *horizonte de comprensión* de los problemas que constituyen la vida humana. Gadamer es según Jürgen Habermas, un *urbanizador de la provincia hermenéutica heideggeriana*⁷⁵, al tender los puentes que salvaron las distancias entre su filosofía encriptada y su aplicación práctica; muy propia de la interpretación y del lenguaje filosófico abstracto y complejo con el que escribía Heidegger, pretendiendo renombrar los conceptos del vocabulario filosófico, para contrarrestarlos con el pensamiento metafísico de la escolástica medieval: en ese sentido, la hermenéutica se sitúa en un pensamiento *posmetafísico*.⁷⁶

⁷⁴ GARRIDO, Manuel “Nota bio-bibliográfica” en HEIDEGGER, Martin, *Tiempo y ser*, *op. cit.* pp. 139-140.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen, *Perfiles filosófico-políticos*, *op. cit.*, p. 346 y ss.

⁷⁶ No podemos detenernos en este punto tan importante de la filosofía posmoderna, pues excedería por mucho el presente estudio. Solamente podríamos decir que la era de la posmetafísica no necesariamente conlleva abandonar el conocimiento de la metafísica, sino interpretarla a la luz del giro interpretativo de la hermenéutica. Sobre todo en lo señalado con la falacia naturalista en la que incurrieron algunas posturas de la escolástica tardía, que entendían de una manera incorrecta el conocimiento de las verdades que se deducen del razonamiento práctico Véase *Infra* “El *iusnaturalismo hermenéutico* de John Finnis”. Además del enfoque posmetafísico de John Finnis y su *neoiusnaturalismo* complementado con la hermenéutica de Gadamer que proponemos en este trabajo, citamos

La frase de Heidegger “la ciencia no piensa”⁷⁷, pone de manifiesto las contradicciones que se presentan en la época de la técnica moderna y la tiranía del método científico. La ciencia moderna se ha limitado a describir regularidades físicas o pragmáticas y exactitudes matemáticas. La ciencia ha dejado de reflexionar en la dimensión de la filosofía, porque cuando la ciencia se aproxima a determinada realidad para adquirir conocimientos y ordenarlos sistemáticamente, no advierte que también está haciendo filosofía desde cierta perspectiva práctica. Es decir, la ciencia postula una aproximación teórica para la solución de los problemas que surgen de la experiencia, pero sin dejar de apreciar un conocimiento profundo de dichas verdades, que se derivan del razonamiento práctico en la acción humana y su repercusión en la filosófica jurídica.

Si bien la ciencia se encarga de un cierto aspecto de la realidad a través del método, desde un enfoque directo o próximo en el conocimiento empírico; ese método implica necesariamente un quehacer filosófico, porque despliega una interpretación del objeto conocido a través del método. Ese conocimiento, se gesta desde leyes que atienden a la experiencia física y observación empírica, pero no por ello deberían excluir el pensar filosófico y la reflexión, para complementar los ámbitos a los que la ciencia no puede llegar.

Reducir toda la realidad jurídica al método, es negar que la ciencia pueda pensar, pues *para negar la implicancia de la filosofía en la ciencia, es necesario hacer filosofía*.⁷⁸ Lo cual nos permite inferir que en el derecho puede aplicar la frase “la ciencia del derecho no piensa” si nos remitimos a las respuestas unívocas que el método jurídico nos ha proporcionado desde su invención en la etapa ilustrada, con desmedro de los saberes humanos como la ética, la moral o la misma filosofía aplicada al derecho.

En términos más simples, *la hermenéutica jurídica representa el replanteamiento de las concepciones que el derecho moderno ha forjado desde sus postulados metodológicos y epistemológicos, principalmente a través del positivismo jurídico; pues la dictadura del método ha terminado, desde el momento en que la humanidad quedó convencida con las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, que la ley no es todo el derecho, y que su inter-*

dos obras que se encuentran en ese mismo contexto, una desde el pensamiento de Bernard Lonergan que postula una “metametodología”, y otra, desde el pensamiento de Jürgen Habermas que propone una fundamentación *teórico-discursiva* de la filosofía del derecho: GALÁN VÉLEZ, Francisco Vicente, *Una metafísica para tiempos posmetafísicos. La propuesta de Bernard Lonergan de una metametodología*, Universidad Iberoamericana, México, 2015; CASTILLEJOS RODRÍGUEZ, Francisco Javier, *La ratio iuris en la era de la postmetafísica. Jürgen Habermas y la nueva fundamentación teórico-discursiva de la filosofía del derecho*, Universidad Autónoma Metropolitana – Tirant Humanidades, México, 2014.

⁷⁷ La frase de Heidegger “la ciencia no piensa” se deduce a partir de su obra HEIDEGGER, Martin, *¿Qué significa pensar?*, trad. Raúl Gabás Pallas, Trotta, Madrid, 2005.

⁷⁸ BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2013, p. IX.

pretación, aplicación y concreción práctica es un proceso dialógico que escapa del conocimiento científico de forma excluyente o privativa.

Todo el derecho no se encuentra en la ley, pues si bien es la máxima expresión de juridicidad normativa del poder público, la conducta humana es tan compleja que no puede quedar reducida o petrificada en los axiomas de la norma positiva.

La frase del Gustav Radbruch “la injusticia extrema no es derecho”⁷⁹, inaugura la hermenéutica jurídica, pues implícitamente dicha expresión, introduce una *distinción entre la ley y el derecho*. Sin embargo, para hacer esa distinción, la ciencia jurídica se queda corta, pues no puede aproximarse al contenido de valor que implica el análisis filosófico de la justicia, cuando la ley vulnera el umbral de lo que es justo. El operador jurídico requiere del pensamiento filosófico para proporcionar respuestas razonables ante el desbordamiento de la ley y la insuficiencia del sistema jurídico desde una versión fuerte e inflexible.

La hermenéutica jurídica propondrá revisar las bases sobre las cuales partió Robert Alexy para construir su *Teoría de la argumentación jurídica* o su *Teoría de los derechos fundamentales*, desde una perspectiva no positivista; o bien, desde un planteamiento positivista, con el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, en su *Derecho y razón, Principia iuris* o en obras posteriores.

Dichas teorías contemporáneas del derecho, si bien constituyen una versión renovada y flexible del derecho racionalista moderno -sobre todo el positivismo metodológico e incluyente⁸⁰-, incurre en fuertes contradicciones entre el discurso descriptivo y el crítico: la neutralidad del derecho está en duda, y por consiguiente la manera en la que debe ser interpretado y aplicado, sobre todo cuando se trata de normas de derecho fundamental.

Regresar a las bases de los *postulados analíticos* del constitucionalismo, no es echar por la borda todos los avances que se han logrado en el campo del derecho posmoderno, como en la teoría de los derechos fundamentales de las distintas corrientes contemporáneas, así como en la revi-

⁷⁹ Véase RADBRUCH, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, en *Relativismo y Derecho*, 1ª reimp., trad. Luis Villar Borda, Temis, Bogotá, 1999, pp. 35 y ss.

⁸⁰ Inspirado en las ideas de Hart, en su *Postscript a The Concept of Law*, el positivismo incluyente (*soft positivism*, positivismo blando), consiste en permitir argumentos morales de justificación de las normas. Sin embargo dicho análisis se realiza de forma no necesaria, por lo que el operador jurídico acude a los valores morales de manera contingente y sin establecer un parámetro objetivo en su observancia para mantener la perspectiva crítica del derecho. Una análisis panorámico de la cuestión Véase BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan y SERNA, Pedro, *El caballo de Troya del positivismo jurídico, Estudios críticos sobre el inclusive legal positivism*, Comares, Granada, 2010; BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente, Un estado de la cuestión*, UNAM, México, 2006.

talización de la *Constitución como norma jurídica*.⁸¹ Revitalizar los conceptos del derecho moderno a la luz de los principios que surgieron en la segunda posguerra, es centrarnos en lo importante, en lo que realmente constituyó ese *cambio de paradigma*.

La hermenéutica no propone abandonar la ciencia jurídica, ni tampoco las categorías y la metodología que ha creado el derecho moderno desde la ilustración y su proyección jurídica con la genialidad de Savigny.⁸² De igual manera, la hermenéutica tampoco busca desechar los métodos clásicos de interpretación jurídica (literal, gramatical, histórica y sistemática), principalmente cuando hablamos del imprescindible proceso de subsunción que acompaña al método deductivo.

El objeto del paradigma interpretativo-filosófico, es retornar el sentido originario del derecho en la solución de los casos de la vida cotidiana y que acompaña al operador jurídico a buscar las respuestas adecuadas desde una perspectiva filosófica. La hermenéutica no pretende que el método sea la única forma de traducir los contenidos normativos del derecho, los cuales implican una argumentación provista de elementos de moralidad y de justicia, inasequibles por los caminos que ha trazado el derecho de reglas subsuntivas del positivismo jurídico.

El positivismo ha sostenido que para que el derecho se llame ciencia, no puede dejarse contaminar de la moral o la política, ni de ningún otro contenido que pervierta su pureza. Por lo cual decimos que “la ciencia del derecho no piensa”, es porque la solución a los problemas que han afectado a la humanidad con la *dictadura de la ley*, ha proporcionado respuestas muy pobres en el terreno de la justificación de fondo del derecho. Por lo cual, el método jurídico ya no tiene legitimación para seguir sosteniendo que la neutralidad del derecho sobre cuestiones morales, sea garantía de *objetividad y exactitud*, como en su momento sostenía Hans Kelsen como virtudes de su *Teoría pura del derecho*.⁸³

5. EL “MÉTODO” HERMENÉUTICO Y LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE: ROBERT ALEXY COMO FILÓSOFO ANALÍTICO IMPURO

El “método” hermenéutico no propone abandonar al modelo deductivo

⁸¹ Evidentemente nos referimos a la paradigmática obra de Eduardo García de Enterría. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 2006.

⁸² Para el análisis de los fundamentos en los cuales se cimentó la ciencia jurídica moderna con Savigny, así como la decisiva influencia de los métodos de interpretación decimonónica, desde su formulación conceptual primigenia. Véase SAVIGNY, Friedrich Carl de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, trad. y estudio preliminar José Luis Monereo Pérez, prólogo de Adolfo Posada, Comares, Granada, 2008; SAVIGNY, Friedrich Carl de, *Sistema del derecho romano actual*, trad. José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2005.

⁸³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 7.

de la interpretación jurídica. Sin embargo el silogismo lógico que enarbola el positivismo en la seguridad jurídica y la soberanía del legislador popular no logra traducir los principios y valores que reconoce la Constitución. La hermenéutica pone un acento decisivo en la ponderación de los derechos fundamentales, la cual precisa de un conocimiento propio de los saberes humanos. Los principios de derecho fundamental, escapan del cariz netamente científico del derecho que nació de la ilustración, con base en exactitudes y precisiones de la filosofía racionalista: el *more geométrico cartesiano*.

De igual manera, es necesario aclarar que el “método” de la ponderación, no es un procedimiento absoluto, para analizar el peso específico de un derecho o la razonabilidad de una restricción a un derecho fundamental. La hermenéutica exige que el operador jurídico no deje de preguntarse, siempre y en todos los casos ¿Qué relación tiene la norma jurídica interpretada, con la concreción del bien humano que la misma disposición protege?, o si bien ¿El derecho es solamente un descubrimiento de la norma que desentraña el significado literal de la ley, para quedarnos solamente con el sentido “original” del legislador?

Esas mismas preguntas, podemos plantearlas en términos epistemológicos: ¿Las normas jurídicas constituyen la creación de puentes argumentativos entre la realidades indisponibles reconocidas en los derechos humanos y el caso concreto?, o por el contrario ¿Las normas jurídicas son el resultado de construcciones conceptuales y consensos, sobre el significado que le asigna el operador jurídico a los derechos, como meras expresiones lingüísticas sin contenido moral alguno?

A la luz de dichos cuestionamientos, resulta necesario dilucidar un debate que ha sido olvidado por el derecho moderno. Nos referimos a la hermenéutica filosófica y la filosofía analítica a la que nos hemos referido, que sin duda comparten temas comunes, persisten en diferencias considerables, muy a la usanza del debate entre iusnaturalistas y positivistas, pero ahora bajo una visión renovada del derecho: la relación entre derecho y moral, ya no es un discurso aislado que se quede en el aspecto abstracto de la teoría o de posiciones filosóficas impracticables, sino que sus discusiones deben girar en torno a la *práctica viva de los operadores jurídicos*, cuando interpretan y argumentan el contenido y alcance de las normas de derecho fundamental, con la finalidad de resolver los problemas que aquejan a las sociedades multiculturales: *la hermenéutica de la Constitución viviente*.

Desde esa perspectiva, el constitucionalismo contemporáneo es en sí mismo una práctica de los operadores jurídicos cuando interpretan normas iusfundamentales, y esa dinámica interpretativa, gira en torno a la argumentación racional de sus decisiones. Por ende el problema de la discusión entre derecho y moral, se centra en la cuestión metodológica del derecho, para desentrañar el tipo de relación que existe en los casos paradigmáticos y la forma de resolverlos, atendiendo siempre al contenido y extensión de un derecho humano.

El mismo Atienza centra la discusión del problema en el aspecto metodológico al que se adscribe la filosofía analítica, que sin duda ha sido la más desarrollada en las teorías del derecho del siglo XX y que ha dado continuación consistente en los inicios del siglo XXI. En todo caso no cabe negar la importancia de la filosofía del derecho, inclusive los filósofos analíticos prefieren llamarle “teoría del derecho” en lugar de “filosofía del derecho”, fundamentalmente para dar a entender que *sus preocupaciones son más de orden metodológico y conceptual que valorativo*.⁸⁴

Autores como Kelsen, Ross, Hart, Bobbio, Tarello, Raz, MacCormick, Nino o Guastini, comparten ciertos “rasgos de familia” que en ocasiones sería difícil pensar que tienen elementos en común: 1) la tendencia a ver una conexión íntima entre la filosofía y el lenguaje; 2) la crítica o actitud de recelo hacia la metafísica; 3) la actitud positiva hacia el saber científico y el reconocimiento de que el análisis (descomposición del todo en partes), constituye una condición necesaria del filosofar.⁸⁵

Sin embargo, la filosofía hermenéutica no tendría empacho en suscribir la conexión esencial entre el lenguaje y la filosofía, y en general el “giro lingüístico” que parece estar presente en toda la filosofía del siglo XX. De igual forma muchos analíticos no compartirán el sesgo crítico hacia la metafísica.⁸⁶

Por lo cual y para confirmar nuestra posición en torno al problema metodológico en el derecho, Atienza citando a Jori, asume que lo que permanece en el punto de encuentro entre ambas filosofías es el *método*. El método de análisis que muchos lo traducen en la aceptación de ciertas distinciones: 1) entre enunciados *descriptivos* y los *prescriptivos*, o dicho de otra forma entre el *ser* y el *deber ser*; 2) entre los juicios *analíticos* y los *sintéticos*; 3) entre el *lenguaje* y el *metalenguaje*; y 4) entre el contexto de *descubrimiento* (el contexto sociológico) y el contexto de *justificación*, es decir, entre explicar y justificar.⁸⁷

Cuando nos ponemos a escudriñar a fondo, lo que en realidad consiste un analítico “puro y duro” de nuestros días, nos percatamos que en muchas ocasiones es solo el nombre, mas no así la forma de aproximarse al derecho y derivar conclusiones que implican juicios de valor; o al menos elementos de carácter práctico en sus razonamientos que tiendan a dirigir la conducta humana sin quedarse en las meras descripciones o hechos sociales “en bruto” sin adscribirles una posición crítica.

En efecto, Atienza cita el caso de Carlos S. Nino como un filósofo de raigambre inequívocamente analítica, quien considera que la filosofía analítica “es básicamente una actividad de tipo normativo”. Muchos iusfilóso-

⁸⁴ ATIENZA, Manuel “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho” en LIFANTE VIDAL, Isabel, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, op. cit., p. 69.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 69-70.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 70-71.

fos analíticos no tienen ningún problema en hablar ya de una “racionalidad práctica” y en postular concepciones de la ética moderadamente objetivistas⁸⁸, que abandonen el aspecto meramente descriptivo de la teoría del derecho y se adentren de manera indiscutida a los terrenos de la filosofía y la moral.

Por lo tanto, Atienza concluye: lo que une hoy a los iusfilósofos analíticos, no es una ideología ni una concepción sustantiva de la filosofía, *sino exclusivamente un método*; entendido como una serie de instrumentos teóricos que pueden ser usados con propósitos distintos.⁸⁹

En ese orden de ideas y como se analizará más adelante con Robert Alexy⁹⁰, lo más importante para la teoría de los derechos fundamentales es la distinción metodológica entre reglas y principios; dicha distinción “representa la base de la teoría de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales.”⁹¹

La distinción lógica entre reglas y principios es de suma importancia por tres razones esenciales: a) no puede existir una teoría adecuada de los límites a los derechos fundamentales; b) no puede formularse una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales; y finalmente c) tampoco puede estructurarse una teoría suficiente acerca del papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico. “Por todo, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales.”⁹²

Para efectos de nuestro estudio, fundamentamos en alguna medida la apertura del ordenamiento jurídico hacia los principios, en la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy, como una *teoría integradora que explica de forma analítica una teoría estructural del sistema jurídico: el principialismo o derecho de principios*.⁹³

Si bien es cierto, Alexy sostiene que su teoría de los derechos en la filosofía analítica y no en una hermenéutica filosófica; el mismo señala que su *teoría es una teoría primaria y no una teoría analítica pura*, porque investiga estructuras tales como los conceptos de los derechos fundamentales, la influencia de esos derechos hacia el ordenamiento jurídico y la fundamentación de los derechos fundamentales, siempre consideradas bajo la visión de conjunto de una *teoría integradora*.

Por lo cual esa “impureza” de su “teoría analítica” tiene sesgos hermenéuticos de carácter *holísticos*, evocan sin lugar a dudas a la pretensión de *universalidad de la hermenéutica*. Es decir, no se queda en el lenguaje normativo de las disposiciones de derecho fundamental, sino que trascien-

⁸⁸ *Ibidem*, p. 72.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Infra* “El derecho como sistema de principios”

⁹¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 63.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Ibidem*, p. 22.

de hacia la formulación de una teoría con fuertes pretensiones filosóficas; hacia la integración del pensamiento filosófico, y no sólo en el aspecto lógico y conceptual del lenguaje con el que opera su “metodología” con la distinción entre reglas y principios, así como en la distinción de sus métodos interpretativos, con la subsunción y la ponderación.

En ese sentido, es que apreciamos en Robert Alexy un filósofo “analítico” que renuncia a su “pureza”; para introducirse en el discurso filosófico de la hermenéutica y acepta la *universalidad del lenguaje normativo* desde un aspecto sustancial y ontológico de la interpretación y argumentación jurídicas: en suma, la formulación de un concepto *metafísico discursivo o constructivo de los derechos humanos*⁹⁴; sin quedarse atascado en la mera descripción de las *partículas atómicas* del lenguaje de las normas de derecho fundamental, en relación con los casos constitucionales.

Esto es, Robert Alexy no se queda en la descripción de *cómo funciona el derecho*, sino también afirma su fundamento en *elementos indisponibles y ontológicos de la pretensión de corrección y del significado sustancial de la dignidad humana*; los aspectos consensuales de la construcción lingüística de dichos significados tienen sustento en el razonamiento práctico, principalmente en el reconocimiento de elementos de valor de los principios jurídicos y su ponderación.

En efecto, -señala Alexy- cuando un individuo afirma, interroga y argumenta, presupone en tal uso el reconocimiento del otro como participante del discurso con igualdad de derechos. Si, además, conduce el discurso con seriedad, entonces reconoce al otro como autónomo. Reconocer al otro como autónomo significa reconocerlo como persona. Pero las personas tienen un valor y una dignidad. Con ello yace en la *naturaleza discursiva del hombre en un sistema de conceptos* que en primer lugar se corresponden con nuestra necesidad de competencias discursivas, que en segundo lugar tienen un significado normativo y que en tercer lugar conducen a que nuestro mundo esté poblado con entes que con sus solas fuerzas no pueden crear los reinos de lo físico y de lo psíquico: *con personas*.⁹⁵

⁹⁴ Ya hemos señalado en otro lugar, la pretensión no sólo procedimental de la filosofía de Robert Alexy, sino la referencia a fuertes señalamientos sustanciales de su teoría discursiva de los derechos humanos, que rayan en el aspecto universal de la hermenéutica filosófica: “*la filosofía del lenguaje y la rehabilitación de la razón práctica deben buscar sustancializar el discurso normativo del derecho y no dejarlo en términos procedimentales o formales como mera constatación de consensos, bien jurisdiccionales, legislativos o sociales*. En esa posición se encuentra imbricado el problema de la objetividad del derecho, en búsqueda de una *metafísica de los derechos humanos*”; para Robert Alexy sería viable formular un concepto *metafísico discursivo o constructivo de los derechos humanos*. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 292 y 291-304. Las cursivas son nuestras.

⁹⁵ ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trads. J.A. Seoane, E.R. Soderoy P. Rodríguez, ed. J.A. Seoane, Comares, Granada, 2005, p. 93.

Para lo cual, el material más importante de esa teoría es la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales para su análisis *empírico-analítico* y orientar con ello la argumentación constitucional; *la pregunta acerca de la decisión correcta y la fundamentación racional desde el punto de vista de los derechos fundamentales, reside de manera esencial en la formulación universal de la regla que fija la jurisprudencia constitucional respecto del alcance y delimitación de los derechos.* En esta medida, la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, deriva de manera necesaria en *el carácter analítico-normativo de los principios jurídicos como teoría estructural de esos derechos.*⁹⁶

La dogmática de los derechos fundamentales apunta hacia una disciplina eminentemente práctica, por la fundamentación racional de concretos juicios de *deber ser* concernientes a los derechos fundamentales.⁹⁷ La *practicidad* de la teoría alexyana parte de la posibilidad de traducir de forma específica, la obligación constitucional como enunciado normativo de conformidad con sus modalidades deónticas básicas del mandato, la prohibición y el permiso.⁹⁸ La racionalidad de la fundamentación exige que el camino que conduce desde las disposiciones de los derechos fundamentales, hasta los juicios concretos de *deber ser* relativos a esos derechos, sea accesible a través de controles intersubjetivos; teniendo en cuenta previamente la “claridad acerca de la estructura de las normas de derechos fundamentales, así como sobre todos los conceptos y formas de argumentación relevantes para la fundamentación de derecho fundamental.”⁹⁹

La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, como principios normativos a la que nos adscribimos, debe estar vinculada con la moral de forma sustancial y no sólo procedimental. Alexy sostiene una *teoría de los derechos fundamentales de carácter procedimental*, sustentada en la ética discursiva de Jürgen Habermas¹⁰⁰, que en última instancia enarbola el consenso intersubjetivo entre los participantes del discurso jurídico sujeto a reglas específicas de justificación argumentativa.

Por nuestra parte, proponemos una *teoría sustancial de los derechos fundamentales* como unión indisoluble entre el derecho positivo y los bienes humanos como los concibe John Finnis¹⁰¹; una necesaria interconexión de racionalidad práctica y ley natural de carácter no esencialista como lo postula Robert P. George¹⁰²; así como la de una hermenéutica del derecho desde un *constitucionalismo iusnaturalista* o bien *hermenéutica*

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 110 y ss., 205 y ss.

¹⁰¹ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰² GEORGE, Robert P., “Kelsen y el derecho natural” en *Entre el derecho y la moral*, trad. Pedro José Izquierdo Franco e introducción de Sherif Girgis, Porrúa, México, 2010, p.

iusnaturalista como el que sostiene Andrés Ollero.¹⁰³ En suma, una teoría que combine el procedimentalismo alexyano como formulación *lógico-formal*, con las teorías de un *iusnaturalismo hermenéutico*, como las enunciadas, para la adecuada concreción práctica de los contenidos de valor establecidos en las normas de derecho fundamental y por ende, una corrección más sustancial de carácter *práctico-material*.¹⁰⁴

En ese contexto, para Hans-Georg Gadamer, la hermenéutica jurídica tiene un significado paradigmático en la teoría jurídica contemporánea, cuando en la interpretación de los textos legales, el juez se sabe legitimado para realizar la complementación del derecho dentro de la función judicial y dentro del sentido original de un texto normativo.¹⁰⁵

El fenómeno de la comprensión y de la correcta interpretación de lo comprendido, no es sólo un problema específico de la metodología jurídica, pues se alude de manera necesaria a la experiencia humana del mundo que escapa del conocimiento “científico”. La justicia, la moral, la ética y cualquier otro conocimiento humano, se encuentra en los problemas más intrincados del derecho. Pero a la vez, esos problemas no han podido resolverse de forma razonable y exhaustiva con la metodología jurídica de los mandatos definitivos que impiden una valoración de carácter moral: las reglas jurídicas.

Así, cuando nos referimos a la hermenéutica jurídica desde las coordenadas de la filosofía en un sentido estricto, no nos quedamos con la mera interpretación de los textos legales, sino que adquiere una connotación específica en la pretensión de universalidad de una *ontología hermenéutica*. Por lo cual, cuando Gadamer se refiere a la tarea práctica del juez, cuando dicta una sentencia, lo hace con la *pretensión de ser una aplicación correcta y no arbitraria de las leyes*: “tiene que reposar sobre una interpretación “correcta”, y eso implica necesariamente que la comprensión misma medie entre historia y el presente.”¹⁰⁶

En ese sentido, la principal tarea y responsabilidad del operador jurídico desde la perspectiva hermenéutica, no sólo será interpretar las normas jurídicas para desentrañar el sentido que le quiso dar el legislador histórico; sino que la “mediación” del operador jurídico, es una función esencial en la búsqueda de respuestas adecuadas y justas en la interpretación-aplicación de las normas del derecho en los problemas actuales a los que se enfrenta el jurista.

¹⁰³ OLLERO, Andrés, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, presentación Javier Saldaña, UNAM, 2007;

¹⁰⁴ Para analizar las críticas a las visiones “esencialistas” o “fiscalistas” de la ley natural *Infra* “1) Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la *realidad coexistencial entre el derecho y la moral.*”

¹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op. cit.*, pp. 396-414.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 15.

Gadamer ya había señalado, muchos años antes que Robert Alexy¹⁰⁷, la auténtica *vocación normativa* de la ponderación y su pretensión correctiva en la interpretación jurídica; la cual queda muy lejos de la metodología positivista, que limitan la universalidad de la hermenéutica, tal y como puede quedar clarificado en un pasaje fundamental de *Verdad y Método*.

En la idea de un ordenamiento jurídico está contenido el que la sentencia del juez *no obedezca a arbitrariedades imprevisibles sino a una ponderación justa del conjunto. Todo el que haya profundizado en toda la concreción de la situación estará en condiciones de realizar esta ponderación.* En esto consiste, precisamente, la seguridad jurídica de un estado de derecho: uno puede tener idea de a qué atenerse. [...] Por eso siempre es posible por principio concebir el ordenamiento jurídico vigente como tal, lo cual significa poder elaborar dogmáticamente cualquier complementación jurídica realizada. Entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica existe así una relación esencial en la que la hermenéutica detenta una posición predominante. Pues *no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo, la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción.*¹⁰⁸

La hermenéutica contemporánea que nace con la filosofía de Hans-Georg Gadamer, es esencialmente una versión “antimetodológica” de la interpretación de los textos de cualquier índole. Las pretensiones de la hermenéutica moderna, no es establecer una “preceptiva”, o un sistema de reglas para describir el procedimiento metodológico del derecho y definirlo procedimentalmente como un mecanismo productor de respuestas “correctas”; sino que busca una diferencia de objetivos de conocimiento experiencial e histórico, que permanecía oculto con la ciencia moderna.

El punto más importante y original del que parte la hermenéutica contemporánea que inicia con Gadamer, es que desarrolla una nueva forma de conocer la experiencia humana en el mundo, rectificando la metodología de la ciencia moderna; busca sobre todo, atemperar el rigorismo del método jurídico, a través de la filosofía práctica de las ciencias del espíritu o ciencias humanas, como lo es la ciencia jurídica. Habíamos propuesto que para nosotros, más que hermenéutica “antimetodológica”, la hermenéutica gadameriana es *hermenéutica antiaxiomatizante*, entendiendo por ésta, la pretensión objetiva con la cual el operador jurídico debe partir al momento de interpretar los textos legales.

El hermeneuta lejos de limitarse a desentrañar axiomas de conducta que describen regularidades de la sociedad como elementos fácticos, el jurista debe preguntarse por el sentido de justicia y de moralidad al que se

¹⁰⁷ La 2ª edición alemana de *Verdad y Método*, donde aparece el prólogo de Gadamer en el que hace referencia a la ponderación es de 1965; Robert Alexy publica su *Teoría de la argumentación jurídica* en 1978 y su *Teoría de los derechos fundamentales* en 1986.

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 402. Las cursivas son nuestras.

dirige el razonamiento práctico del obrar humano, en la realización de los bienes y derechos que protegen esas normas positivas.¹⁰⁹

Por ello afirmamos que para Gadamer, la hermenéutica, lejos de ser un “método” más de interpretación, será un análisis filosófico que deleve el razonamiento práctico del hermeneuta en la elección del método de interpretación. En ese sentido es que afirmamos que, *la hermenéutica jurídica no la entendemos desde una posición hermética, en la unilateralidad del método de interpretación de las normas del derecho, sino en la actividad que realiza el operador jurídico en la comprensión de la elección de ese método o métodos de interpretación de los textos legales; entre los que se encuentran las normas de derecho fundamental de manera relevante para la función del juzgador constitucional.*

6. LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

La *filosofía hermenéutica*, si bien parte desde el mismo Aristóteles como modelo originario de interpretación de los textos de cualquier naturaleza; los pensadores más cercanos de dicha tradición corresponden a la segunda mitad del siglo XIX, en autores como Schleiermacher o Dilthey. La finalidad es, elaborar una noción de ciencia comprensiva, histórica, valorativa que contraponen a la ciencia explicativa, natural, avalorativa, entre otros reduccionismos de los saberes humanos que se limitan a establecer reglas y axiomas de la conducta humana, pero sin establecer directivas prácticas, con pretensión de objetividad en materia de moralidad y eticidad.

Bajo el rubro de los *filósofos hermenéuticos* en el plano de la filosofía general, habría que incluir a autores como Hans-Georg Gadamer, Paul Ricoeur, Mauricio Beuchot y, en muchos aspectos, Jürgen Habermas; de manera específica en la filosofía del Derecho, a Emilio Betti, Josef Esser, Karl Larenz, Winfried Hassemer, Ronald Dworkin, Andrei Marmor, Gregorio Robles, Andrés Ollero, Pedro Serna, Carlos Massini, Lenio Luiz Streck, Francesco D’Agostino, Giuseppe Zaccaria, Salvatore Amato y Francesco Viola.¹¹⁰

Para la hermenéutica jurídica el problema filosófico fundamental es el de la comprensión de los fenómenos humanos, que tiene lugar por medio de la interpretación de los elementos fácticos, probatorios y jurídicos de los problemas legales y constitucionales; la respuesta a la cuestión de qué significa comprender no es del todo clara como debería de ser con la cien-

¹⁰⁹ La pretensión antiaxiomatizante de la hermenéutica jurídica moderna que nació con Gadamer, ya la habíamos desarrollado en otro lugar; desde la perspectiva del control de convencionalidad en la interpretación de los derechos humanos de fuente constitucional e internacional. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 28-33.

¹¹⁰ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, Porrúa, México, 2008, p. 20.

cia y sus métodos, pero también aquí cabría hablar de ciertas señas de identidad de los integrantes de este movimiento, que en los últimos 50 años se ha dado por llamar *hermenéutica jurídica*.

Ahora bien, para entender de manera introductoria los principales fundamentos de la hermenéutica -aunque más adelante profundizamos en sus elementos fundamentales¹¹¹-, en los que se basa para reconstruir una nueva “metodología”, un modelo epistemológico que le da sustento a su *giro interpretativo y ontológico de la comprensión humana*, vamos a describir brevemente sus elementos.

1) Hermenéutica jurídica como ontología del lenguaje normativo

A través de la filosofía de Gadamer hemos percibido que su pensamiento se decanta más por una hermenéutica, entendida como una *estructura ontológica del intérprete y un desvelar de la realidad humana, desde un contexto histórico de toda comprensión*. Con anterioridad a Gadamer, la hermenéutica no era un concepto usual en la filosofía, sino que era más bien entendida como una disciplina que se encargaba de la metodología y las reglas de la correcta interpretación.

Se ha intentado realizar una relectura del primer texto filosófico de Occidente, para invitar al ejercicio de la pregunta última tal como la plantearon los primeros presocráticos hasta Aristóteles. En ese *Método Hermenéutico fundamental*, se han examinado los nexos de la filosofía naciente del siglo VI a. C. con la filosofía actual. En palabras de Roberto Cruz esa hermenéutica es “como la vida misma, [...] sólo se descubre al ejercerla, y nada ha quedado probado si el lector no comprueba en sí y por sí lo que los milesios dijeron en su propio acompañamiento del mundo, que es el mismo para todos.” Sin embargo, deja en claro que si pretendemos mantener la “cuadratura” del círculo hermenéutico, es necesario analizar los textos antiguos para descubrir este método filosófico en su propio ejercicio, sin apriorismos ni exigencias preceptivas.¹¹²

Por lo anterior, nos queda claro que si intentamos acceder al conocimiento de la hermenéutica moderna, que nos sirva de ejemplo para revivir los textos antiguos, medievales o modernos, debemos centrarnos en la pretensión que Gadamer le confirió a la actividad del intérprete; sobre todo cuando se trata de acceder a verdades que tienen como finalidad, determinar la adecuada comprensión del comportamiento humano en el mundo de la vida.

Gadamer clama porque la hermenéutica sea, lejos de una disciplina que enumere una serie de reglas de acceso al conocimiento metódico, ésta

¹¹¹ El desarrollo a fondo de la hermenéutica jurídica, con sus elementos fundamentales Véase *Infra* “Capítulo Sexto. Hermenéutica jurídica: sus elementos fundamentales”

¹¹² CRUZ, Roberto, *La primera hermenéutica: El origen de la filosofía y los orígenes en Grecia*, Herder – Universidad Iberoamericana, México, 2005.

sea un en sí mismo, un ejercicio centrado en la experiencia práctica del intérprete, anclado en *la vida misma y su radicalidad existencial*.

Así con Schleiermacher el “método hermenéutico” quedó subordinado a una disciplina auxiliar; con Dilthey a la psicología; y con Emilio Betti a la metodología de la interpretación jurídica, en tanto directrices que condicionan la correcta interpretación.

En ese contexto, es que Gadamer toma a la ontología, como una *hermenéutica de la facticidad*, a la manera en que Heidegger la entendía, la cual no puede traducirse con la visión metodológica de las ciencias como la metodología jurídica de Emilio Betti; pues Gadamer no busca elaborar un proceso metodológico que proporcione una serie de preceptos que regulen la interpretación de las normas del derecho, a la manera de las reglas del derecho positivista (mandatos definitivos) a través de las cuales se califique a una disciplina científica.

La *hermenéutica de la facticidad* desde su descubrimiento en Heidegger, busca algo diferente y radicalmente más originario que el acceso a la realidad a través del método de la ciencia de manera *univocista*: lo que interesa en la hermenéutica, es encontrar la esencia de la pregunta filosófica en la misma existencia humana fáctica, entendiendo por facticidad la existencia del hombre en el mundo de la vida.¹¹³

El proceso de comprensión en el que se encuentra el operador jurídico, lo sitúa en una relación ontológica con el objeto interpretado dentro de una tradición histórica determinada, en la cual se realiza esa comprensión. Gadamer, propone superar una larga tradición de pensamiento que, originada en el romanticismo y en el historicismo, concebían al conocimiento como un proceso pasivo en la relación del sujeto-objeto.

Ahora lo que nos ofrece el *giro hermenéutico*, es que el sujeto pertenece a la comprensión misma y que el *interpretandum* solo existe en la historia factual de la comprensión que genera la experiencia directa con la realidad jurídica; principalmente en la interpretación de las normas iusfundamentales que protegen principios y valores, accesibles a través del razonamiento práctico de los saberes humanos.

La ontología que reconoce la hermenéutica, es la del sujeto que comprende al objeto antes de interpretarlo, pues previo a emitir un juicio de valor, ya se encuentra inmerso en la estructura de la *pre-comprensión*. El operador jurídico está situado de forma necesaria en una tradición jurídica, cuando analiza un caso a la luz de la norma interpretada.

Por ello, Gadamer siempre refutaría de “ingenua conciencia histórica” que pretendía acceder al conocimiento del significado de la norma, olvidándose por completo del presente y su existencia real. Con el positivismo kelseniano se pensaba que la interpretación provenía de una especie de

¹¹³ HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C., 2ª ed., Trotta, Madrid, 2009. Véase el epígrafe “§ 12. Bosquejo del estar-en-el-mundo a partir del estar-en como tal”.

proceso de reproducción de los hechos de manera neutral, para dejarlos hablar a la luz del contenido de la ley como una mera prescripción del deber ser que dicta la norma: hechos desnudos sin incorporar cualquier reminiscencia de valor moral, que vicie el espíritu soberano del legislador.¹¹⁴

Para Montesquieu, *el juez es un ser inanimado, la boca que pronuncia las palabras de la ley*¹¹⁵, y su función se reduce a una interpretación mecánica del texto legal, con el solo auxilio de elementales principios de lógica y racionalidad desde un aspecto formalista y deductivo: “si A se produce, entonces X es debido”¹¹⁶, según el algoritmo kelseniano.

La ontología de cualquier comprensión reside en la tradición, cuya preestructura opera como una pista de despegue para llegar a un resultado interpretativo. En términos gadamerianos, sería una forma adecuada de entrar al círculo de esa comprensión e iniciar con ello la aventura del pensamiento que deviene con el proceso de interpretar un texto. Gadamer no pretendía vencer el historicismo con el conocimiento del pasado sin ningún prejuicio. Al contrario, el pasado no se puede cambiar, lo que opera en la hermenéutica es una nueva experiencia interpretativa a la luz del presente en un marco nuevo: el marco nuevo que acaece en cada caso, a la luz del cual se actualiza el texto de la ley en el contexto histórico determinado por el *aquí y ahora* de la realidad humana.

La tradición a la que se suman los prejuicios y nuestro “estar dentro de esa tradición” constituye la *ontología de la comprensión, para conformar la fenomenología de todo comprender*. Por ello Gadamer formula su hermenéutica, con una pretensión marcadamente ontológica, que tomó de su

¹¹⁴ En un pasaje fundamental de la *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen nos deja en claro, la actitud que el jurista práctico debe observar, para mantener su “neutralidad” en la descripción acrítica de las normas del derecho positivo (el deber ser), la reticencia del orden moral y su irrelevancia para el derecho: “La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo. *Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto. El jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera por él descrito [ni siquiera con el valor que interpreta, al momento de desentrañar o describir el sentido de la norma].*” Véase KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 81.

¹¹⁵ La cita completa de Montesquieu es la siguiente: “Podría suceder que la ley, que es al mismo tiempo perspicaz y ciega, fuese en algún caso demasiado severa. Ahora bien, los *jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor*. Esa parte del cuerpo legislativo, tribunal necesario en el caso anterior, como acabamos de ver, lo es también en este otro: *a su autoridad suprema corresponde moderar la ley en favor de la ley misma, fallando menos rigurosamente que ella.*” Véase MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, trad. Siro García del Mazo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, tomo I, p. 237.

¹¹⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 39-40.

maestro Heidegger para entender “*el conjunto de la experiencia humana del mundo y de la praxis vital*”¹¹⁷, cuya experiencia deriva no de la forma en la que comprende el sujeto, sino en su mismo acto en el que comprende y se sabe conocedor de esa realidad.

La hermenéutica es una forma originaria del comprender la existencia humana, pues *la comprensión no es uno de los modos de comportamiento del sujeto, sino el modo propio de ser, del estar ahí humano*.¹¹⁸ Heidegger es el culminador de la filosofía existencial en su monumental obra *Ser y Tiempo*, y designa al concepto de *Dasein* como el *ser-ahí*, el hombre arrojado hacia la existencia en el mundo. El hombre es *ser-en-el-mundo*.¹¹⁹

Esa pretensión ontológica se puede advertir del concepto que Gadamer nos proporciona de la *hermenéutica*: “Designa al *carácter fundamentalmente móvil del estar ahí*, que constituye su finitud y su especificidad y que por lo tanto abarca el conjunto de su *experiencia en el mundo*. El que el movimiento de la comprensión sea abarcante y universal no es inflación constructiva de un aspecto unilateral, sino que está *en la naturaleza misma de la cosa*”.¹²⁰

En la argumentación jurídica actual, así como en la teoría del discurso jurídico en autores como Robert Alexy, impera el consenso y las reglas procedimentales que insisten en cierto formalismo ético. Para la hermenéutica, el proceso de la interpretación jurídica se encuentra ligado al proceso de comprensión inherente a la facticidad humana; que se representa en la existencia misma del acto de comprender y de traducir a través del lenguaje, la normatividad que se obtiene de los contenidos de moralidad y de justicia que las disposiciones de derecho fundamental reconocen.

Es así como el derecho entra en contacto radical con los bienes humanos, a los que accede de manera directa y de forma experiencial cuando se interpretan por el operador jurídico, en el contexto personal o social en el que se aplican. Desde esa perspectiva, la *hermenéutica moderna* que formula Gadamer, tiene cierta compatibilidad con la filosofía *neoiusnaturalista* que ha desarrollado John Finnis¹²¹, cuando afirma que ni la filosofía, ni la religión, ni cualquiera de los saberes de las ciencias humanas, necesitan de la metodología de la ciencia teórica, ni de la metafísica, para conocer de manera directa la experiencia de verdad que percibe el razonamiento práctico del obrar humano en los bienes básicos de manera natural, cuando el operador jurídico interpreta los derechos fundamentales.¹²²

Las afirmaciones de Finnis resultarán escandalosas para los que pien-

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 12.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, op. cit., pp. 74-79.

¹²⁰ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 11-12. Las cursivas son nuestras.

¹²¹ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 57, 63 y 78.

¹²² *Infra* “La ausencia de jerarquía formal en los bienes humanos y la coincidencia de John Finnis con el pensamiento filosófico de Hans-Georg Gadamer”

sen que la ley natural depende de la metafísica, para que el hombre tenga el acceso pleno al conocimiento de los bienes humanos. La hermenéutica insistirá en el gran aporte de la filosofía existencial que Husserl y Heidegger iniciaron a través de la fenomenología, como el paso fundamental que anticipó ese giro radical hacia la realidad existencial de la vida humana en la filosofía gadameriana.

2) La filosofía hermenéutica es *antipositivista y anticientificista*

La filosofía hermenéutica no acepta como único criterio de verdad el de la ciencia positiva, en cuanto a la confirmación o la falsación de las hipótesis que se plantean bajo su método. En el mundo de lo humano, esto es, el de las acciones que requieren ser *comprendidas*, el sujeto forma parte del propio proceso de conocimiento. Se trataría por tanto aquí de un conocimiento valorativo, aunque no por ello arbitrario, esto es, privado de criterios de objetividad.¹²³

La hermenéutica aplicada al derecho es en esencia una filosofía jurídica, porque en ningún momento deja en solitario a la ciencia para que proporcione todas las respuestas. Además de negar la primacía del método científico, cuestiona de manera determinante la pretensión de llegar a un conocimiento “objetivo” a través del método en la experimentación física de los fenómenos, muy propio de la filosofía de la ilustración.

La hermenéutica no sólo propone un *giro copernicano*, sino que postula salirse de las coordenadas del método para situarse en la misma realidad fáctica de la existencia humana. La hermenéutica jurídica replantea el conflicto entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, para iniciar un camino de una nueva fundamentación del derecho, más allá de dichos antagonismos. Sin embargo Kaufmann, nos pone en claro las pretensiones de la hermenéutica.

Con esto no quiere decirse que debemos de retroceder de nuevo más allá del positivismo legalista y del derecho natural racionalista. Esto sería una pretensión atávica. Más bien se trataría [...] *de llegar por entre derecho natural y positivismo jurídico a una nueva fundamentación del derecho*. Para ello serían necesarias dos cosas: *superar el dualismo metódico de ser y deber ser y abandonar la tesis de que el derecho sea idéntico a las normas legales*. Solamente si nos separamos de estas reliquias de una época pasada, se abre el camino hacia un nuevo planteamiento teórico-jurídico y metodológico: no se trataría ya de cómo *deducir lógicamente* el derecho a partir de unas normas rígidas, sino que el planteamiento de la cuestión consistirá más bien en *cómo puede el derecho ser hermenéuticamente comprendido partiendo del lenguaje histórico vivo*.¹²⁴

¹²³ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 72-73.

¹²⁴ KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, edición de Andrés Ollero y José Antonio Santos, Comares, Granada, 2007, p. 69. Las cursivas son nuestras.

La propuesta de Kaufmann, al relativizar “el esquema sujeto-objeto” en la comprensión del fenómeno jurídico, es siempre y al mismo tiempo un conocimiento que se adquiere tanto de manera objetiva, como subjetivamente. El que aspira a comprender un sentido auténtico en la realidad jurídica, necesariamente “se introduce en el *horizonte de la comprensión* y no reproduce de manera puramente pasiva en su conciencia lo comprendido, sino que lo conforma”.¹²⁵

El operador jurídico no produce o *re-produce* el contenido normativo de las disposiciones iusfundamentales de manera unilateral, causalista o mecánica, sino que *la interpretación de la realidad es una permanente y constante interacción entre el operador jurídico y la norma interpretada*. Es un constante *ir y venir de la mirada* entre las condiciones fácticas del caso y la norma jurídica, tal y como lo ejemplifica Karl Engisch.¹²⁶

Toda aplicación de la norma encierra siempre su simultánea interpretación. Se desvelará ahora cómo ésta arranca de una *pre-comprensión* que se anticipa a cualquier momento reflexivo.¹²⁷ El jurista cuando interpreta una norma, se encuentra situado en una tradición iusfilosófica y desde ella, concreta el contenido sustancial del derecho fundamental interpretado. Es decir, realiza una *viva interacción*, desde la disposición jurídica, el caso concreto con los hechos y su realización normativa en la aplicación material del contenido sustancial de los derechos humanos: esto es un *círculo hermenéutico*.¹²⁸

El positivismo así como cualquier tipo de racionalismo, condenarán dicha interacción como un círculo vicioso. Al salirse del “método” jurídico que es el que proporciona la certeza y seguridad en la verificación de la hipótesis que plantea la ciencia del derecho, y por ende constituye un conocimiento irracional. La hermenéutica replanteará la relación que existe entre el objeto de la interpretación del derecho, que son las normas jurídicas, y el sujeto que las interpreta, el operador jurídico. En ese giro copernicano que realiza la hermenéutica, entenderá que la interpretación es también aplicación y por ende la comprensión interna de lo interpretado; esa relación vital que existe entre el sujeto y el objeto, ya no es un conocimiento lineal y aislado del acto mismo de comprender, pues el sentido de las normas en el caso concreto tiene un *significado singularizado*.

¹²⁵ Es indispensable para entender la hermenéutica jurídica, y sobre todo la propuesta de Arthur Kaufmann, el impecable análisis que realiza Andrés Ollero en OLLERO TASSARA, Andrés “Estudio preliminar. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann” en *Ibidem*, p. 14. Las cursivas son nuestras.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 137.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁸ Nuestra explicación del círculo hermenéutico, desde las coordenadas del control de convencionalidad y la hermenéutica de los derechos humanos. Véase FLORES, Antonio, “El bloque de convencionalidad y el círculo hermenéutico de los derechos humanos” en *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 149-210.

En cuanto al derecho en lo particular, los filósofos hermenéuticos son antipositivistas. No consideran que el derecho pueda verse como una realidad separada de su interpretación y aplicación.¹²⁹ Es decir, la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, dictadas por el legislador no pueden interpretarse y aplicarse de forma aislada a los valores y principios, y por ello se encuentra vinculada a la función creativa que realizan los jueces, juristas teóricos; y cualquier otra realización hermenéutica que los operadores jurídicos ejecutan en la práctica del derecho.

Para la hermenéutica, el derecho debe verse más bien como una “práctica social compleja”¹³⁰, y no solamente como una descripción del derecho o a la interpretación como mera asignación de significados. Para autores como Riccardo Guastini esta será la principal discrepancia con la hermenéutica, al refutar de sus postulados, expresiones oscuras y poco claras.¹³¹ Luis Prieto Sanchís¹³² y David Martínez Zorrilla¹³³ (positivistas metodológicos) al igual que Atienza (no positivista), coinciden con Guastini respecto de la falta de claridad y oscuridad por parte de la hermenéutica.

Sin embargo todas las afirmaciones en mención, no especifican ni aclaran en donde se encuentra la oscuridad de dichos planteos; pues para el positivismo metodológico, no existe una posición razonable que permita siquiera un grado de valoración objetiva en torno a los derechos fundamentales desde una perspectiva moral, en la que se justifique la extensión o delimitación de esos derechos cuando entran en colisión.

Si lo que se quiere demostrar es que la hermenéutica no tiene un método y por ende resulta irracional y acientífico epistemológico, se incurre en un reduccionismo, pues lo que trata de evitar, es precisamente que las respuestas a los problemas que plantea el derecho se obtengan solamente y se comprendan a través del método jurídico y sus reglas formales. La complejidad de la existencia del hombre y el despliegue de la conducta del sujeto en su aproximación hacia los bienes humanos, no dependen del cumplimiento de reglas y procedimientos metodológicos que la ciencia jurídica le ha impuesto a toda interpretación del derecho.

Es decir, la principal propuesta de la hermenéutica es evitar que el método científico sea la única forma de acceder al conocimiento humano, y mucho menos reducir la verdad a sus postulados de exactitud matemática y de verificación empírica de sus resultados. Sin embargo la hermenéutica no excluye al método científico, sino que le da una justa dimensión, a tra-

¹²⁹ ATIENZA, Manuel “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho” en LIFANTE VIDAL, Isabel, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, op. cit., p. 74.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ GUASTINI, Riccardo, “Tre domande a Francesco Viola” en JORI, M. (ed.), *Ermeneutica e filosofia analítica*, Giappichelli, Turín, 1994.

¹³² Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2007, pp. 188-189.

¹³³ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 198-199.

vés de ciertas prevenciones generales o guías que funcionan como ideales regulativos, en tanto condiciones previas de la comprensión de los saberes humanos; lo cual *no significa que se renuncie a un núcleo indisponible del derecho y su autoridad como corrección moral objetiva*.

No obstante a lo anterior, es necesario aclarar que normalmente ha sido considerado como una característica del positivismo jurídico, el deductivismo rígido de la ley. Sin embargo, acertadamente Hart ya nos alertaba de la diversidad de vertientes del positivismo jurídico y de la imposibilidad de identificarlo con el deductivismo legal.¹³⁴ En ese sentido, Rodríguez Puerto nos señala que tanto Hart como Kelsen –desde diferentes puntos de vista y fundamentos epistemológicos–, reconocían la imposibilidad de controlar la decisión jurídica desde el contenido de una norma mediante la aplicación de un método seguro.¹³⁵

Con todo y la aclaración de que el positivismo jurídico rechazan al deductivismo como único método de interpretación, en autores como Kelsen¹³⁶ o Hart¹³⁷, no acaba de satisfacer a muchos juristas porque excluía del ámbito jurídico todos los elementos extralegales necesarios para determinar la decisión; en ese sentido, dicha exclusión conlleva que las valoraciones en el ámbito de la moral sean totalmente irracionales.¹³⁸

En ese aspecto, la hermenéutica controvertirá el formalismo con el que se interpretan las normas bajo la idea del positivismo jurídico, ya no porque acepte que el método deductivo sea el único para llegar a una correcta interpretación, sino que le niega a cualquier método la racionalidad suficiente para introducir contenidos de moralidad y de justicia en las decisiones jurídicas.

Por ello, la refutación que hacemos de dicho deductivismo, no es porque los seguidores del positivismo afirmen contar un método *quintaesenciado*, del que emanen todas las interpretaciones correctas de las normas jurídicas; sino porque niegan que un método de interpretación, tenga la racionalidad suficiente para argumentar válidamente, con base en consideraciones objetivas de carácter moral, el contenido de una norma jurídica. En suma, se controvierte al deductivismo no por lo que sea el único, sino por lo que le falta; principalmente en consideraciones que entran dentro del horizonte de comprensión, condiciones relevantes para la deci-

¹³⁴ HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals” en *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 601-602, nota 25.

¹³⁵ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús, “Textos legales y casos concretos” en RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit., p. 1162.

¹³⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 205-208;

¹³⁷ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, 2007, p. 159 y ss.

¹³⁸ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús, “Textos legales y casos concretos” en RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit., p. 1162.

sión justificadas en el razonamiento práctico y no sólo en normas positivas.

En ese contexto, es que la hermenéutica se expresa mejor, no como un método de interpretación, sino como la forma natural en la cual los operadores jurídicos acceden al conocimiento de las verdades de razón práctica, mismas que se derivan del comportamiento humano y que se dirigen hacia los bienes que protegen las normas de derecho fundamental. Dichas condiciones no se manifiestan como reglas pétreas o axiomas formales de cumplimiento abstracto, sino en el razonamiento que devela esos bienes humanos, como paradigmas de orientación sustancial en la existencia del hombre; y que a la vez *vinculan al hermeneuta cuando interpreta dichas normas de manera intencional, para el perfeccionamiento de la persona humana desde un aspecto sustancial en una ética de virtudes.*

3) Interpretación circunstanciada por la tradición: el pre-juicio valorativo

En la hermenéutica, lo que hace que la comprensión o la interpretación, sea una actividad regida por criterios objetivos es que la misma se inscribe en el *contexto de una tradición*. La “precomprensión” en términos gadamerianos, viene a significar en el derecho la relación con un texto jurídico no se parte de cero, sino de una serie de experiencias previas; es decir de “pre-juicios”, que bien pueden ser verdaderos o falsos.¹³⁹

La nueva hermenéutica contemporánea que inaugura Gadamer, nos refiere a un *pre-juicio*¹⁴⁰, el cual no siempre es negativo, sino también positivo. La idea de prejuicio o *precomprensión*, encierra que toda interpretación ya se encuentra situada en una cosmovisión de la realidad. Es decir, antes de interpretar la realidad, el operador jurídico tiene una concepción preexistente de lo que va a interpretar y cuando realiza una nueva interpretación, confirma sus prejuicios o los modifica a la luz del material relevante para tomar esa decisión; por ende el derecho es una *realidad viva en permanente interacción con la tradición histórica*.

Desde el propio lenguaje al que los filósofos hermenéuticos suelen considerar como “la casa del ser” -frase tomada de Heidegger-, cuando en su giro de pensamiento adoptó una postura antihumanista, por considerar que el hombre tiene la responsabilidad por el olvido a la pregunta por el ser¹⁴¹, y por tanto, ha originado la decadencia de la civilización occidental. Sin embargo, y como ya lo habíamos señalado¹⁴² Gadamer “desnazificará”

¹³⁹ ATIENZA, Manuel “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho” en LIFANTE VIDAL, Isabel, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, op. cit., p. 74.

¹⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 378-379.

¹⁴¹ ATIENZA, Manuel “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho” en LIFANTE VIDAL, Isabel, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, op. cit., p. 74.

¹⁴² *Supra* “4. Excurso: heidegger y el nazismo”

a Heidegger, en la propuesta humanista de la hermenéutica de *Verdad y Método*, se corrobora en la metodología moderna una instrumentalización de los saberes humanos.

La ontología a la que nos hemos referido con la hermenéutica, es la del sujeto que comprende al objeto antes de interpretarlo, pues previo a emitir un juicio de valor, ya se encuentra inmerso en la estructura de la *pre-comprensión*. El sujeto que interpreta no se encuentra en una *tabula rasa in qua nihil scriptum est* (tabla rasa en la que no hay nada escrito); sino que el operador jurídico está situado en una tradición jurídica, desde el momento mismo en el que se pregunta por el caso o la norma que está interpretando.

El operador jurídico cuando interpreta cualquier norma positiva, siempre se encuentra inscrito en alguna escuela filosófica o moral. Las respuestas a los problemas más intrincados del derecho se deciden invocando de forma implícita o explícita, argumentos positivistas, iusnaturalistas, realismo crítico, etc., y ahora en un sentido dialógico, hermenéuticos.

Sin embargo, tal y como asumimos en la posición antimetodológica de la hermenéutica, la verdad no puede depender del método, sino que el método o la metodología debe dirigirse hacia la verdad material, y no a la verdad formal, legal o procedimental: *la verdad no es la esclava del método, sino que el método debe servir a la verdad, para develar su resplandor*.

La hermenéutica moderna no se encierra en la antigua dificultad de desentrañar la visión del pasado como algo insuperable. Antes bien, su condición de “histórica” es precisamente lo que le otorga paso franco a su comprensión, pues lo pasado es comprensible por su efectividad contrastada con el presente. Es decir, la facticidad del presente, convierte al texto en vehículo de una comprensión proyectada al presente y al futuro, y es precisamente lo que le dota de sentido: las circunstancias condicionan la interpretación, y es en ellas en las que habla la tradición en la que se interpreta la realidad jurídica.

Para Gadamer, el giro filosófico de la hermenéutica encuentra sentido en la historicidad, en virtud de la cual se hace efectivo el entender, previniéndonos del “historicismo” que buscaba la plena identificación entre el sujeto-objeto interpretado desde las filosofías de la conciencia con Descartes y Kant; para situar al sujeto que interpreta de forma radical, en la propia experiencia del comprender en un momento y lugar determinado sin mediación del método.

El *pre-juicio* es una condición del operador jurídico en la que se inserta al momento de interpretar las normas del derecho. El resultado de esa interpretación, mantiene una fuerte conexión con el sentido original del texto, que el legislador le imprimió cuando emitió la norma positiva, pero sin quedarse atascado en las coordenadas propias del contexto histórico del pasado. La facticidad del presente, es ontología hermenéutica, en cuya manifestación existencial encuentra sentido, al traer el texto del pasado la intención del legislador, al tiempo presente; considerando las circunstancias y el sentido histórico en las condiciones actuales de la comprensión

del texto normativo.

4) El círculo hermenéutico

El “método” de la hermenéutica jurídica, lejos de describir regularidades sociales o “hechos en bruto”, establece la posibilidad de la interpretación a través de la comprensión del *fenómeno vivo* que constituye la realidad humana. Es por ello que esa realidad tan compleja se comprende como la interpretación del todo, a la luz de sus partes, y a la vez, la interpretación de las partes a la luz del todo.¹⁴³

El positivismo jurídico tilda al iusnaturalismo de proponer falacias circulares como la *falacia naturalista*, que deriva lo bueno de lo natural. Es decir, derivar el *deber ser* a partir del *ser*.¹⁴⁴ Sin embargo, también podemos referirnos al círculo vicioso en la *norma básica presupuesta* de Hans Kelsen; la cual propone la existencia de una autoridad suprema, que a su vez fue autorizada por otra, aunque ficticia, autoridad superior para promulgar la Constitución y así sucesivamente, la ley en la Constitución, el reglamento administrativo en la ley, etc.

Sin embargo –y como ya lo hemos advertido en otro lugar¹⁴⁵–, la falacia positivista de la norma básica presupuesta, se trata de una *contradicción performativa* en la que se incurre al aplicar un argumento circular *ad infinitum*, por ende un tipo de falacia con la que los positivistas han sustentado la validez de todo el sistema jurídico, con base en la norma fundante básica. Kelsen señala como un argumento autorreferente, que el mismo ordenamiento jurídico vale independientemente de su contenido moral y que la validez de la norma jurídica se sustenta al “haber sido producida de manera determinada por una *norma fundante básica presupuesta*”.¹⁴⁶

Por lo anterior, vemos que el problema de las falacias circulares, que aquejan a dichas posiciones filosóficas, tanto positivistas como iusnaturalistas, es el fundamento por el cual se rechaza o se admite, la valoración moral del contenido de las normas jurídicas; el cual no puede quedar acotado a la explicación racional de una metodología que ahogue al conocimiento de los bienes humanos, como si fueran objetos de laboratorio para su análisis experimental. Es por ello que en la búsqueda por un funda-

¹⁴³ Obras fundamentales que dan cuenta del círculo hermenéutico, Véase OSUNA HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio, *Hermenéutica jurídica. En torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992, pp. 60-64; KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, op. cit., pp. 125-140.

¹⁴⁴ Véase SALDAÑA, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, UNAM, México, 2012, pp. 93-112.

¹⁴⁵ FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 319.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, número 10, julio-diciembre, 2008, pp. 35 y ss. Las cursivas son nuestras.

mento verificable, terminan por incidir en una falacia circular, pues el fundamento mismo de la corrección o incorrección del argumento es el mismo método.

Por lo cual, “el método” hermenéutico, opera diferente. Precisa de un modelo o directriz distinto para traducir los contenidos de valor, que la materia y la sustancia moral de la eticidad del derecho, le reclama al conocimiento de los saberes humanos: es así como surge el *círculo hermenéutico*.

En ese orden de ideas, la hermenéutica jurídica, busca la comprensión de la realidad humana que se mueve en el *círculo de la intelección*. Kaufmann afirma en ese sentido: ese círculo no es lógicamente vicioso, ni menos, merece ser evitado, el interés científico tiene que trasladarse precisamente a esa precomprensión¹⁴⁷, y necesariamente acude a *un modelo de conocimiento más flexible, para entrar en el complejo mundo de la valoración y la apreciación de lo razonable*. Para lo cual, el mismo maestro de Gadamer, Martin Heidegger, nos hace una prevención fundamental: “lo determinante no es salir del círculo, sino entrar en él de la manera correcta”.¹⁴⁸

El mismo Aristóteles advertía que la ética humana no es mero conocimiento o descripción de los comportamientos, ni tampoco un actuar sin orientación en el vacío. El conocimiento de las cuestiones humanas recibe una directriz de la razón superior y se mueve por fines justificados, particularizando y aplicando el razonamiento práctico. Para lo cual, *la actividad interpretativa, parte de la tradición y del texto histórico, procede a una actualización en la que se complementa y se perfecciona lo que el texto expresa*.¹⁴⁹

Atienza sostiene, la interpretación no puede verse en forma atomista y lineal, sino como una *mejor estructura que devela una actividad circular*. El operador jurídico realiza la interpretación de las normas jurídicas a través del *círculo hermenéutico*, en el cual se produce una serie de interacciones: entre la precomprensión y el texto, entre la *parte* (un determinado texto) y el *todo* (el conjunto del que forma parte), y entre la *norma* y el *hecho*. En ese sentido, cabría afirmar que la interpretación tiene un carácter *dialéctico* (interactivo) y *holístico* (global).¹⁵⁰

Interpretar y comprender un texto jurídico, requiere que el sujeto, el intérprete, esté situado en una determinada perspectiva, que no puede ser la del que contempla una realidad de forma pasiva. El texto no puede verse desde un punto de vista externo del sujeto que lo interpreta. En el conocimiento hermenéutico, donde es un conocimiento valorativo, no se da

¹⁴⁷ KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, op. cit., p. 140.

¹⁴⁸ HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, op. cit., p. 171.

¹⁴⁹ OSUNA HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio, *Hermenéutica jurídica. En torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p. 76.

¹⁵⁰ ATIENZA, Manuel “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho” en LIFANTE VIDAL, Isabel, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, op. cit., p. 75.

la oposición, o la distancia, entre un sujeto y un objeto, como ocurre en las ciencias explicativas o descriptivas; por el contrario, aquí el conocimiento es, al mismo tiempo, acción, *praxis*.¹⁵¹

Como veremos más adelante, el círculo hermenéutico constituye una nueva “metodología” de la interpretación jurídica con base en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.¹⁵² El círculo de la comprensión pretende implementar, una nueva forma de aproximarse al fenómeno jurídico de la existencia humana vinculada al derecho. El giro interpretativo o *giro lingüístico*, también se encuentra en su vertiente analítica. Sin embargo, la propuesta hermenéutica pretende redimensionar la metodología jurídica de la modernidad, cuando esta se aplica con una pretensión reduccionista de la filosofía y de los saberes humanos que implican un conocimiento de las verdades de razón práctica, como los valores y principios morales reconocidos en las normas iusfundamentales.

La propuesta de la hermenéutica jurídica a la que nos vamos a referir, tiene como objetivo fundamental el servir de antídoto al relativismo y escepticismo ético que permea en la filosofía jurídica de la posmodernidad como el neoconstitucionalismo o el positivismo metodológico. En la actualidad resulta ya casi imposible referirse al fundamento del derecho, como una cualidad indisponible a la libre determinación de opiniones, sin que sea tildada dicha postura de dogmática o confesional.

Por lo cual, compartimos el diagnóstico que Giovanni Reale hace de los tiempos posmodernos: “La humanidad contemporánea está gravemente enferma”¹⁵³. El nihilismo que desencadenó Nietzsche en el siglo XIX dio pie al “malestar de la civilización” en el XX; para el XXI, se atisba una vuelta de la mirada al pasado remoto en busca de las raíces culturales de nuestra civilización. El mundo contemporáneo redescubre la sabiduría de los griegos, que de nuevo se ilumina como punto de referencia para quien pretenda reconstruir su identidad.” Para lo cual precisa de una serie de “terapias” para curar esos males que afligen al ser humano contemporáneo, es necesario mostrar los métodos de curación prescritos por la sabiduría antigua; afirma que tal vez nos permita curar o, por lo menos, aliviar el dolor y la desesperación de la soledad, el sinsentido y el sometimiento a la tecnología: esto es, el *reduccionismo cientificista de la razón*.¹⁵⁴

7. LA TERCERA VÍA DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

1) Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la realidad coexistencial entre el derecho y la moral

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op. cit.*, pp. 376 y ss.

¹⁵³ REALE, Giovanni, *La sabiduría antigua. Terapia para los males del hombre de hoy*. 2ª ed., trad. S. Falvino, Barcelona, Herder, 2000.

¹⁵⁴ La cuestión a fondo *Infra* Capítulo Tercero: “La crisis del derecho moderno”

La existencia de “anomalías” o “factores de perturbación” en el juzgamiento de cuestiones constitucionales ha exigido recorrer un largo camino acerca de cómo ha de entenderse el oficio de los jueces en la interpretación de los casos difíciles. Los conceptos manejados por las teorías estándar del Derecho, en particular su noción de Derecho, la “doble” propuesta de “racionalidad interpretativa” y los supuestos epistemológicos que poseen, mostraron serias debilidades para encarar este estudio, en la medida en que permiten a los jueces arribar a fallos arbitrarios o tramposos o indebidamente justificados.¹⁵⁵

Para Gabriel Mora Restrepo, dicha problemática planteó de inmediato la necesidad de explorar una teoría de la interpretación jurídica distinta, mediante la cual fuera posible, por una parte, dar cuenta de los singulares problemas y tensiones que se les presentan a todos los jueces (en cierto modo similares a los descritos por las teorías estándar), pero que, por otra parte, ofreciera elementos de análisis en los que fuera posible determinar su efectiva vinculación al Derecho y el cabal cumplimiento de las exigencias propias de su oficio.¹⁵⁶

Para la problemática descrita, la *teoría hermenéutica* fue la respuesta a las exigencias de racionalidad que exigía la argumentación de las decisiones judiciales. Mediante dicha teoría se pudo constatar que resultaba posible promover la figura de un juez responsable, capaz de valorar realidades complejas y juzgarlas a través de distintos estándares susceptibles de ser apreciados racionalmente.¹⁵⁷

Contrariamente a los resultados obtenidos a partir de las teorías estándar del Derecho, para la hermenéutica el juez no es un *demiurgo arbitrario*, sino una persona que juzga desde su propio entorno y expectativas (*comprensión y precomprensión*, respectivamente) una realidad jurídica compleja a la que hay que darle forma por medio de soluciones justas. Su no arbitrariedad proviene de su capacidad de combinar un mundo jurídico previo, que le es “dado”, con la exigencia de proyectarlo “en un horizonte histórico diverso”.¹⁵⁸

La hermenéutica nos presenta una de las claves para formular el sentido de todo proceso judicial: la necesidad de contar con seres humanos dispuestos a darle sentido jurídico a una realidad problemática, a tomarse

¹⁵⁵ MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, op. cit., p. 353.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 354. En ese mismo sentido Véase RESTREPO, Gabriel, “La distinción entre “justificación” y “fundamentación” en el contexto de la interpretación constitucional”, en FLORES SALDAÑA, Antonio *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 441-479.

¹⁵⁸ OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, op. cit., p. 241.

en serio la tarea de determinar “lo justo aquí y ahora” en medio de posibilidades divergentes. El gran reto de descartar por inapropiado todo racionalismo y decisionismo de la actividad de los jueces, son producto de la incorporación de las tesis hermenéuticas que han servido para plantear una perspectiva básica o general de la interpretación jurídica, sobre la cual existen muchas derivaciones posibles y, sobre todo, distintos desarrollos y matices entre sus autores.¹⁵⁹

Asimismo, ese enfoque hermenéutico, encontró de forma inmediata su correlato en el planteamiento de un tema a todas luces crucial, como es la *metodología práctica del razonamiento jurídico*. Bajo el paradigma antimetodológico de Gadamer, Mora Restrepo señala atinadamente en relación con el *programa hermenéutico*.

Sin entrar en consideraciones de “escuelas” o “modelos” particulares, la cuestión determinante de un enfoque práctico radica, precisamente, en poner cara a cara la perspectiva propia de los jueces (su mundo propio) con las exigencias (finalidad) de su oficio, lo cual se traduce en orientar sus actividades a través de la relación entre razones prácticas y su resultado. *Con la perspectiva del razonamiento práctico la “comprensión hermenéutica” adquiere pleno sentido, debido a su disposición y ordenación a la justicia del caso concreto.*

Esta metodología supuso enseguida tomar en consideración distintas aproximaciones en torno suyo, las cuales fueron denominadas [como] modelos “procedimentales” y modelos “prudenciales” del razonamiento práctico [...]. Más allá de sus matices o propuestas específicas, el resultado global del estudio del razonamiento práctico ha sido particularmente fecundo por varios motivos. Por una parte, ha permitido introducir un contexto limitativo de la función judicial, que parece hacerle frente al uso arbitrario de la interpretación constitucional (la discrecionalidad judicial ausente de racionalidad [...]). Pero, al mismo tiempo, ese contexto limitativo no ha supuesto desconocer el juego de varias respuestas posibles a muchos casos concretos, valga decir, no ha supuesto la pretensión de encontrar para todos los casos judiciales una sola y única respuesta correcta (tema éste que fue abordado tanto por vía del formalismo jurídico, como del modelo Herculeano [...]). *El contexto limitativo obedece al entorno propio, o naturaleza, del razonamiento práctico: una actividad no indiferente, ni cognoscitivamente imposible, sino más bien inteligente, que exige tanto el cumplimiento de la justicia como el control de los argumentos que esgrimen los jueces para llevar a cabo la interpretación [...].*¹⁶⁰

La hermenéutica que proponemos, busca encontrar paradigmas de disolución, en lugar de insistir en la pugna interminable entre el iusnaturalismo y positivismo. La hermenéutica jurídica se inscribe en la *era posmoderna* del derecho, porque sus postulados nacen, cuando concluye la aspiración del derecho moderno de englobar, bajo una misma visión totalizan-

¹⁵⁹ MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, op. cit., p. 354.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 354-355.

te, el concepto de derecho y su manera de interpretarlo y aplicarlo.

Derecho natural y derecho positivo, bajo el cariz de la hermenéutica, implica dejar de apreciar como dilema, la confrontación del derecho y la moral, y procurar un equilibrio axiomático a la luz de sus proyecciones normativas en el contexto de un derecho dialógico, que reconoce, tanto a las reglas de derecho positivo, como a los principios jurídicos de contenido moral. Con la hermenéutica, se termina con la dicotomía que promovía el derecho moderno, que obligaba al operador jurídico a optar por positivismo o iusnaturalismo, sin detenerse a pensar en la complejidad del derecho como una *realidad coexistencial entre el derecho y la moral*.

La derivación entre ese *ser* y *deber ser* del derecho, no constituye una derivación gratuita como el círculo vicioso que le imputaban a la *falacia naturalista*. Para el *círculo hermenéutico*, lejos de sostener la dicotomía excluyente entre el derecho de principios morales y las normas positivas, propone tender puentes argumentativos en la justificación de las decisiones del poder público, sobre todo en las resoluciones judiciales.

El *horizonte de comprensión* que se le presenta al operador jurídico, desde una postura de racionalidad práctica, debe ser idónea para analizar la complejidad del comportamiento humano, en el que se sitúa el derecho, en contacto radical con la moral. Es decir, bajo el planteamiento hermenéutico, el derecho y moral mantienen una relación de *coexistencia factual*.¹⁶¹ Por el contrario, la filosofía jurídica contemporánea, asume una dicotomía irresoluble, en relación con el carácter conceptual del derecho con la moral, como bien se ha desarrollado con la pugna entre Robert Alexy (relación necesaria) y Eugenio Bulygin (relación contingente).¹⁶²

¹⁶¹ En este punto seguimos la tesis de Sergio Cotta, para proponer un *tertium genus* en la polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico: la tesis de la *coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho*. Véase COTTA, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, trad. Antonio Fernández Galiano, CEURA, Madrid, 1987, pp. 151 y ss; COTTA, Sergio, “La coexistencialidad ontológica como fundamento del Derecho” en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º. 9, 1982 (Ejemplar dedicado a: Fundamentación ontológica del Derecho), pp. 13-18.

¹⁶² La muy amplia bibliografía que ha recopilado el debate entre Robert Alexy y Eugenio Bulygin, desde el aspecto conceptual de la relación entre derecho y moral como necesaria o no; no-positivista el primero, y el segundo, desde el positivismo metodológico. Véase ALEXY, Robert “¿Entre positivismo y no positivismo? Tercera réplica a Eugenio Bulygin” y BULYGIN, Eugenio “Alexy entre el positivismo y el no-positivismo” en FERRER BELTRÁN, Jordi, *et. al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons. Madrid, 2012; ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2008; ALEXY, Robert, *et. al.*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, ed., trad. y estudio preliminar Hernán Bouvier *et. al.*, Marcial Pons, Madrid, 2007; ALEXY, Robert, “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, T. I, pp. 1 y ss.; ALEXY, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Derecho y moral*, 1ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2003, p. 115 y ss.; ALEXY, Ro-

La hermenéutica formula una prevención muy importante a las teorías contemporáneas del derecho, premeditadamente con el garantismo o el positivismo metodológico, y de manera más sutil con el neoconstitucionalismo: deja en claro lo pernicioso que puede resultar para el derecho, la insistencia en cierto *formalismo ético*, por volver sobre la prevalencia de reglas, axiomas y metodologías para llegar al conocimiento del fenómeno jurídico y su razonamiento práctico.

Por otra parte, la hermenéutica nos previene, de cómo la relación del derecho y la moral no se reduce a un método conceptual, del que se pueda apreciar su relación contingente o necesaria. El derecho es una realidad de la *praxis humana* que se vincula en la misma *experiencia vital* y no tanto de elaboraciones conceptuales que vinculen al derecho con la moral, demostrables a través de algoritmos proposicionales de la lógica jurídica o de razonamientos analíticos de los que se advierta cierta vinculación lingüística en pretensiones que derivan del *constructivismo moral*.¹⁶³

El descuido del aspecto dialógico de las normas jurídicas, principalmente las de derecho fundamental, es un resabio del derecho moderno, que el neoconstitucionalismo, garantismo y cualquier teoría o filosofía del derecho contemporáneo no han podido neutralizar. Por esta razón, la hermenéutica insiste en la indisponibilidad ontológica del derecho, que condicionan el conocimiento de las verdades de razón práctica, mismas que derivan de los valores y principios morales que se reconocen en las normas de derecho fundamental.¹⁶⁴

La hermenéutica de los derechos fundamentales, no se queda en la propuesta neoconstitucionalista o no-positivista, cuando afirma la vinculación conceptual necesaria entre el derecho y la moral. La hermenéutica se dirige de manera radical a cuestionar el método y la teoría que propone esa relación “conceptual”; pues para la experiencia humana en el mundo y sus pretensiones sustanciales y no solamente procedimentales, esa relación debe ser la *coexistencia-factual*, y no sólo desde proyecciones teóricas en las que se adopten ciertos principios prácticos sin una vinculación indisponible del derecho.

bert, *La pretensión de corrección en el derecho, La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, 1ª reimp., trad. y estudio preliminar Paula Gaido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

¹⁶³ Fundamental para entender el constructivismo moral, como una *metaética* en la cual “los juicios morales se justifican sobre la base de presupuestos procedimentales y aún tal vez sustantivos, de esta práctica social en cuyo contexto se formulan”. Véase NINO, Carlos S., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 11.

¹⁶⁴ La discusión sobre los problemas que persisten en las teorías discursivas éticas como la sostenida por Robert Alexy y la diferencia entre el neoconstitucionalismo procedimental y sustancial. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 342 y ss.

Es así como el derecho entra en contacto radical con los bienes humanos, a los que accede de manera directa y de forma experiencial cuando se ejercen los derechos. Desde esa perspectiva y en nuestro concepto, la hermenéutica moderna que formula Gadamer, posee cierta compatibilidad con la filosofía *neoiusnaturalista* que ha desarrollado John Finnis¹⁶⁵, cuando afirma que se pueden acceder a los bienes humanos básicos sin necesidad de acudir a la metafísica, pues dichas verdades se conocen de manera directa e inderivada por la propia experiencia del conocer.

Afirmaciones como que “el conocimiento es un bien que se ha de buscar y que la ignorancia ha de ser evitada” se conoce a partir del primer principio de la razón práctica “haz el bien y evita el mal”; principios que deducen una propiedad que le falta a las reglas jurídicas. Las verdades de razón práctica no contienen una hipótesis normativa, sino que su normatividad deviene de la misma finalidad que postula el bien humano protegido; *los principios de razón práctica no son objeto de demostración, sino de demostración ante algo que es evidente por la razón, y ante la cual se debe circunstanciar sus respuestas, a la luz del caso puesto a consideración del operador jurídico en sus mismos contenidos normativos.*¹⁶⁶

Por el contrario, el ya sabido método de la subsunción, no da lugar a valoración moral, a través del método de la ponderación: “si es A debe ser B”, es el algoritmo típico del formalismo jurídico kelseniano, no nos puede servir para atender a las verdades del conocimiento práctico, pues solamente se circunscriben a realizar un silogismo deductivo de carácter fáctico, sin contenido moral alguno.

Por ejemplo para aplicar el método de la subsunción de una norma que prescribe el delito de homicidio el razonamiento es el siguiente: en la premisa mayor “comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro”; la premisa menor “Juan privó de la vida a Pedro”; y la consecuencia “Juan cometió el delito de homicidio en contra de Pedro”. Dicha operación lógica, se realiza únicamente con la mera constatación de situaciones de relevancia fáctica, que en muchas de las veces se limita a manifestar *el derecho como es*, separado de lo que *debe ser*.

Por ello, el razonamiento teórico, deductivo y formal, se encuentra en deuda con el razonamiento práctico, analógico y material que pregona la hermenéutica jurídica; y para ello, pondrá énfasis en las deficiencias que el derecho moderno ha incurrido al reducir su complejidad, a la verificación de regularidades fácticas y el establecimiento de axiomas de conducta sin contenido moral.

En estos tiempos de ostensible complejidad e incertidumbre ante el derumbe de la dogmática positivista, es un síntoma destacable del pensa-

¹⁶⁵ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 57, 63 y 78.

¹⁶⁶ Los argumentos de razón práctica difieren de los argumentos lógicos. El argumento práctico sería por ejemplo: “El conocimiento es algo bueno que vale la pena poseer”, “Estar bien informado y con la mente clara es una buena forma de ser”, “La confusión y la ignorancia han de ser evitadas”, etc., véase *ibidem*, pp. 94-96.

miento actual de la teoría contemporánea del derecho y sobre todo de la Constitución, la preferente atención por buscar un concepto adecuado de razón práctica.

La filosofía del derecho contemporánea ha ampliado ese concepto a un significado de *fundamentabilidad* de las respuestas a los casos, en los que resulta necesario argumentar con razonamientos morales la optimización de un principio sujeto a ponderación. En este trabajo tratamos de identificar dos posturas que delimitan características significativas, de los distintos modos en los que la filosofía jurídica ha encausado esas respuestas:

a) Desde un punto de vista discursivo, las respuestas del derecho se obtienen de la *acción comunicativa del consenso*, nos referimos al *neoconstitucionalismo procedimental*, principalmente con la propuesta de una *ponderación conflictivista*.

b) Por otra parte, desde una perspectiva *hermenéutica-prudencial*, que conoce por experiencia directa los bienes humanos en conflicto, para apreciar la existencia de núcleos indisponibles de los derechos fundamentales, centrados en una ponderación no-conflictivista para su adecuada concreción de manera conjunta; bajo esas coordenadas, estamos ante el *neoconstitucionalismo sustancial*.¹⁶⁷

La razón práctica tiene un significado más profundo, y al parecer los mismos filósofos iusnaturalistas han contribuido a la confusión, en el debate con el positivismo jurídico; ambas visiones partieron de bases muy similares, cuando la modernidad pretendió reducir la complejidad de la naturaleza humana a axiomas de conducta en códigos morales o positivos.

El derecho natural racionalista como el de Locke y Rousseau, entre otros, deformaron el concepto de ley natural, como un “legalismo” abstracto que no atiende a la persona individual y a su autonomía moral, sino como determinismo evolucionista. En parte, esas confusiones se deben a una interpretación incorrecta y falseada de la ley natural, en virtud de una fundamentación “fiscalista” o “fiscista” de la misma.

Muchos neoescolásticos de igual forma, interpretaron el concepto tomista de ley natural como una “ética de normas legalista” desde el principio soslayaron la autonomía de la experiencia moral y la función *normativo-constitutiva* que en ella cumple; en suma la diferencia y formulación de una teoría adecuada de la razón práctica y de su autonomía respecto de la razón teórica.¹⁶⁸

En ese orden de ideas, se critica a la concepción “fiscalista”¹⁶⁹ de la *lex*

¹⁶⁷ FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 342-385.

¹⁶⁸ RHONHEIMER, Martín, *Ley natural y razón práctica, Una visión tomista de la autonomía moral*, op. cit., pp. 19 y ss y 44 y ss.

¹⁶⁹ Recordemos en este punto que si bien es cierto Martín Rhonheimer habla de la *crítica de la concepción esencialista de la “lex naturalis”*, como la irreductibilidad del orden

naturalis, en tanto que el orden moral no es reductible al orden de la naturaleza; es decir “es imposible hallar el orden moral en “el mundo de las cosas”. Pues en él no se encuentran, por ejemplo, ni justicia, ni amistad, ni virtud de general.”¹⁷⁰

Martin Rhonheimer pone el ejemplo del matrimonio, el cual se puede contraer en base a las leyes civiles, pero no se puede encontrar en la “naturaleza” o en “el mundo de las cosas” una ley homóloga en razón de cuyo seguimiento se pueda construir del mismo modo un matrimonio; la naturalidad o “legalidad natural” del matrimonio se verifica y se fundamenta de otro modo, pues lo que no ha sido creado, tampoco puede ser deducido del orden de la naturaleza¹⁷¹, pero lo que sí se puede deducir es el perfeccionamiento del hombre en el matrimonio como institución humana natural, a la luz de sus dos pilares fundamentales, como la procreación y la ayuda mutua.

El malentendido de lo que en realidad busca la razón práctica, se circunscribe a su vinculación necesaria con la realización o constatación metafísica de la “naturaleza” del hombre. El juzgamiento de los actos como buenos o malos se deduce a la luz del bien, del perfeccionamiento del hombre en el obrar humano para concretar un bien, mas no como realización fáctica y deductiva de su “naturaleza esencial”.¹⁷²

Al señalar que el derecho natural se identifica en un código natural de axiomas, a los que hay que adherirse de forma acrítica sin atender a la singularidad propia de acto moral, se incurre en una falacia metodológica al considerar al hombre como una “cosa natural” del que se pueda sustraer su esencia; esto es, existe una imposibilidad de la deducción de lo “moralmente bueno” desde la *essentia*.¹⁷³

moral al orden de la naturaleza o la imposibilidad de la deducción de lo “moralmente bueno” desde la “esencia”; sin embargo, preferimos llamarle derecho natural “fiscalista” o “fiscista” que “esencialista”, al derecho natural que realiza una incorrecta o falseada interpretación y aplicación de la ley natural. Pues, como ya fue señalado, si empleamos el término “esencialista”, se puede prestar a confusiones, al grado de pensar incorrectamente que sostenemos una posición antimetafísica o relativista. *Supra* “Hermenéutica como interpretación intencional”.

¹⁷⁰ RHONHEIMER, Martin, *Ley natural y razón práctica, Una visión tomista de la autonomía moral*, op. cit., p. 46.

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 46-47.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 47-48.

¹⁷³ *Idem*. Para advertir la diferencia entre lo relativo y el relativismo es que el primero advierte de forma prudencial la solución atendiendo a las circunstancias, y el segundo asegura que no existen verdades absolutas y por ende todo es relativo. Un ejemplo muy citado para advertir la diferencia conceptual de mérito, es el caso del depósito de un arma que le entrega un amigo a otro. El dueño del arma descubre a su mujer con otra persona y le pide a su amigo que le dé el arma. El depositario del arma se da cuenta de la situación por lo cual se plantea la pregunta ¿Debe entregar el arma al depositante? Santo Tomas de Aquino señala que de forma *prudente* no debería entregarle el arma, por las consecuencias que podría ocasionar, cuando una persona se encuentra en un estado de ira o enojo y tiene a la mano una pistola o cualquier arma, con facilidad puede perpetrar un

En este aspecto, Arthur Kaufmann nos da muchas luces para poder definir la distinción entre la relatividad del relativismo en cuanto a la aplicación circunstanciada del derecho sin caer en el subjetivismo. Por ejemplo, los sofistas con Protágoras señalaba que el hombre es la medida de todas las cosas, la verdad en consecuencia, resulta relativa. No obstante, este subjetivismo no es individualista sino colectivo: la opinión de la mayoría decide.¹⁷⁴

En ese sentido, es derecho válido la ley positiva, porque es fijada por acuerdo, en tanto que la mayoría ha de determinar lo que ha de considerarse igual o desigual, pues éste es el principio supremo del derecho: tratar de la misma manera lo que es igual y lo que es desigual de forma diferente.¹⁷⁵

Por otra parte la primitiva doctrina griega del derecho natural se reconoció que “igualdad” y “naturaleza” son algo racional; no algo cosificado sino una relación; en virtud de, lo que es “igual” por “naturaleza” sólo puede establecerse “en relación con” determinados derechos, pues el problema de la igualdad es un problema de analogía, es decir de igualdad relacional, y de conformidad con la doctrina de la justicia de Aristóteles, había demostrado en su *Ética a Nicómaco* al hablar de la justicia, como esta debe ser atemperada con la equidad, que es precisamente la justicia en el caso concreto.¹⁷⁶

Sócrates por otra parte, intentaba también superar el subjetivismo y el relativismo de los sofistas, enseñando que la ley natural habita en el corazón del hombre; el alma le da al hombre la dimensión ética y esta dimensión permanece aunque la autoridad exterior esté en crisis, fundando así

asesinato. Véase *Summa Teológica*, II-II, C.52 a.2. El ejemplo de Tomás de Aquino señala de manera genérica la inconveniencia de regresar el depósito a un loco o un enemigo del Estado, pero aplica de manera análoga al ejemplo que señalamos: “Por ejemplo, tiene igualdad natural el hecho de que se devuelva lo depositado al depositante; y, por consiguiente, si la naturaleza humana fuera siempre recta, ésta debería siempre observarse. Pero, debido a que la voluntad del hombre se pervierte a veces, hay algunos casos en los que lo depositado no debe ser devuelto, a fin de que un hombre con voluntad perversa no lo utilice mal; como, por ejemplo, si un loco o un enemigo del Estado exige las armas depositadas.” Dicho argumento no implica adoptar una posición relativista, sino prudencial; que es la virtud del intelecto de pensar de forma mesurada ante ciertos acontecimientos o acciones humanas, para advertir los posibles riesgos o daños que estos conllevan, y adecuar o modificar la conducta para no recibir o producir perjuicios innecesarios; en último término, para discernir con claridad entre lo bueno y lo malo de una acción, previniendo las consecuencias de dichas acciones. Para mayor abundamiento, un autor que trata el caso que comentamos a la luz de la doctrina aristotélica-tomista Véase GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín “La recepción de la doctrina aristotélica sobre el derecho natural en el comentario de la *Ética a Nicómaco* de Tomás de Aquino” en *Anuario Filosófico*, 1999 (32), pp. 225-250.

¹⁷⁴ KAUFMANN, Arthur, “Qué es y cómo hacer justicia (un ensayo histórico-problemático)” en *Persona y Derecho*, núm. 15, 1986, p. 15.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ *Idem*.

su doctrina iusnaturalista innatista.¹⁷⁷

Finalmente con Radbruch se formula una doctrina material de la justicia, partiendo del hecho de que el principio de igualdad es válido en un sentido absoluto, pero sólo tiene carácter formal; es necesario agregar el principio material: la idea de finalidad a la luz de tres valores supremos del derecho sin un rango o valor definido racionalmente constatable: el valor de lo individual, el de lo supraindividual y el de lo transpersonal. Si bien, Radbruch, no era positivista, termina pagando el precio del relativismo, al afirmar la autoridad del derecho como algo objetivo.¹⁷⁸

En consecuencia, la relatividad no es igual que el relativismo, pues la primera tiene relación con la aplicación concreta de una regla general a una particular; y por lo que respecta al relativismo, la regla general es que no hay reglas absolutas, igual la misma afirmación de que todo es relativo, con lo cual se advierte su contradicción en sus propios términos, es decir, el relativismo se auto anula.

En ese orden de ideas, en términos de la falacia naturalista es preciso advertir la adecuada transición de lo general a lo particular, en tanto que no se puede concebir la determinación de lo moralmente bueno al analizar el *ser* del hombre, cuando en esencia ya *es*¹⁷⁹; ese es el problema de las metafísicas “fiscalistas” que nada tienen que ver con el concepto de ley natural al que alude Santo Tomás de Aquino, el cual va encaminado a analizar el obrar humano en cuanto su perfección y no en cuanto a la fundamentación de su esencia.

Ahora bien, conocemos la esencia del hombre, cuando en la realización de una conducta el hombre accede a un bien humano en sí mismo considerado; no con base a un origen de su naturaleza como fundamento de su actividad, pues calificaríamos de inicio a una cosa como buena, o como mala; como si conociéramos las cosas en la realidad creada con los ojos del Creador, es decir, bajo la *lex eterna*.¹⁸⁰

Seríamos como Dios para penetrar en la esencia misma de las cosas e identificar su naturaleza de manera directa y sin ulterior razonamiento práctico o valorativo del obrar moral propio del hombre como criatura racional. El análisis del obrar moral precisa de la observancia de los actos del hombre, y aún más, de sus consecuencias, para advertir su grado de perfeccionamiento en la persona que realiza dicha conducta, más no así, su esencia misma.

La *falacia naturalista* incurre en las contradicciones a las que hemos hecho referencia y que en su momento hizo célebre a G.E. Moore, al retomar la interpretación de la fórmula de Hume. Consiste en señalar que lo

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 23.

¹⁷⁹ RHONHEIMER, Martin, *Ley natural y razón práctica, Una visión tomista de la autonomía moral*, op. cit., pp. 47-48.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 47.

moralmente bueno (el *deber ser*) posee un estatus ontológico y epistemológico propio, sin poderse remitir al mero “ser”, ni identificable con él, ni puede deducirse de él de forma automática. En suma la *inderivabilidad* del “*deber ser*” a través del “*ser*”.

La falacia naturalista se hace superflua si se hubiera entendido en buenos términos la ley natural, pues desde un principio se mantuvo el dualismo que contrapone “ser” y “natura” a la “razón creadora”, cuyo fundamento y punto de partida de un *teleologismo utilitarista* que concibe a la razón práctica como cálculo de la normalización de la utilidad mediante la ponderación de bienes.¹⁸¹ Atendiendo a lo que nos ocupa, la falacia naturalista sostendría una ponderación conflictivista, en el que un derecho humano se concibe más como una exigencia que los sujetos obligados tienen que soportar o tolerar como un menoscabo de su libertad, al justificar su injerencia en beneficio de un bien mayor.

En ese sentido se esclarece que el obrar “contranatural”, es siempre un obrar contra la razón, porque infringe los fundamentos específicamente humanos, y no como una deducción de un “naturalismo metódico”, que parte de la naturaleza como “lo dado” y lo “hallado” de un modo natural; hoy en día la interpretación “*esencialista*” de la ley natural se encuentra más en caminos de fundamentación ya abandonados desde un razonamiento serio de argumentación racional. Una nueva interpretación de la ley natural se inscribe más en el contexto de la libertad humana; una libertad responsable y específicamente humana: toda concepción de la ley natural que no reconozca la función constitutiva de la instancia valoradora del obrar humano, ha pasado por alto la *singularidad específica de la razón práctica*.¹⁸²

Por ende si nos preguntamos cómo es el derecho y como *debe ser*, dentro de una metodología *fisicalista*, bien sea de corte iuspositivista o iusnaturalista, podemos quedar atascados en una metateoría que describa los postulados de una forma de Estado constitucional de derecho democrático y pluralista, a la luz de cualquier tipo de “moral”, sin discernir si se está describiendo lo que en realidad el derecho “debe” ser, o si se está construyendo entelequias que nada tienen que ver con la aplicación de la razón práctica como máximo parangón interpretativo del neoconstitucionalismo y la hermenéutica iusfundamental. Es decir, esa “razón fundamentadora” otorga sin más, una deficiente racionalidad descriptiva que necesita una ética para considerarse “correcta”.

A la luz de la singularidad propia del obrar humano que dirige el razo-

¹⁸¹ Para una revisión del debate sobre la falacia naturalista Véase GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. “La “is/ought question” y el valor del argumento de la perversión de las facultades naturales”, en *Persona y Derecho*, núm. 29, 1993, 167-179 y MASSINI-CORREAS, Carlos I., “La falacia de la “falacia naturalista”, en *Persona y Derecho*, núm. 29, 1993, pp. 47-95.

¹⁸² RHONHEIMER, Martín, *Ley natural y razón práctica, Una visión tomista de la autonomía moral*, op. cit., p. 47.

namiento correcto de la argumentación -en tanto justificación de lo debido en el derecho-, la razón práctica actúa más como un antídoto al relativismo moral, que la misma ética discursiva puede paliar; el abandono del positivismo jurídico en cuanto postura neutral a las valoraciones morales, dejó entrever el déficit de las exigencias de justicia, que a través de la justificación racional que los contenidos morales de la Constitución debe prevalecer en un conflicto entre derechos fundamentales.

Por otra parte y en el mismo contexto de la interpretación fiscalista de la ley natural, John Finnis refiere a que la *metafísica no es una condición necesaria para acceder al conocimiento de verdades de razón práctica* como son los bienes humanos¹⁸³, ha iniciado con *la era posmetafísica del derecho en la tradición iusnaturalista*. Sin embargo, no podemos negar su utilidad para el conocimiento adecuado del derecho dentro de un proceso integral de formación de los operadores jurídicos, sobre todo para advertir sus alcances filosóficos, morales éticos y antropológicos.

La hermenéutica que proponemos dejará en claro que, el conocimiento de las teorías, metodologías, técnicas o ciencias, y cualquier otro elemento metafísico de la filosofía, no puede llegar a condicionar el acceso a la verdad que se deriva del conocimiento en el obrar humano cuando se accede a él, a través de la recta razón de forma natural en la experiencia directa de los bienes humanos.

En ese contexto, negarle la gran aportación teórica en la dilucidación del conocimiento abstracto de los principios que rigen la conducta humana, desde la proyección filosófica más originaria y fundamental de la filosofía, como lo es la metafísica, sería un total despropósito. Pues si bien Finnis sostiene que los principios de la ley natural no son inferidos de proposiciones metafísicas, *no significa que niegue la fundamentación metafísica y antropológica de la ética, ni tampoco la relevancia del conocimiento especulativo para el conocimiento práctico.*¹⁸⁴

2) La posibilidad de una ética hermenéutica como filosofía práctica

La era posmetafísica del derecho natural -o *neoiusnaturalismo*- no presupone el abandono de la metafísica o la antropología filosófica; sino que *le da primacía al conocimiento de las verdades de razón práctica como un forma de acceder de manera originaria y radical a la experiencia viva y concreta del obrar humano a través de los bienes básicos; la cual prevalece sobre los presupuestos conceptuales que nos proporcionan la filosofía, la ética, la antropología, y por supuesto, la ciencia jurídica y su metodología.*

Por lo cual, desde el *paradigma antimetodológico* de la hermenéutica, se muestra a un Gadamer como un gran deudor de la filosofía moral de

¹⁸³ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op.cit., pp. 57, 63 y 78.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 18 y 67.

Aristóteles, en lo particular en cuanto a la primacía del conocimiento prudencial en el razonamiento práctico; muy propio de su maestro Heidegger en la primera etapa de su pensamiento.

Negar la afirmación ontológica de la verdad y su objetividad, sería como descartar *prima facie*, que los bienes y derechos son intraducibles por la razón humana y que requieren de elementos previos del conocimiento para acceder a esa experiencia cognitiva. Esa percepción, es y será siempre, el principal postulado del derecho moderno, en el que prima el conocimiento metodológico y procedimental, sobre el ejercicio práctico de los saberes humanos y la forma de aproximarnos de manera existencial, en el mismo proceso cognoscitivo del operador jurídico.

Tampoco tomaremos la bandera de una versión de la filosofía existencialista que niega el valor de la metafísica, para terminar por proponer un *nihilismo ontológico* como en el “segundo Heidegger”, o en Sartre y Nietzsche; quienes terminan por establecer un escepticismo de los principios de valor moral, relegando las decisiones morales a factores ideológicos, intuitivos o decisionistas, además de negar la posibilidad de conocerlos por la propia experiencia del obrar humano.

La hermenéutica rehabilita el conocimiento práctico de la filosofía moral, con la finalidad principal de advertir que sus postulados nocionales, son elementos de indisponibilidad del derecho, que se conocen de forma radical en la misma existencia del hombre en el mundo de la vida, con el mero uso de la razón, sin necesidad de demostrarlo, sino develarlo, mostrarlo ante los ojos de la evidencia. Por ello tomaremos más que en Heidegger, la posición filosófica de Gadamer, sobre todo en su *ética hermenéutica*¹⁸⁵, en quien encontramos muchas conexiones con Aristóteles, Tomas de Aquino, John Finnis, Rodolfo L. Vigo, Carlos Massini, Pedro Serna, Sergio Cotta y Andrés Ollero.

Massini plantea la existencia de un *antifundacionalismo radical*, que afirma la imposibilidad de un conocimiento de carácter metafísico y la im-

¹⁸⁵ La posibilidad de plantear una *ética hermenéutica* ya ha sido estudiada por el mismo Gadamer, además de estudios específicos de la hermenéutica filosófica. Sin embargo, para los efectos de nuestro estudio, dicha cuestión no es la primordial, pues lo que planteamos desde un principio es encontrar conexiones entre el pensamiento de Gadamer y la propuesta iusnaturalista de John Finnis, en la razón práctica que conoce de manera directa los bienes humanos. En relación con la *ética hermenéutica* en mención Véase GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, Sígueme, Salamanca, 2001; ESQUIVEL ESTRADA, Noé Héctor, *Trazos para una ética hermenéutica en la vida y obra de Hans-Georg Gadamer*, UAEM-Torres, México, 2012; CONILL SANCHO, Jesús, *Ética hermenéutica. Crítica desde la facticidad*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2010; MONTOYA LONDOÑO, Mauricio, *Ética y hermenéutica: un diálogo entre Paul Ricoeur y John Rawls*, La Salle, Bogotá, 2011; RHONHEIMER, Martín, *Ley natural y razón práctica, Una visión tomista de la autonomía moral*, op. cit., pp. 52-76; GARCÍA GÓMEZ-HERAS, José, *Ética y hermenéutica. Ensayo sobre la construcción moral del “mundo de la vida” cotidiana*, Biblioteca Nueva, 2000; VATTIMO, Gianni, *Ética de la interpretación*, Paidós, Barcelona, 1991.

procedencia de una justificación objetiva de la ética y del derecho; constituyen lugares comunes prácticamente indiscutidos en buena parte del pensamiento de filosófico, al menos desde el último tercio del siglo XX.¹⁸⁶

Sin embargo, ha surgido una corriente antagónica que pugna por una justificación racional fuerte, objetiva, de la ética y del derecho: la existencia de un *derecho natural*, un núcleo de indisponibilidad en el derecho, en la cual se asuma a la naturaleza humana como aquello no establecido por la praxis.¹⁸⁷ Se trata de un grupo de notables pensadores interesados en sostener que resulta estéril una lucha frontal contra las propuestas nihilistas y *desfundadoras*, y han buscado consiguientemente una alternativa filosófica que, al mismo tiempo que encare con cierto rigor la imprescindible tarea de encontrar una justificación racional para las afirmaciones de la ética y del derecho, no se haga pasible ante la crítica escéptica y antifundacionalista.¹⁸⁸

En ese contexto se encuentra la propuesta por la *Hermenéutica filosófica*, principalmente en la versión representada de modo paradigmático por el pensamiento de Hans Georg Gadamer, que se considera como una elaboración filosófica posmetafísica, lingüística y no realista, pero que a la vez retoma ciertos temas aristotélicos y rechaza la impronta emancipadora de la versión estándar, a través de su referencia a los prejuicios y tradiciones de pensamiento.¹⁸⁹

La posibilidad de un *iusnaturalismo hermenéutico*, se puede vislumbrar con algunas afirmaciones de Hans Georg Gadamer, quien en diversos pasajes de su obra ha expuesto sus ideas acerca del derecho natural. Hablamos básicamente de un artículo publicado con el título de *Sobre la posibilidad de una ética filosófica*, en el que señala:

[...] sin duda, nadie está en condiciones de decir todo lo que puede corresponder al hombre y a sus formas de vida en común; pero esto *no significa que todo sea posible, que todo pueda realizarse, como lo quiera aquel que detenta el poder, dispuesto y reglado a su voluntad y a su placer. Hay un derecho natural. Aristóteles equilibra el condicionamiento que todo saber moral debe al ser moral y político con la convicción, que comparte con Platón, de que el orden del Ser es tan potente como para asignar un límite a toda aberración humana: 'Qué fuerte –escribe Platón– permanece la Polis en virtud de su propia naturaleza.*¹⁹⁰

¹⁸⁶ MASSINI CORREAS, Carlos I. “Iusnaturalismo Hermenéutico y Derechos Humanos” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Hermenéutica jurídica y derechos humanos*, en prensa.

¹⁸⁷ ELLSCHEID, Günter, “El problema del derecho natural. Una orientación sistemática”, en KAUFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried (coords.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. Gregorio Robles, Debate, Madrid, 1992, p. 149.

¹⁸⁸ MASSINI CORREAS, Carlos I. “Iusnaturalismo Hermenéutico y Derechos Humanos” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Hermenéutica jurídica y derechos humanos*, en prensa.

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología, op. cit.*, p. 133.

Aún y cuando pongamos énfasis en el gran aporte de Gadamer con su *hermenéutica filosófica y la pretensión de universalidad del razonamiento práctico y prudencial*, es necesario hacer precisiones conceptuales y argumentativas que advierten algunas deficiencias en la coherencia de su pensamiento. Las más evidentes serían como las que nos previene Carlos Massini, y que se reducen a la insuficiencia de la filosofía hermenéutica para fundar adecuadamente una ética, que logre evitar la transformación del modelo que sostiene el realismo objetivista y por ende, el cognitivismo ético.¹⁹¹

Coincidimos con Gianni Vattimo, cuando afirma coherentemente desde la visión escéptica: si una ética hermenéutica es posible, ésta solamente resulta viable con el sustento de una *ontología nihilista*.¹⁹² Por lo cual, una ontología de ese tipo, difícilmente puede servir de presupuesto necesario para una ética fundacionista y objetivista.

Según Massini, el giro gadameriano hacia la filosofía de Aristóteles no hace sino confirmar que la filosofía hermenéutica no provee de los instrumentos nocionales necesarios para la construcción de un fundamento fuerte para la ética; pues cuando se ve constreñido a efectuar oportunamente a un cambio de modelo epistemológico entre el existencialismo y el realismo clásico tiende a “descansar en las anchas espaldas del Estagirita cada vez que debe abordar la temática de la filosofía práctica.”¹⁹³

Massini no deja de reconocer que a pesar de las mencionadas insuficiencias para el fundamento indisponible del derecho en una ética fuerte, deja constancia respecto de ciertos elementos de la hermenéutica gadameriana, que pueden *concurrir de modo positivo en la fundamentación objetivista de la filosofía práctica, para no incurrir en una injusticia en relación con su debida valoración de forma objetiva*. Señalamos pues, con algunas aportaciones, en qué consisten los elementos propositivos de Gadamer para la filosofía práctica¹⁹⁴, de los que se puede advertir la formulación de una *ética hermenéutica* con el basamento ontológico necesario para sostener el elemento de *indisponibilidad del derecho y su fundamentación objetiva*:

a) *La revalorización de la phrónesis aristotélica*. Se reconoce un instrumento imprescindible para darle un gran valor y ayudar al establecimiento de la objetividad del conocimiento práctico en los casos particulares; a la luz de las circunstancias específicas en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas;

b) *Rehabilitación de la filosofía práctica*. De igual forma, la rehabilita-

¹⁹¹ MASSINI CORREAS, Carlos I., “La filosofía hermenéutica y la indisponibilidad del derecho” en *Persona y derecho*, núm. 47 (2002), pp. 277.

¹⁹² VAITIMO, Gianni, *Ética de la interpretación*, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁹³ MASSINI CORREAS, Carlos I., “La filosofía hermenéutica y la indisponibilidad del derecho” en *op. cit.*, p. 277.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 277-278.

ción de la filosofía práctica, se deduce una crítica consistente con las pretensiones del positivismo de reducir la ética al ámbito de las emociones y excluirla, por lo tanto, del campo del discurso racional y en especial del filosófico;

c) *La revaloración de la tradición y de la autoridad como fuentes de conocimiento y sentido moral.* Los prejuicios que derivan de la tradición histórica, así como la autoridad con la que se sustentan los mismos, no son necesariamente falsos, sino que estos pueden ser positivos o negativos. La aspiración moderna de reducir el ámbito de la comprensión a la mera razón científica que excluya cualquier consideración de valor, deja de reconocer que la interpretación se encuentra orientada, en función de un horizonte de comprensión o precomprensión. Es decir, una realidad ya interpretada de la que no se puede sustraer el operador jurídico como hermenéutica interpretativa del derecho y de sus normas jurídicas;

d) *La crítica al subjetivismo relativista.* En este aspecto, se valora positivamente la crítica gadameriana al subjetivismo moderno. Sin embargo, Gadamer no hace referencia de manera clara a un concepto de *la persona y de la dignidad humana*, pues implicaría haber realizado referencias a la metafísica escolástica de sustancia, esencia, etc., con lo cual parece asumir el filósofo de Marburgo, la filosofía existencialista de su maestro Heidegger; sobre todo en muchos aspectos de su giro lingüístico de *renombrar toda la filosofía con neologismos que se desembaracen de toda la escolástica, de la metafísica y de la teología.*

e) *Fundamentación filosófica de la ética.* La especial contribución de la obra gadameriana al replanteo de la ética, desde la perspectiva de la filosofía práctica contemporánea. Toda la temática de *fundamentación filosófica* de la ética, frente a las pretensiones de la llamada “Teoría Ética”, proviene de una matriz utilitarista; pues excluye de manera expresa y definitiva del ámbito de la filosofía, la temática de la justificación racional de la moralidad.

Las aporías y paradojas que plantea el derecho contemporáneo ante el abandono de la filosofía práctica por la filosofía analítica y la insuficiencia ontológica de la hermenéutica iusfilosófica, evidencian la necesidad de poner el dedo en el renglón en la auténtica problemática de la indisponibilidad del derecho: las dicotomías entre iusnaturalismo y positivismo, o hermenéutica y analítica, no deberían insistir en las “discusiones bizantinas” a las que se ha reducido el derecho contemporáneo y su pretensión de absolutizar y tiranizar al derecho a través del método; las respuestas a los casos complejos no están sólo en la ley positiva, pero tampoco en argumentos morales desprovistos de sistemática jurídica.

A la luz de la prevención antimetodológica de la hermenéutica, afirmamos la importante observación de Gustavo Zagrebelsky, con fuertes guiños gadamerianos y en todo caso neoconstitucionalistas: “Los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del “derecho positivo” con las que los juristas trabajan, ni nunca

han encontrado allí su solución.”¹⁹⁵

Reducir el derecho al consenso de las mayorías transitorias del poder político, bien en la figura del legislador o de los tribunales, reincide en el escepticismo ético, así como en el relativismo moral absoluto. La hermenéutica abre la posibilidad de que el modelo dialógico y analógico del derecho, sea una opción plausible para solucionar tales paradojas y aporías, que como “eternos retornos”, aparecen y reaparecen en la teoría del derecho o en la filosofía jurídica; bien en su modalidad positivista o iusnaturalista racionalista. La hermenéutica constituye una propuesta sólida de fundamentación sustancial en la interpretación de las normas iusfundamentales de lo que hemos llamado *la teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*.

CONCLUSIONES

1. *Hermenéutica y hermenéutica jurídica.*

A) La hermenéutica jurídica que sostenemos se basa en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, desde una versión *antimetodológica*.

B) Este será el punto más importante y original del que parte la hermenéutica contemporánea que inicia con Gadamer, en cuanto a su formulación desde la experiencia de la comprensión e interpretación de los textos de cualquier naturaleza; paradigma interpretativo que tomamos como modelo epistemológico para el desarrollo de nuestra *teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*.

C) La hermenéutica de Gadamer, desarrolla una nueva forma de conocer la experiencia humana en el mundo, ya no desde la metodología de la ciencia moderna, de los juridicismos que reducían el derecho a la ley.

D) Ahora la hermenéutica controvierte la “violencia” del método jurídico como asignación subjetiva de significados, producto del laboratorio de la ciencia, para dar lugar a una nueva interpretación de la realidad, desde el conocimiento de las ciencias humanas, entre las que se encuentra el derecho.

E) En ese sentido proponemos un concepto de hermenéutica jurídica: *la hermenéutica jurídica no es un método de interpretación, sino una filosofía práctica y prudencial con pretensiones teóricas, por la cual el operador jurídico realiza un análisis del caso que devela el horizonte de comprensión de sus circunstancias fácticas y jurídicas, para la adecuada elección del método o métodos de interpretación de los textos legales, principalmente de las normas de derecho fundamental; con la finalidad de que la decisión jurídica*

¹⁹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 9.

cumpla con una exigencia de corrección tanto formal como material, así como la eficacia conjunta de los derechos que se presumen en colisión.

2. Hermenéutica como interpretación intencional

A) El derecho posmoderno no es neutral, pues los principios de derecho fundamental que contienen las constituciones, son normas que interpelan al jurista a realizar una *interpretación intencional*

B) El pensamiento de Gadamer queda explicado de forma clara con *la hermenéutica jurídica, como un ejemplo paradigmático de la interpretación en general*, en la cual incluye la interpretación y la aplicación como un proceso unitario. Es decir, *la adaptación de un texto normativo al caso particular*.

C) No basta con distinguir entre la fundamentación teórica de la interpretación y la faceta de su aplicación práctica. La hermenéutica como “arte” pertenece al ámbito de la *scientia practica*, la cual no significa la mera aplicación de la ciencia a la *praxis*, como tampoco supone que las leyes lógicas se asimilen a las a normas del recto pensar desde una teoría abstracta o un código de moralidad.

D) El derecho posmoderno no es neutral, pues los principios de derecho fundamental que contienen las constituciones, son normas que interpelan al jurista a realizar una interpretación y por ende una valoración de esos contenidos normativos, con una pretensión directiva que condiciona la decisión.

E) La hermenéutica se traduce en una *interpretación intencional*, pues el razonamiento que realiza el operador jurídico, toma una posición que lo compromete a sostener determinados valores al momento argumentar para justificar las decisiones jurídicas y sobre todo el juzgador que emite resoluciones con un aspecto autoritativo.

3. Hermenéutica filosófica y filosofía analítica

A) La hermenéutica filosófica y la filosofía analítica, forman parte del *giro lingüístico* de la época contemporánea; sin embargo, la primera nace como una reacción en contra del reduccionismo científico del método y del positivismo.

B) La filosofía analítica insistirá en que la interpretación, para producir un conocimiento “correcto” del derecho, debe respetar las reglas y los procesos del conocimiento lógico-formal con el que opera.

C) La teoría del discurso de Habermas y Alexy, sostiene que las reglas argumentativas aseguran que la respuesta que se deduce de ese procedimiento, sea la correcta: si el procedimiento es correcto, la acción comunicativa del lenguaje del derecho, a través del consenso intersubjetivo, traducirá la pretensión de validez en la decisión judicial como una decisión justificada, con base en dicho procedimiento.

D) No importa tanto la distinción entre neoconstitucionalistas y positivistas metodológicos, cuando todas las propuestas teóricas reincidenten en cierto *formalismo ético*.

E) La hermenéutica jurídica postula que el derecho, no sólo se puede conocer a través del método; la razón práctica que se actualiza en el discurso jurídico, atiende más a un conocimiento de experiencia directa hacia los bienes humanos básicos, y no tanto como una metodología cerrada en sus propias reglas: las reglas del discurso jurídico centradas en el *constructivismo ético*.

4. La ciencia del derecho “no piensa”

A) La frase de Heidegger “la ciencia no piensa”, pone de manifiesto las contradicciones que se presentan en la época de la técnica moderna y la *tiranía del método científico*.

B) La ciencia moderna se ha limitado a describir regularidades físicas o pragmáticas y exactitudes matemáticas: la ciencia ha dejado de reflexionar en la dimensión de la filosofía, porque cuando la ciencia se aproxima a determinada realidad para adquirir conocimientos y ordenarlos sistemáticamente, no advierte que también está haciendo filosofía desde cierta perspectiva práctica.

C) La ciencia moderna postula una aproximación teórica para la solución de los problemas que surgen de la experiencia, pero sin apreciar un conocimiento profundo de dichas verdades, que se derivan del razonamiento práctico en la acción humana y su repercusión en la filosofía jurídica.

D) Reducir toda la realidad jurídica al método, es negar que la ciencia pueda pensar, pues *para negar la implicancia de la filosofía en la ciencia, es necesario hacer filosofía*.

5. El “método” hermenéutico y la constitución viviente: Robert Alexy como filósofo analítico impuro

A) El “método” hermenéutico no propone abandonar al modelo deductivo de la interpretación jurídica; sin embargo es necesario dar entrada a la ponderación de los derechos como una *práctica viva de los operadores jurídicos: la hermenéutica de la Constitución viviente*.

B) Gadamer se refiere a la tarea práctica del juez, cuando dicta una sentencia, lo hace con la *pretensión de ser una aplicación correcta y no arbitraria de las leyes*: “tiene que reposar sobre una interpretación “correcta”, y eso implica necesariamente que la comprensión misma medie entre historia y el presente.”

C) Gadamer ya había señalado, muchos años antes que Robert Alexy, la auténtica *vocación normativa* de la ponderación y su pretensión correctiva en la interpretación jurídica; la cual queda muy lejos de la metodolo-

gía positivista, que limita a la universalidad de la hermenéutica.

D) Si bien es cierto, Robert Alexy sostiene que su teoría de los derechos en la filosofía analítica y no en una hermenéutica filosófica; el mismo señala que su *teoría es una teoría primaria y no una teoría analítica pura*, porque investiga estructuras tales como los conceptos de los derechos fundamentales, la influencia de esos derechos hacia el ordenamiento jurídico y la fundamentación de los derechos fundamentales, siempre consideradas bajo la visión de conjunto de una *teoría integradora*.

E) Robert Alexy no se queda en la descripción de *cómo funciona el derecho*, sino también afirma su fundamento en *elementos indisponibles y ontológicos de la pretensión de corrección y del significado sustancial de la dignidad humana como una metafísica discursiva*; los aspectos consensuales de la construcción lingüística de dichos significados tienen sustento en el razonamiento práctico, principalmente en el reconocimiento de elementos de valor de los principios jurídicos y su ponderación.

6. Los elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica

A) La hermenéutica jurídica plantea ciertos elementos que responden al problema filosófico fundamental de la comprensión de los fenómenos humanos, y que tiene lugar por medio de la interpretación de los elementos fácticos, probatorios y jurídicos de los problemas legales y constitucionales.

B) La respuesta a la cuestión de qué significa comprender el significado de las normas jurídicas, no es del todo clara como debería de ser con la ciencia y sus métodos, pero también aquí cabría hablar de ciertas señas de identidad de los integrantes de este movimiento, que en los últimos 50 años se ha dado por llamar *hermenéutica jurídica*.

a) *Hermenéutica jurídica como ontología del lenguaje normativo*. Gadamer formula su hermenéutica, con una pretensión marcadamente ontológica, que tomó de su maestro Heidegger para entender “*el conjunto de la experiencia humana del mundo y de la praxis vital*”, cuya experiencia deriva no de la forma en la que comprende el sujeto, sino en su mismo acto en el que comprende y se sabe conocedor de esa realidad: la hermenéutica es una forma originaria del comprender la existencia humana, pues *la comprensión no es uno de los modos de comportamiento del sujeto, sino el modo propio de ser del estar ahí humano*.

b) *La filosofía hermenéutica es antipositivista y anticientificista*. La hermenéutica no acepta como único criterio de verdad el de la ciencia positiva, en cuanto a la confirmación o la falsación de las hipótesis que se plantean bajo su método. En el mundo de lo humano, esto es, el de las acciones que requieren ser *comprendidas*, el sujeto forma parte del propio proceso de conocimiento. Se trataría por tanto aquí de un conocimiento valorativo, aunque no por ello arbitrario, esto es, privado de criterios de objetividad.

c) *Interpretación circunstanciada por la tradición: el pre-judicio valorativo*.

En la hermenéutica, lo que hace que la comprensión o la interpretación, sea una actividad regida por criterios objetivos es que la misma se inscribe en el *contexto de una tradición*. La “precomprensión” en términos gadamerianos, viene a significar en el derecho la relación con un texto jurídico no se parte de cero, sino de una serie de experiencias previas; es decir de “pre-juicios”, que bien pueden ser verdaderos o falsos.

d) *El círculo hermenéutico*. El “método” de la hermenéutica jurídica, lejos de describir regularidades sociales o “hechos en bruto”, establece la posibilidad de la interpretación a través de la comprensión del *fenómeno vivo* que constituye la realidad humana. Es por ello que esa realidad tan compleja se comprende como la interpretación del todo, a la luz de sus partes, y a la vez, la interpretación de las partes a la luz del todo

7. *La tercera vía de la hermenéutica jurídica.*

1) *Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la realidad coexistencial entre el derecho y la moral*

A) La hermenéutica jurídica se plantea como una tercera vía, que termine con la dicotomía entre iusnaturalismos y positivismos centrada en dos elementos fundamentales: la coexistencialidad del derecho y la moral, así como la posibilidad de una *ética hermenéutica*.

B) La hermenéutica que proponemos dejará en claro que, el conocimiento de las teorías, metodologías, técnicas o ciencias, y cualquier otro elemento metafísico de la filosofía no pueden llegar a condicionar el acceso a la verdad

C) El conocimiento en el obrar humano como correcto, racional o justificado, se accede a él, a través de la recta razón de forma natural en la experiencia directa de los bienes humanos: la coexistencia entre la moral y el derecho.

D) *La posibilidad de una ética hermenéutica como filosofía práctica*. Con apoyo en Massini apreciamos ciertas insuficiencias de la hermenéutica gadameriana. Sin embargo, podemos encontrar elementos propositivos de una *ética hermenéutica*, con el basamento ontológico necesario para sostener el elemento de *indisponibilidad del derecho y su fundamentación objetiva*

a) *La revalorización de la phrónesis aristotélica.*

b) *Rehabilitación de la filosofía práctica.*

c) *La revaloración de la tradición y de la autoridad como fuentes de conocimiento y sentido moral.*

d) *La crítica al subjetivismo relativista.*

e) *Fundamentación filosófica de la ética.*

E) Las dicotomías entre iusnaturalismo y positivismo, hermenéutica y analítica, no deberían insistir en las “discusiones bizantinas” a las que se ha reducido el derecho contemporáneo y su pretensión de absolutizar y tironizar al derecho a través del método; las respuestas a los casos complejos no están sólo en la ley positiva, pero tampoco en argumentos morales

desprovistos de sistemática jurídica.

E) Para lo cual sostenemos una hermenéutica, como propuesta sólida de fundamentación sustancial para encontrar ese elemento de indisponibilidad del derecho: *la teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA “METODOLOGÍA” DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

SUMARIO: 1. ¿Derechos fundamentales o derechos humanos? 2. Interpretación constitucional y cognitivismo ético: *el horror vacui del jurista positivo*: 1) Filósofos y constitucionalistas en la frontera del derecho y la moral. 2) La rehabilitación de la razón práctica: la racionalidad de la normatividad del derecho. 3) La paradoja del lenguaje normativo de los derechos: entre *irracionalismo* e *hiperracionalismo*. 4) El *horror iuris naturalis*, bloque de constitucionalidad y la “miasma” de los derechos. 3. Una teoría hermenéutica con pretensiones filosóficas. 4. El *aquí y ahora* de la hermenéutica jurídica. 5. La paradoja existencialista y el antihumanismo de

Heidegger. 6. La hermenéutica de los derechos y el reduccionismo del positivismo metodológico: Kelsen y Hart, entre *decisionismo y positivismo débil*: 1) Hans Kelsen. 2) H.L.A. Hart. 3) Las respuestas pendientes del positivismo contemporáneo. 7. La mitología jurídica de la modernidad a través del método

Los derechos humanos además de tener una pretensión de universalidad en el contexto del derecho internacional, no pueden limitarse a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Los filósofos y constitucionalistas en el derecho contemporáneo, comparten temas que hacen que se encuentren en la frontera del derecho y la moral, sobre todo en la interpretación de las normas de derecho fundamental. En ese contexto es que la *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, constituye una propuesta de la filosofía del derecho, que pretende sistematizar y ordenar lo que entendemos en el ámbito de la interpretación, comprensión y aplicación de las normas de derecho fundamental.

Los problemas que plantea la hermenéutica se encuentran en una *realidad situada, en un aquí y ahora*; las preguntas sobre la verdad, la justicia y sus normas, ya no se encuentran teñidas de neutralidad estéril, sino de las más intrincadas preguntas del derecho contemporáneo.

Se podrá cuestionar que la hermenéutica tiene antecedentes incompatibles con una ética, o con una filosofía moral que intente fundamentar una teoría de los derechos fundamentales de tendencia humanista, sin embargo, Gadamer *humanizó el existencialismo de Heidegger*.

La hermenéutica de los derechos cuestiona el reduccionismo del positivismo metodológico; si bien es cierto que el positivismo jurídico como en Hart y Kelsen, rechazan la aplicación unívoca del método deductivo para solucionar todos los problemas, termina sosteniendo que la decisión se toma sólo por la voluntad del operador jurídico sin atender a su contenido de justicia.

Por ello, la metodología jurídica de la modernidad se ha vuelto una auténtica *mitología jurídica*, pues el jurista positivo se ha quedado con fórmulas y reglas lógicas, más que con soluciones que atiendan a los problemas surgidos de la realidad histórica y al contenido material de los derechos fundamentales.

1. ¿DERECHOS FUNDAMENTALES O DERECHOS HUMANOS?

La hermenéutica jurídica a la que nos hemos referido, no tiene un “método” específico para la interpretación de los derechos fundamentales, sino que constituye un análisis filosófico que devela el razonamiento práctico del hermeneuta en la elección del método; ante la experiencia de la comprensión e interpretación de los textos de cualquier naturaleza, el operador jurídico no es neutral. Es necesario justificar esa interpretación, ar-

gumentando en determinado sentido, cuál es el contenido de la norma que se interpreta, o más específicamente, de ese derecho fundamental.

En ese sentido, cuando nos referimos a derechos fundamentales, derechos humanos, derechos naturales o derechos morales, o cualquier otra denominación que se le quiera dar a las *prerrogativas indisponibles e inherentes a la persona humana*, conlleva de forma necesaria la adhesión, toma de postura o razonamiento argumentativo a una tradición filosófica, jurídica, política, ética o moral. Argumentar, aclarar o referirnos a cualquier realidad del hombre en sociedad, que implique definir el concepto o extensión de un derecho humano, ya estamos interpretando la realidad humana en el contexto social al que pertenece, en un *aquí y ahora* circunstanciado.

Por ello, el jurista contemporáneo tiene una cita impostergable con la historia, y sobre todo, con las preguntas fundamentales del derecho, principalmente en su relación con la moral. Las normas que le confieren protección jurídica en el ordenamiento fundamental del Estado a los individuos, bien de fuente nacional o internacional, es y será un tema esencial en el derecho posmoderno de inicios del siglo XXI, a través del diálogo judicial entre los tribunales constitucionales de los estados, con los criterios relevantes que emitan las cortes internacionales de derechos humanos.

Si bien en la doctrina del derecho constitucional contemporáneo se han dado por llamar *derechos fundamentales*, ha sido por la influencia decisiva de la paradigmática Constitución alemana de la posguerra, mejor conocida como *Ley Fundamental de Bonn*, en vigor desde 23 de mayo de 1949; la cual ha designado con esa “nomenclatura” a todas las normas que se encuentran bajo su amparo. Dicha norma fundamental establece derechos, y si esos derechos se encuentran en la Ley “Fundamental”, su designación corresponde a Derechos “Fundamentales”.¹⁹⁶

Sin embargo una “Ley básica”, concebida como algo provisional y transitorio como la Ley “Fundamental” de Bonn, no se puede entender como una *norma de clausura* para designar bajo su fuerza normativa, que únicamente los derechos consagrados en dicha norma fundamental, son derechos humanos, y los derechos no considerados en la misma, no son derechos o simplemente no existen.

La distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales que se hace en el ámbito doctrinal, no tendría mayor relevancia para la her-

¹⁹⁶ CRUZ VILLALÓN, Pedro “La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse”, en HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, selección y traducción Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Introducción Pedro Cruz Villalón, Epílogo Miguel Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 225 y ss. Para la explicación de la Ley Fundamental de Bonn, como una norma provisional y transitoria, y no propiamente una Constitución definitiva como nominalmente quedó significada. Véase *In-fra* “La Ley Fundamental de Bonn y el nacimiento de los tribunales constitucionales: el *Bundesverfassungsgericht*.”

menéutica constitucional. Porque los derechos fundamentales o derechos humanos son las prerrogativas inherentes a la persona, nace con ellos y la Constitución no hace más que positivizarlos; el documento fundamental del Estado no crea los derechos, no los otorga, sino que únicamente los reconoce desde la norma positiva de máximo rango y fuerza normativa en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, si bien los derechos fundamentales, son derechos humanos positivizados, la Constitución no puede establecer de manera excluyente, que solo los derechos humanos reconocidos en dicha norma rectora, se van a proteger y garantizar. Por lo cual, los derechos humanos además de tener una pretensión de universalidad en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, no pueden limitarse a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Por lo anterior, *todos los derechos fundamentales son derechos humanos, pero no todos los derechos humanos son derechos fundamentales*. El género son los derechos humanos y la especie son los derechos fundamentales establecidos en la Constitución; sin embargo los derechos fundamentales no dejan de compartir la naturaleza de los derechos humanos.¹⁹⁷

En el caso mexicano podríamos estar dentro de esas coordenadas, de las constituciones cargadas de valores¹⁹⁸: una *Constitución como norma jurídica operativa y vinculante*, en sintonía con el Estado de derecho Constitucional. Ahora el problema en torno al grado de reconocimiento de esos derechos se ha trasladado al nivel de la interpretación de las normas. Muy pocos juristas negarán que el derecho y la moral no tienen ninguna relación, sino que la discusión se centra en el tipo de argumentos que proporciona la escuela filosófica, a la que se adscribe el operador jurídico cuando interpreta esas normas.

Bajo las ideas antes perfiladas, es necesario aclarar para efectos de nuestro estudio, que los derechos fundamentales y los derechos humanos no tienen una diferencia sustancial, pues el concepto de derechos humanos incluye a los derechos fundamentales. Sin embargo es pertinente dar una definición de derechos fundamentales en los siguientes términos.

Los derechos fundamentales son aquellas prerrogativas indisponibles de la persona humana, que el poder público reconoce en la Constitución así como en los tratados internacionales, para su cumplimiento por los órganos del Estado, así como por los organismos internacionales o comunitarios; lo que se traduce en la vinculación de todo el ordenamiento jurídico y acto de

¹⁹⁷ Podríamos considerar que un derecho fundamental a diferencia de un derecho humano, es el derecho a los medios electrónicos de información, los cuales no son derechos naturales en sí mismos, así como el derecho a votar; esos derechos se establecen en las constituciones como prerrogativas esenciales del Estado de derecho democrático, como bases fundamentales para el desarrollo de sus instituciones.

¹⁹⁸ Véase CRUZ, Luis M., *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005.

autoridad, al deber de promover, respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos positivizados, así como los no contemplados en la Constitución y/o que se deduzcan de su hermenéutica jurisprudencial.

2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y COGNITIVISMO ÉTICO: EL HORROR VACUI DEL JURISTA POSITIVO

1) Filósofos y constitucionalistas en la frontera del derecho y la moral

La teoría del derecho y en lo particular la teoría constitucional, se encuentra en la convergencia de diversas disciplinas jurídicas que intervienen en la función judicial de determinar los significados concretos de *deber ser* de los derechos fundamentales en los casos constitucionales: la metodología del derecho y la filosofía jurídica se enfrentan al reto de establecer directivas de interpretación, que proporcionen *parámetros normativos para juzgar acciones humanas en el ámbito moral de lo jurídico*.

La rehabilitación de la razón práctica es el punto de partida, en la interpretación jurídica y en lo particular, en la constitucional. Dicho despertar normativo de la moral en el derecho, ha terminado por modificar de manera profunda la fisonomía formal y material de los sistemas jurídicos, en la aplicación de los principios como normas de derecho fundamental. Es así como adquiere relevancia el concepto y significado de la Constitución, y sus manifestaciones normativas se proyectan, bien como principios o como reglas.

La revisión a los postulados del derecho natural con el neoconstitucionalismo, aunado sus desarrollos doctrinales, cuestionan los fundamentos mismos del ordenamiento jurídico que dejó el positivismo y sus variantes como el garantismo de Ferrajoli y en general el positivismo metodológico. El debate actual de la filosofía del derecho es un momento singular en la historia del pensamiento, para poner en el centro del debate diversos temas de gran relevancia para la justicia constitucional y la práctica argumentativa de las decisiones del poder público.

Dichos temas fundamentales son entre otros: la distinción de reglas y principios, la racionalidad de la ponderación y el principio de proporcionalidad, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, la relación del derecho y la moral, la dignidad humana y su relación con los derechos fundamentales, la correlación del bien común y el bien individual, los alcances y delimitaciones racionales en la interpretación de los derechos fundamentales, el surgimiento y desarrollo del control de constitucionalidad y de convencionalidad y sus paradigmas hermenéuticos como el principio de interpretación conforme y el principio *pro persona*, entre

otros temas del derecho constitucional y convencional contemporáneo.¹⁹⁹

Los temas en cuestión, son elementos esenciales que conforman la base de los actuales sistemas constitucionales, así como los fundamentos de sus dimensiones jurídicas y políticas en el modelo de justicia constitucional. El análisis de dichas instituciones constitucionales, se encuentra vinculado de manera inexorable con problemas y conceptos provenientes de la filosofía del derecho de nuestros días. En resumidas cuentas, se tratan de *elaboraciones de constitucionalistas con inquietudes filosóficas*.²⁰⁰

En la actualidad parece incontrovertible aceptar, que buena parte de los esfuerzos filosóficos de la segunda mitad del siglo XX estuvieron encaminados a desarrollar lo que se ha dado por llamar “la rehabilitación de la filosofía práctica” o “rehabilitación del saber práctico”, en tanto saber que orienta el obrar y la vida del hombre. Los desarrollos filosóficos en autores como Hannah Arendt, John Rawls o Jürgen Habermas, por mencionar algunos, constituyen ejemplos de los esfuerzos más representativos por llevar a cabo dicha rehabilitación.²⁰¹

En el ámbito de la filosofía del derecho en lo particular y a la luz de dicha rehabilitación del razonamiento práctico en el pensamiento filosófico en general, el neoconstitucionalismo es entendido como una doctrina que pugna por la materialización del ordenamiento jurídico, cargado de principios y valores contenidos en la Constitución bajo la forma de derechos fundamentales, que hacen que se unan en un mismo objeto de estudio “filósofos del derecho con vocación de constitucionalistas” como, por ejemplo, Robert Alexy, Ronald Dworkin o Carlos S. Niño y por “constitucionalistas con vocación de filósofos del derecho”, como Zagrebelsky.²⁰²

El *neoconstitucionalismo hermenéutico* o *hermenéutica iusfilosófica*²⁰³, no

¹⁹⁹ Uno de los temas fundamentales de nuestro estudio, es la proyección de la hermenéutica constitucional de los derechos humanos, hacia las normas contenidas en los tratados internacionales de la materia, tema que ya nos ocupamos de manera específica en otro lugar Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit.

²⁰⁰ La visionaria propuesta de Alfonso Santiago, se centra en una nueva relación de la filosofía jurídica en torno a los temas constitucionales contemporáneos; en los cuales ciencia jurídica y filosofía, en suma derecho y moral, se encuentran inexorablemente vinculados, muy similar a la propuesta hermenéutica que se formula en el presente estudio, con la variante de que dicha relación es de coexistencia. Véase SANTIAGO, Alfonso, *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho, Consideraciones iusfilosóficas acerca de unos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

²⁰¹ SALDAÑA, Javier “Rehabilitación de la filosofía práctica y el derecho” en *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, op. cit., p. 39.

²⁰² GARCÍA FIGUEROA, Alfonso “Constitucionalismo y positivismo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, núm. 54, Septiembre-Diciembre, 1998.

²⁰³ Los dos conceptos refieren al mismo objeto de conocimiento pero con distinto enfoque. El *neoconstitucionalismo hermenéutico* es la filosofía analítica que se centra en el lenguaje normativo de la Constitución y la aplicación de los contenidos indeterminados de las normas a través de la metodología de la ponderación de principios, el principio de proporcionalidad, o cualquier otra herramienta hermenéutica que traduzca ese lenguaje

es ese iusnaturalismo racionalista, dogmático y anquilosado que se plantea desde un mundo etéreo en el cual los derechos humanos se conciben como deidades eternas y abstractas, alejadas del entendimiento humano. Por el contrario, los derechos humanos son prerrogativas indisponibles de la persona humana, que se centran en su radical existencia en el mundo de la vida y su relación con la sociedad en la que se desarrolla sus potencialidades.

La concreción y actualización de los derechos humanos en *clave hermenéutica*, se vislumbra desde las más concretas manifestaciones de los contenidos materiales de justicia, que precisan de esa estrecha relación en las situaciones más comunes de la vida cotidiana desde un punto de vista sustancial. Sin embargo, la hermenéutica no menosprecia los aspectos procedimentales y conceptuales que proporcionan las teorías discursivas y analíticas del lenguaje normativo de los derechos fundamentales como las de Robert Alexy, o garantistas como la de Luigi Ferrajoli.

El debate iusnaturalismo y positivismo en realidad son problemas éticos de fundamentación práctica de las normas legales, y en general de los actos en los que tienen como principal elemento, la adecuación de valores de justicia en el contenido normativo individual o general, que emana del derecho y que aplica el poder público, esencialmente en la función judicial de declararlo, aclararlo, constituirlo o extinguirlo.

Alexy nos enseña que “el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista.”²⁰⁴ En ese mismo tenor Francisco Laporta afirma que “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la filosofía del derecho *está*.”²⁰⁵

La pregunta por el problema entre el derecho y moral, al que se refieren los anteriores autores, de ser una pregunta conceptual, se ha vuelto una

normativo a través de una metodología que vincula de manera necesaria el derecho y la moral. Por su parte, la *hermenéutica iusfilosófica* es el aspecto netamente filosófico de la hermenéutica que pretende ver al derecho, más que una metodología, una *práctica viva de interpretación fáctica, en la concreción de las normas de derecho fundamental, como bienes humanos positivizados y circunstanciados en los casos particulares*. En última instancia, la diferencia específica entre dichas versiones gnoseológicas del contenido de valor de las normas de derecho fundamental, es que la *hermenéutica iusfilosófica*, constituye una resistencia al normativismo axiomatizante de la metodología jurídica de la modernidad; y el neoconstitucionalismo hermenéutico sigue siendo una versión metodológica del derecho moderno, en ocasiones con parentescos muy cercanos al positivismo metodológico. Por lo cual, la hermenéutica tendrá como principal prevención no insistir en la separación del derecho y la moral en la *metodología descriptiva del lenguaje normativo de la hermenéutica en su sentido impropio*.

²⁰⁴ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 13.

²⁰⁵ LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, 3° reimp., Fontamara, México, 2007, p. 7.

pregunta existencial. Derecho y moral, no es un problema metodológico y conceptual de forma exclusiva. Dicha relación atañe más a la hermenéutica que a la “filosofía jurídica” contemporánea. Esta última insiste en posiciones metodológicas, que no pasan de ser análisis de significados lingüísticos y procedimentales, para buscar un “consenso argumentativo” en la congruencia interna del sistema jurídico.

Si bien son importantes dichos planteamientos, la hermenéutica pondrá prevenciones muy importantes desde el enfoque de la filosofía práctica, para distinguir cuando estamos ante un razonamiento que insiste en el formalismo ético del *constructivismo jurídico*; que se centra en el lenguaje formal del derecho, muy propio de la teoría analítica a la que se adscriben muchas teorías neoconstitucionalistas, incluyendo al positivismo metodológico en general o el garantismo en ciertos aspectos.

En ese orden de ideas, hemos de dar un paso decisivo en esta dirección. Debemos reconocer la necesidad de modificar el modo en que los operadores jurídicos entienden el derecho y lo aplican, pues aún pesa fuertemente sobre las espaldas de los operadores jurídicos -legisladores y jueces constitucionales-, la forma unívoca en la que enfocan el problema: “es en ese sentido que la tendencia dominante en la modernidad, a identificar, sin más, la razón como tal, con la razón *teórico-especulativa*, concebida fundamentalmente con una razón fundamentadora, en el sentido deductivista del término.”²⁰⁶

Por otra parte esta tendencia lleva asociada la de reducir el papel y el alcance de la llamada “razón práctica”. Es decir esa razón que está vinculada con la acción productiva y con el obrar práctico, la cual, en términos del *racionalismo moderno*, tiende a ser concebida, a lo sumo, como una facultad inferior que quedaría, como tal, subordinada, en última instancia, a la razón especulativa.²⁰⁷

En ese contexto, es claro que al momento de aplicar las reglas de dicha razón teórica, se está desarrollando un solo aspecto de una moral fundamentable de forma racional y lógicamente sistematizada, sin adentrarse a los aspectos materiales que representa el *núcleo deóntico de los derechos fundamentales*. Es decir, se está diciendo cuáles son los límites del consenso intersubjetivo por los tribunales o del legislador, cuando se toma una decisión para determinar la prevalencia entre dos derechos; como el derecho a la información y el derecho a la privacidad, pero en ocasiones jamás se dice el contenido material de esos derechos, ni su delimitación deóntica, ni su fundamento.²⁰⁸

²⁰⁶ VIGO, Alejandro, *Estudios aristotélicos*, Eunsa, Navarra, 2006, p. 280.

²⁰⁷ *Idem*.

²⁰⁸ La conclusión de un trabajo previo, es precisamente complementar la teoría discursiva de los derechos fundamentales como la sostenida por Robert Alexy, con la hermenéutica iusfundamental, que toma en cuenta el aspecto analítico, lingüístico y normativo de las normas iusfundamentales con “un tipo de razón práctica que juzgue los actos propios del obrar humano de forma prudencial, en el que prevalezca el respeto a la dignidad de la

La *ética discursiva* de Habermas en la que se sustenta Alexy, y de alguna manera Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero; el *constructivismo ético* de John Rawls y Carlos S. Nino; la escuela del *realismo jurídico* genovés de Paolo Comanducci o Riccardo Guastini; la *teoría garantista* de Luigi Ferrajoli; el *neoconstitucionalismo posmoderno* de Alfonso García Figuerola; algunos *positivistas metodológicos* como Luis Prieto Sanchís, José Juan Moreso, David Martínez Zorrilla, entre otros; en general las corrientes *antipositivistas* como Ronald Dworkin y Gustavo Zagrebelsky; la *hermenéutica analógica* en autores como Mauricio Beuchot y Jesús Antonio de la Torre Rangel y finalmente cierto *neoiusnaturalismo hermenéutico* de Andrés Ollero, Carlos Massini, Pedro Serna, Francesco D'Agostino, Francesco Viola, Rodolfo Vigo y Renato Rabbi-Baldi; todos ellos comparten las características distintivas del pensamiento filosófico contemporáneo en un cierto intento, común a dichas escuelas filosóficas y líneas de pensamiento, por recuperar o *rescatar la especificidad de la razón práctica en el derecho: el derecho proporciona razones para la acción, razones para dirigir u orientar conductas y no solamente para describirlas.*

Todas las teorías del constitucionalismo contemporáneo, no tendrán empacho en suscribir la tesis de que la doctrina constitucionalista en general, no sólo buscan describir los logros que ha tenido el constitucionalismo, sino que de manera crítica los valora positivamente y pugna por su defensa y ampliación; sobre todo en la implementación de mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales para condicionar a todo acto del poder público y privado por el respeto a la Constitución.²⁰⁹

Por lo que respecta a las coincidencias entre neoconstitucionalismo y garantismo, su relación ha sido la confusión y enfrentamiento, como resultado de representar en sus construcciones teóricas y filosóficas, las más importantes propuestas del paradigma constitucional dentro del debate de la teoría constitucional y de la Constitución. Pedro Salazar ha señalado con buen sentido analítico, que “ambas aproximaciones dan cuenta de la existencia y operación del modelo democrático constitucional vigente en la

persona sobre el consenso” Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 386 y ss.

²⁰⁹ Esa será la definición del neoconstitucionalismo ideológico que sin ningún problema suscribimos. Sin embargo, resulta cuestionable estigmatizar dicho modelo *ab initio* o *in nuce* de “ideología”, reticencia que más bien encierra una posición “filosófica”, teñida de positivismo; niega que el operador jurídico, pueda conocer normas morales en la argumentación iusfilosófica, cuando interpreta y aplica derechos fundamentales como principios. Cabe resaltar que en todo el artículo, Comanducci no cita ninguna referencia al modelo neoconstitucionalista como filosofía, sino como “ideología”, por mantener la división positivista de Norberto Bobbio; y en consecuencia, niega a la razón práctica su carácter objetivo, tal y como lo como sostiene el *cognitivismo ético*. Cfr. COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico” en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., pp. 85-86.

mayoría de los Estados occidentales” además de que “con un enfoque ideológico y una política constitucional similares”²¹⁰ se ocupan de dicho *modelo jurídico-político en el contexto de la construcción del Estado de derecho constitucional*.

La *koiné* (lenguaje común) de *la hermenéutica de los derechos*, estriba en rehabilitar la idea clásica de una “filosofía práctica”, que aspire no sólo a elucidar las estructuras fundamentales del mundo abierto a la acción humana.²¹¹ La acción comunicativa e intersubjetiva, la posición crítica o analítica del derecho en el lenguaje normativo, han provisto de la orientación y dirección a los agentes racionales, para realizar su obra dentro de este mundo en la protección de los derechos fundamentales como límites al poder, desde cualquier ideología o posición filosófica.

Sin embargo, el positivismo jurídico no saldrá bien librado en la búsqueda de un razonamiento práctico, que logre traducir el contenido normativo al que aluden los derechos fundamentales. Rodolfo Vigo acusa al modelo dogmático decimonónico y a la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, de identificar al saber jurídico con el científico. La exégesis positivista trataba al derecho desde la única perspectiva del modelo de la ciencia, inspirado en el modelo *físico-matemático* que buscaba construir de manera auténtica una ciencia jurídica que proclamara exactitud y objetividad.²¹²

Ese modelo “científico”, requería una perspectiva descriptivista, eliminando en consecuencia la dimensión axiológica del derecho y considerar sólo los elementos estructurales del mismo. Desde Savigny, hasta Kelsen, el derecho de la modernidad tuvo como matriz epistemológica al *Círculo de Viena*, la alternativa cognoscitiva de los juicios apriorísticos o tautológicos, que iban en pugna frontal con los juicios a posteriori o verificables que niega el saber o la razón de carácter práctico²¹³, por no estar fundamentados en la experiencia posterior que requiere la ciencia empírica o experimental que conoce el *fenómeno susceptible de valoración física-especulativa*.

2) La rehabilitación de la razón práctica: la racionalidad de la normatividad del derecho

Muestra de la reacción en contra de ese reduccionismo científico, es el amplio movimiento de *rehabilitación de la razón práctica*, surgido en los años 60’s en Alemania, sobre todo en conexión con la figura de Hans-

²¹⁰ SALAZAR UGARTE, Pedro, *Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente. Algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes*, en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Normas, razones y derechos, Filosofía jurídica contemporánea en México*, Trotta, Madrid, 2011, p. 257-258.

²¹¹ VIGO, Alejandro, *Estudios aristotélicos*, *op. cit.*, p. 280.

²¹² VIGO, Rodolfo, *De la ley al derecho*, *op. cit.*, p. 17.

²¹³ *Idem*.

Georg Gadamer –con el bagaje conceptual de Heidegger como su maestro– con su *filosofía hermenéutica*, y también en el actual auge de las corrientes vinculadas con el comunitarismo de corte neoaristotélico (y neohegeliano) con representantes tan influyentes como Alasdair McIntyre y Charles Taylor.²¹⁴

Dentro de dichas corrientes filosóficas se distingue uno de los ejes fundamentales de este redescubrimiento y esta *rehabilitación de la razón práctica* en su especificidad irreductible por el intento de esclarecer la relación particular que existe entre dicha razón, justamente en cuanto *práctica*, y el horizonte del tiempo, en general, y del futuro, en particular.²¹⁵

En ese mismo tenor, M. Riedel coordinó un libro a principios de 1970, que constituye la primera referencia al tema de forma específica titulado “rehabilitación del saber práctico”. La finalidad consiste en iniciar un movimiento que pugne por la confianza en emprender un conocimiento por distintos caminos y fuentes, de las valoraciones de las conductas humanas con el objeto de dirigirlas. *El reino de los valores ya no queda sumido en la subjetividad o la irracionalidad, sino que es posible justificar racionalmente decisiones o postulados en aquel terreno, como propuestas sustanciales o procedimentales que se hacen cargo de juicios valorativos o normativos de validez intersubjetiva u objetiva.*²¹⁶

La peculiaridad del *círculo hermenéutico* que caracteriza la versión contemporánea representa una actualización significativa de la concepción clásica, y explica su productividad en el marco de un nuevo contexto interpretativo²¹⁷; como es el caso del neoconstitucionalismo, en el que uno de sus principales postulados es la aplicación normativa de la Constitución en la prevalencia de los derechos fundamentales en el contexto de una relación necesaria entre moral y derecho.

La ponderación requiere de la concreción racional de los derechos fundamentales por el juez constitucional, a través de la argumentación jurídica. Por lo cual, la rehabilitación de la razón práctica fungirá como *parangón hermenéutico necesario*, para la valoración de los actos de habla sustentados en una fuerte pretensión de corrección, como la postura alexyana que se adscribe en la ética discursiva de Habermas.²¹⁸

Por otra parte, las nuevas versiones de razón práctica se han vuelto en

²¹⁴ VIGO, Alejandro, *Estudios aristotélicos*, op. cit., p. 280

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ VIGO, Rodolfo, *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 17-18. La primera documentación general sobre este debate fue recopilada por RIEDEL, M. (ed.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, 2 vols., Freiburg i. Br., 1972-1974. cit. por VOLPI, Franco, “Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo”, traducción del francés: Alejandro G. Vigo, en *Anuario Filosófico*, 1999 (32), pp. 315-342.

²¹⁷ *Idem.*

²¹⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 110 y ss. Sin dejar de lado que existen diferencias entre Alexy y Habermas en cuanto a la ponderación; para el primero es un mecanismo racional, y para el segundo, una decisión meramente intuitivista.

diversas formas de la concepción clásica de cuño aristotélico, y ello en el marco de una fuerte reacción contra la concepción de la racionalidad característica de la ilustración moderna.²¹⁹ La rehabilitación de la razón práctica deja en evidencia, lo que en su momento se pretendió formular como un sistema de racionalidad alejado del esquema planteado por el positivismo dogmático decimonónico. Por otra parte, se pretende estructurar una teoría sistemática que se tornará crítica del derecho, para buscar las respuestas que este no proporcionaba a la luz de una metodología monológica, que mantenía al derecho como una estructura cerrada a las valoraciones de tipo moral, como ahora se viene reformulando por el neoconstitucionalismo.

Ahora bien, en estos tiempos de ostensible complejidad e incertidumbre ante el derrumbe de la dogmática positivista, es un síntoma destacable del pensamiento actual, la preferente atención por un concepto adecuado de razón práctica que proporcione luces y directrices claras a la conducta humana, en lo particular en lo que nos interesa, en la corrección o incorrección de las decisiones judiciales en cuanto a su justificación argumentativa.

El estado actual que impera en la filosofía del derecho contemporánea, ha limitado al concepto de razón práctica en la mayoría de las ocasiones, a un significado de “fundamentabilidad” de las respuestas a los casos en los que es necesario argumentar con razonamientos morales; tal como sucede con la teoría discursiva de los derechos fundamentales de Robert Alexy, cuando se realiza la optimización de un principio sujeto a ponderación, la razón práctica pudiera llegar a reducirse a una serie de exigencias formales en la atribución de consenso intersubjetivo, como cumplimiento de las reglas del discurso.²²⁰

Por decirlo paradójicamente, *la ética discursiva que apela a principios morales para fundamentar los argumentos jurídicos, termina por centrar sus criterios de corrección en reglas formales del discurso, es decir, en un formalismo si bien no jurídico como el positivista, si un formalismo ético en reglas procedimentales del discurso moral. En suma “principios” morales que terminan convirtiéndose en “reglas” del discurso jurídico, o dicho de otra manera, una ética de principios justificada en reglas formales del discurso jurídico.*

De igual forma, cuando se trata de teorías analíticas como la garantista de Ferrajoli o el realismo jurídico genovés, impera la visión neutral del derecho con el positivismo incluyente o metodológico. La contingencia entre el derecho y la moral, al no existir una relación necesaria, deja en evidencia la correspondiente discrecionalidad del juzgador de ponderar las normas, que terminan por asignarles un significado de manera subjetiva, dejado a la libre decisión del intérprete.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 290.

²²⁰ *Ibidem*, pp. 184 y ss.

Dicha discrecionalidad pudiera menguar la operatividad de la razón práctica, como ponderación carente de contenido, dejada a la libre determinación del aplicador del derecho, soslayando el sentido de justicia material que necesariamente debe concretar en el caso particular. En este aspecto el positivismo metodológico, afirmará que el problema central de la interpretación Constitucional, consiste en la asignación de significados sin un contenido moral preciso que condicione la validez de la determinación.

Para Konrad Hesse –y contrario al escepticismo moral de la analítica del derecho garantista de Ferrajoli– “el cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión”.²²¹ Por lo anterior, es claro que para Hesse, la actividad interpretativa de la norma fundamental, que realiza el operador jurídico constituye un proceso de carácter *racional y controlable*.

En ese sentido y de conformidad al criterio de corrección que el intérprete constitucional haya adoptado, debe pasar por el tamiz de la actividad interpretativa como operación racional así como fundamento del resultado de la decisión; operación que no se reduce al subjetivismo caprichoso e incontrolable del juzgador, ni tampoco al simple *intuicionismo-decisionista* como lo sostiene la tesis positivista en la mera asignación de significados de la norma.

Además, Hesse acusa al positivismo de haber desatendido la finalidad interpretativa del derecho, por permanecer de forma acrítica a los “valores”. El positivismo ha conducido a una creciente inseguridad, por lo cual Hesse no dejará de acentuar su propósito en la expansión del método de las ciencias del espíritu –muy similar al proyecto hermenéutico de Gadamer–, para sostener una posición axiológica y procurar no permitir regresar a los viejos cánones de interpretación legalistas y exegeticos.²²²

La razón práctica tiene un significado más profundo que en el simple análisis del lenguaje, la constatación del consenso o la deducción formal de los contenidos normativos de los derechos fundamentales como reglas o principios. Las confusiones entre razón práctica y razón teórica, no han sido sólo en las corrientes positivistas, críticas o analíticas del derecho.

Al parecer, los mismos filósofos iusnaturalistas han contribuido a la confusión, al deformar el concepto de ley natural como un “legalismo” abstracto que no atiende a la persona individual y a su autonomía moral. En parte, esas confusiones se deben a una interpretación incorrecta y falseada de la ley natural, en virtud de una fundamentación “física” de la misma. Muchos neoescolásticos que interpretaron el concepto tomista de ley natural como una “ética de normas legalista” desde el principio soslayaron la autonomía de la experiencia moral y la función *normativo-*

²²¹ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 58.

²²² *Ibidem*, pp. 58-59.

constitutiva que en ella cumple; en suma la diferencia y formulación de una teoría adecuada de la razón práctica y de su autonomía respecto de la razón teórica.²²³

Con la finalidad de encontrar una filosofía moral que exigiera respuestas a las injusticias perpetradas en la Segunda Guerra Mundial, el neoconstitucionalismo flexibilizó los métodos de interpretación jurídica para permitir introducir los contenidos materiales de justicia en el ordenamiento y juzgar con ello los crímenes que se hacían en nombre de la ley. Por otra parte, el neoconstitucionalismo, adoptó la rigidez constitucional, tan fuerte como para derrumbar cualquier decisión del poder público que violentara ese orden de valores establecidos desde la supremacía de la Constitución.

Además, es necesario advertir el peligro que puede ocasionar, cuando en la ciencia del derecho parte de una razón teórica que identifica sus postulados y fundamentos de carácter meramente formalista, como verificación de consensos entre participantes del discurso práctico para tomar por “correcta” la decisión. La versión procedimentalista del discurso jurídico, podría disfrazarse con el “ropaje” de una argumentación centrada en una adecuada formulación de la razón práctica como única fuente de toda racionalidad; al pretender hacer *metateoría* del derecho desarrollando una teoría y metodologías sustentadas en postulados estrictamente *racionales-intersubjetivistas* que tienden más al procedimiento argumentativo que a la sustancia de la decisión.

Es decir, el formalismo ético terminará sustentando un procedimentalismo moral, que si bien no es positivista, si reduce en gran medida el aspecto material de los derechos fundamentales como núcleos deónticos indisponibles para el libre arbitrio de los operadores jurídicos; en tanto que la racionalidad “práctica” en la que se legitiman las intervenciones a los derechos en conflicto a través de consensos que se obtengan del discurso *argumentativo-discursivo*. Por lo cual, incide en el propio núcleo esencial para de los derechos fundamentales, para restarles la vinculatoriedad y fuerza jurídica que le dota la Constitución desde el mismo derecho positivo.

En suma, *no toda fundamentación argumentativa es constitutiva de razón práctica, pues cualquier teoría procedimentalista del derecho, debe atender a la valoración moral, sustantiva y material de las exigencias de justicia en la interpretación de las normas jurídicas; para que los operadores jurídicos ponderen los derechos de forma razonable, sin dejar de atender el núcleo indisponible y esencial que caracteriza cada derecho fundamental, en tanto justificación razonable de su decisión.*²²⁴

²²³ RHONHEIMER, Martín, *Ley natural y razón práctica, Una visión tomista de la autonomía moral*, op. cit., pp. 19 y ss.

²²⁴ Para dilucidar la confrontación de la razón práctica y la pretensión de corrección en la ética discursiva véase mi artículo “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación*

3) La paradoja del lenguaje normativo de los derechos: entre *irracionalismo* e *hiperracionalismo*

Bajo el contexto anterior, desde un inicio hacemos la propuesta de centrarnos en un debate más sustancial, que procedimental. No resulta recomendable para la filosofía del derecho, ni para la teoría constitucional, quedarnos en el aspecto “analítico” del lenguaje normativo de la filosofía en su aspecto formal. El objetivo de la hermenéutica iusfundamental, es que impere la decisión de la razón práctica para el respeto de la dignidad de la persona humana y el conocimiento racional de los *bienes humanos básicos*, sobre la decisión de las mayorías ocasionales y transitorias del poder en los órganos legislativos o jurisdiccionales, o bien, en las opiniones de calidad de los expertos.²²⁵

En el derecho posmoderno, en lo particular en la doctrina de la interpretación jurídica actual en su mayoría, se ha adoptado un fundamento escéptico del derecho y de su relación con la moral; y por ende, el desdén por la antropología filosófica que le da sustento, que le da fundamento. En ese sentido no es extraño escuchar autores que refieren a que la interpretación jurídica, sea solamente la *asignación subjetiva de significados sin contenido sustancial alguno, sino moléculas fonológicas de representación nominal-subjetiva de la realidad, a la que refieren las normas como una mera construcción del conocimiento*.²²⁶

La interpretación constitucional es muy importante, como para quedarse en una mera aplicación arbitraria, subjetiva y visceral de los derechos; como actos de voluntad que de manera irracional determina un significado sin un contenido moral preciso, racional, fundamentable, controlable y sobre todo, justificado.²²⁷

y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, op. cit., pp. 339 y ss y 355 y ss.

²²⁵ Esa es nuestra propuesta teórica desde el constitucionalismo contemporáneo, cuando definimos la prevalencia del *neoconstitucionalismo sustancial* sobre el *neoconstitucionalismo procedimental*. *Ibidem*, pp. 195-398.

²²⁶ Nos referimos principalmente al positivismo metodológico (Hart y Bulygin), al garantismo o constitucionalismo positivista (Ferrajoli) y en general a la escuela analítica del derecho (principalmente la *escuela genovesa* de Riccardo Guastini y Paolo Comanducci), que niegan la relación necesaria entre el derecho y la moral; limitan el conocimiento moral del derecho, a referencias contingentes del legislador y de los jueces que no reflejan el núcleo indisponible de los derechos humanos con fundamento ontológico y la existencia de verdades morales objetivas.

²²⁷ En franca referencia al modelo epistemológico de Riccardo Guastini, que concibe a la interpretación jurídica desde una postura positivista, al afirmar que en la aplicación de las normas jurídicas no hay un acto de conocimiento objetivo, sino un *acto de voluntad irracional*; al asignar de manera subjetiva e intuicionista, el contenido normativo de la regla establecida en la ley, además de negar la existencia de los principios, la ponderación de los mismos y principalmente la *singularidad de la razón práctica*. Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer i Bel-

Ahora los conceptos jurídicos indeterminados, son conceptos jurídicamente controvertidos a la luz de una teoría, filosofía o metodología del derecho, la moral o la política; en la cual las decisiones del poder público deben tener justificación razonable, para poder decir que están suficientemente razonadas.

Los paradigmas legalistas que subsisten, como muestra de la gran influencia del normativismo positivista, ponen de relieve que los problemas torales en la interpretación de las normas de derechos fundamentales, se reducen a la construcción de conceptos de forma subjetiva.

El positivismo niega que podamos conocer un contenido preciso, por referir a conceptos abstractos como la justicia (Kelsen), ante la incapacidad del operador jurídico para razonarlo, luego entonces hablamos de un *irracionalismo*; o por otra parte, cuando el concepto refiere a una problemática tan intrincada, o a una realidad inabarcable, como es el derecho (Hart), que no se puede proporcionar un concepto, de tal suerte que se implemente una norma de clausura para contemplar todos los casos bajo su significado, luego entonces hablamos de *hiperracionalismo*.

Para nosotros, proponer la posibilidad de que *el hermeneuta constitucional*, pueda conocer en la interpretación de las normas constitucionales iusfundamentales y su relación con los casos concretos, los contenidos de valor, jurídicamente vinculantes y operativos hacia todo el ordenamiento jurídico, será imprescindible para una adecuada concreción del significado *normativo-indeterminado* de dichas normas: el *cognitivismo ético*.

La *rehabilitación de la razón práctica* que requiere el paradigma de la Constitución, para la adecuada concreción de sus normas iusfundamentales, precisan de una epistemología jurídica asequible al conocimiento de los *bienes humanos*, que se encuentran inmersos en el contexto de justificación de las normas jurídicas, con fuertes contenidos y cargas argumentativas de carácter moral.

El problema central de la filosofía del derecho de nuestros días, es sin duda el problema entre el *cognitivismo ético y el escepticismo*. En ese intrincado debate se encuentra la pregunta fundamental, por la búsqueda de parámetros objetivos que proporcionen al derecho, elementos relevantes para decidir las cuestiones constitucionales. En el centro de dichas cuestiones se encuentran implicados los bienes y derechos más preciados de las personas, como la vida, la libertad, la propiedad, etc.

Por lo cual, el derecho moderno que nació bajo el calor revolucionario de la ilustración, le dio una especial relevancia "ética" al acto legislativo, en el que el soberano del pueblo reconocía valores inscritos en las mismas normas; pero con la condicionante de que el "aplicador" del derecho no pudiera

tran, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 170. La explicación del escepticismo de Guastini con respecto a la ponderación Véase MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 159-163.

extender esa prerrogativa soberana en la interpretación de las mismas al operador jurídico.

De esa manera, fue que el mismo positivismo introdujo un *inequívoco cognitivismo implícito*, que con frecuencia acaba pasando inadvertido²²⁸, pues en la aplicación del derecho, se dio por sentado que la única ética que podía reconocer la norma jurídica, es aquella que el mismo legislador, en ejercicio de su soberanía, incorporaba principios, valores y demás directrices éticas y morales en el propio acto de legislar. De modo que, el instante hermenéutico del razonamiento práctico, fue obviado desde una perspectiva consciente, de que la valoración del derecho terminaba con la función legislativa; relegando a la interpretación a un plano secundario, subsidiario e irrelevante, en tanto proceso de reproducción y constatación de la preexistencia de un derecho acabado y omnicompreensivo.

Es así que se calificó como “cognotivistas” a aquellos planteamientos éticos que *admiten que también las exigencias prácticas, en torno a las que giran la moral o el derecho, pueden ser consideradas objetivas y susceptibles de conocimiento racional.* Como resultado, los enunciados en que la razón práctica se expresa pueden igualmente ser considerados *verdaderos o falsos.*²²⁹

Por el contrario, se suscribe un *no-cognitivismo* cuando se afirma que los juicios éticos no son en realidad juicios, porque *no consisten en una operación racional que haya captado una realidad objetiva, sino que expresan meras voliciones subjetivas*; si alguien dice que una conducta es buena *no nos informa de una característica objetiva de esa conducta, sino que nos comunica algo meramente subjetivo*: a él le parece bien. Como resultado, sabemos algo más sobre él y nada sobre la conducta en cuestión.²³⁰

Andrés Ollero descubre de forma magistral, la paradoja que subsiste en el planteamiento del cognitivismo ético en el juego del sistema jurídico del positivismo; “porque el positivismo jurídico arranca de un *planteamiento voluntarista*. Mientras el iusnaturalismo es heredero de una concepción del mundo como conjunto ordenado con arreglo a un *logos* que le desborda, *la tradición positivista heredera de Hobbes presenta a la norma jurídica como expresión de un mandato imperativo del soberano, cuyo contenido resulta irrelevante.*”²³¹

En el ámbito de la moral, los consejos son órdenes a las que obedecemos por una razón que deriva de la cosa misma que se ordena; en cambio, en el mandato contenido en una norma, se obedece en razón de la voluntad de quien manda. Desde la dicotomía, consejo-mandato, *la moral mostraría querencia al saber racional y el derecho al poder imperativo.*²³²

²²⁸ OLLERO TASSARA, Andrés, *El derecho en teoría*, 1ª reimp., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 43.

²²⁹ *Idem.*

²³⁰ *Idem.*

²³¹ *Idem.* Las cursivas son nuestras.

²³² *Idem.*

Para tratar de aclarar buena parte de la paradoja, recordemos que la codificación no hace sino proyectar sobre las leyes positivas la arquitectura de los sistemas del *racionalismo iusnaturalista*. El ordenamiento jurídico, como sistema, nos ofrece un contenido susceptible de conocimiento racional, haciendo superfluos esos vetados aditamentos de procedencia dispar, identificados como valores morales; es así, cuando se produce una *curiosa confusión entre lo lógico y lo ético*.²³³

La identidad entre lo ético y lo lógico, no representa mayor problema, en el denostado marco de la metafísica medieval: el “verum” y el “bonum” eran considerados como transcendentales del ser; o sea, que en cualquier realidad su ser le permitía darse a conocer (como expresión de su *verdad ontológica*), mientras que la acertada captación de esa realidad por otro convertía en *lógicamente verdadero su conocimiento*. En ese mismo aspecto, la realidad de un ser aparecía *ontológicamente como bien*, en la medida en que se convertía en fin de una acción.²³⁴

Resulta admirable lo que sucede en el marco positivista en la dicotomía entre la lógica y la ética; pues ocurre algo no muy distinto a la metafísica, la cual es rechazada contundentemente por el jurista positivo: “*Cuando al jurista determinada solución a un problema le parece lógica, lo que en realidad nos está diciendo es que le parece justa*. Este salto de lo lógico a lo ético cobra todo su esplendor cuando se apela a *lo razonable* de la solución propuesta”.²³⁵

4) El *horror iuris naturalis*, bloque de constitucionalidad y la “miasma” de los derechos

Ollero resalta como no resulta extraño entre los juristas adoptar una especie de *horror iuris naturalis*, cuando Diez Picazo como magistrado constitucional, se pone en guardia ante la colisión fáctica del “principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva”, el recurso “a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional.”²³⁶

El tema del *horror iuris naturalis* constituye un botón de muestra para advertir, las paradojas y aporías que nacen en el Estado constitucional de derecho; el ejemplo paradigmático es el bloque de constitucionalidad, que en la tradición del derecho europeo continental se ha implantado con gran fuerza para establecer normas que sin estar en la Constitución poseen la misma jerarquía en razón de su naturaleza de derechos fundamentales; a

²³³ *Ibidem*, p. 44.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

²³⁶ *Idem*.

diferencia la Constitución como piedra angular del sistema jurídico escalonado de la pirámide kelseniana, la cual no acepta compartir su lugar normativo al mismo nivel jerárquico.

En palabras de Louis Favoreu, el *bloc de constitutionnalité* (bloque de constitucionalidad), no es otra cosa más que la remisión que la propia Constitución hace, con respecto a normas que sin estar inscritas en el texto constitucional, tienen valor jerárquico supremo al nivel de la misma Constitución, al imponerse con fuerza normativa a la ley.²³⁷ Por lo cual, dicho “bloque” anuncia una nueva forma de estructurar el sistema jurídico y sus fuentes normativas, en función de su naturaleza material, que en jerarquías formales.

En su momento ya analizamos que el debate en México, en cuanto a la denominación del bloque de constitucionalidad²³⁸, se refería a múltiples conceptos como bloque de regularidad constitucional, *el parámetro de control de regularidad constitucional*, “masa” de derechos humanos, *miasma monádica* (i)²³⁹ *de jerarquía normativa* o cualquier otra denominación que se le quiera dar al conjunto de normas que contemplan derechos humanos de fuente nacional o internacional; no puede quedarse en una discusión de carácter meramente conceptual desde una metodología analítica del derecho que desconozca la complejidad, tanto formal como material de nuestro sistema jurídico convencionalizado.

La miasma monádica, es una metáfora que representa la angustia del jurista positivo de nuestro tiempo, cuando se enfrenta a la incertidumbre ante el sistema jurídico de principios, incompleto e imperfecto; el cual implica la traducción de conceptos indeterminados a través de la argumentación jurídica, para transformar ese mandato de optimización en respuestas concretas y realizar en la mayor medida posible contenidos de valor establecidos en las normas de derechos humanos.

²³⁷ FAVOREU, Louis, *et. al.*, *Bloque de constitucionalidad (Simposium Franco-Español de Derecho Constitucional)*, Civitas, Sevilla, 1991, pp. 19-33.

²³⁸ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 128-139.

²³⁹ En el siglo XIX se creía que los *miasmas*, eran el conjunto de emanaciones fétidas de suelos y aguas impuras, causa de enfermedades tales como pestes o epidemias de cólera, las cuales eran ilustradas en forma de un aire venenoso que traía la muerte y la desgracia a los pueblos. Las *mónadas* fueron concebidas por el filósofo Leibniz, como aquellas sustancias simples, representadas como átomos formales que no son físicos, sino metafísicos. Para nosotros, *miasma monádica* constituye la paradoja posmoderna a la que nos enfrentamos, cuando intentamos fundamentar los derechos humanos en meros consensos formales, respecto de significados conceptuales o lingüísticos sin un sustento indisponible u ontológico del derecho. En el fondo, la construcción conceptual de las instituciones jurídicas, se encuentra influenciada por el fuerte escepticismo ético que aqueja a las sociedades posmodernas, así como el legado que dejó la metodología jurídica desde el periodo ilustrado del positivismo lógico y jurídico, con el consecuente reduccionismo científico (reducir el derecho a matemáticas), en franco desmedro de los contenidos sustanciales e indisponibles del derecho.

Esa incertidumbre queda ejemplificada en *el horror vacui* del jurista posmoderno, que le aterra constatar que el sistema jurídico no es perfecto y que contiene lagunas y antinomias, y por ende, la respuesta jurídica no deviene del silogismo lógico de la subsunción para resolver los casos difíciles. La mera remisión normativa a otro ordenamiento como el internacional, implica un esfuerzo argumentativo adicional por parte del operador jurídico; pues las razones y fundamentos que le servirán de justificación para formular su respuesta, no se encuentran de manera expresa en la ley emitida por el legislador nacional, expresada en el sistema jurídico piramidal kelseniano.

Ante esa “anomalía” del sistema, es preciso realizar una interpretación de la norma que contiene principios de moralidad y de justicia, a través de una ponderación prudente. Ese *miasma*, representa el peligro que experimenta el jurista, ante el vacío normativo de un caso difícil; el derecho de principios cuestiona al operador jurídico que se encuentra ante un caso constitucional, sin una norma positiva que aplique de manera literal, gramatical, clara y específica (*in claris non fit interpretatio*), sino que precisa de un método interpretativo diferente. Es necesario ponderar, realizar una *hermenéutica de ponderación de principios*; y en el contexto del control de convencionalidad, una *hermenéutica de adecuación normativa con el bloque de convencionalidad*, para encontrar la norma que reporta un mayor beneficio a la persona, bien en la Constitución o en los tratados internacionales en materia de derechos humanos sin importar su jerarquía normativa.

Eduardo García de Enterría en el prólogo del paradigmático libro de Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*²⁴⁰, pone el dedo en el renglón en este contexto, cuando afirma que la complejidad, fragmentariedad y el casuismo para el pensamiento jurídico contemporáneo, no conlleva el abandono de toda *exigencia normativa general* en la valoración de los preceptos indeterminados del derecho, los principios.

Es decir, el casuismo de nuestros tiempos complejos en los casos constitucionales en donde se analizan conceptos indeterminados -como los derechos humanos-, no implica un abandono de la idea del derecho natural. Sin embargo, este abandono sería ineludible si el derecho natural, pretendiese presentarse como en muchos moralistas, cuando lo plantean como un *sistema de axiomas* desde los cuales fuesen obtenibles íntegramente las reglas positivas, a través de unas deducciones más o menos extensas, pero que inexorablemente se deban de seguir.²⁴¹

El descrédito en la idea del derecho natural para los *juristas positivos*, viene precisamente de esa pretensión *axiomatizante* de un orden abstracto, lejano, evanescente de preceptos o directivas. Para la hermenéutica consti-

²⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en el prólogo a VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, prólogo de Eduardo García de Enterría, traducción de Luis Díez Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 16.

²⁴¹ *Idem*.

tucional, es necesario apreciar principios generales del derecho, perfectamente singulares y específicos operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como positivados y no perdidos en la imprecisión o en las buenas intenciones. García de Enterría citando a Kaufmann afirma: “en el jurista yace profundamente arraigado un *horror iuris naturalis* [...] y en el fondo de su corazón se alegra de poder resolver un problema sin tener que apelar a consideraciones iusnaturalistas.”²⁴²

Para el derecho procesal constitucional y convencional, es muy recurrente la expresión del *horror vacui* para representar las problemáticas que plantea la declaración de inconstitucionalidad de normas, emitidas por el legislador racional y democrático. En palabras de Giovanni A. Figueroa Mejía, el *horror vacui* consiste en “El principio de conservación del derecho, contemplado desde un punto de vista teórico, coincide con una exigencia práctica: intentar, en la medida de lo “posible”, por vía interpretativa, *huir del vacío que se provoca cuando una disposición legal es declarada inconstitucional.*”²⁴³

El *horror vacui* es particularmente útil, cuando se toma en consideración que la eliminación definitiva de un texto normativo, origina una situación muy grave para la seguridad jurídica, por las consecuencias que el vacío puede producir. Figueroa, citando a Monteleone, refiere a esas funestas consecuencias “especialmente si el legislador no se preocupa de colmarlo rápidamente con nuevas leyes a las que pueda atribuírseles un significado conforme con la Constitución”; o en palabras de García de Enterría “cuando el legislador carece de la agilidad necesaria para cubrir de inmediato el hueco que deja la ley expulsada del ordenamiento jurídico, y esa laguna genera una gran confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos”²⁴⁴

En los procesos de inconstitucionalidad de leyes es muy frecuente encontrar que la anulación y la laguna que se crean, pueden originar una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica, de los problemas que la ley anulada regulaba. Por ende la preocupación por evitar los “vacíos legislativos” o “lagunas” no sea meramente doctrinal, sino que ha estado presente, en mayor o menor grado, en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

²⁴² *Ibidem*, pp. 16-17. El término *juristas positivos*, no lo entendemos aquí como necesariamente positivista, pues este último término encierra un concepto ideológico y absolutista del derecho, como la única confianza en las normas “puestas” por la autoridad conforme al procedimiento, sin importar su justicia. El *jurista positivo* será aquel que pone la confianza en las normas positivas, pero sin desdeñar que en dichas normas también pudieran encontrarse principios con contenido moral.

²⁴³ FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., Voz: *horror vacui* en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *et. al., Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, PJF – CJF – UNAM – IIJ, México, 2014, tomo II, p. 688.

²⁴⁴ *Idem*.

El *horror vacui* se ha tomado tan en serio que en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán, ha implementado sentencias “exhortativas”, “apelatorias” o de “recomendación al legislador”. Dichas sentencias atribuyen al juez constitucional la facultad de suspender, en algunos casos y por un tiempo determinado, la eficacia de sus decisiones, para dar tiempo al legislador de corregir la inconstitucionalidad detectada y evitar así la producción de vacíos en el sistema normativo, con la consecuente responsabilidad del órgano de control de constitucionalidad, cuando es muy proclive en declarar la inconstitucionalidad de leyes.²⁴⁵

En ese sentido, el jurista positivo, se siente tentado en asumir que por *horror vacui*, puede encontrar las más claras convicciones y certezas desde las reglas del discurso normativo del derecho, como mera asignación subjetiva de significados lingüísticos de manera consensual, formal y deductiva; pero a la vez afirma de manera escéptica, que no podemos conocer el fundamento de un derecho humano desde una filosofía antropológica o en general desde un fundamento ontológico que no dependa de perspectivas subjetivistas o relativistas.

Sin embargo, la interpretación jurídica de la Constitución o *hermenéutica constitucional* no sólo implica realizar una adecuación normativa, respecto de los contenidos materiales de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. El operador jurídico debe llevar a cabo un *diálogo jurisprudencial*, una interpretación de conformidad con la jurisprudencia emitida, tanto por las cortes constitucionales nacionales, así como por las cortes internacionales de derechos humanos. En la actualidad el derecho procesal constitucional ha implementado diversos mecanismos de protección, en la jurisdicción interna, para la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, lo que en la tradición latinoamericana se ha denominado el *control de convencionalidad*.²⁴⁶

En concordancia con Robert Alexy, podemos afirmar que en la actualidad no se puede entender lo que significan los derechos fundamentales a luz del texto liso y llano de la Constitución “sino sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha se ha registrado [...] *Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación*. La interpretación del Tribunal Constitu-

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 688-689.

²⁴⁶ Ante la impronta del paradigma de la Constitución aplicado al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, ya hemos adelantado nuestra propuesta hermenéutica desde el modelo de justicia constitucional denominado *control de convencionalidad*. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit. Para un análisis introductorio a dicho estudio Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, “Introducción a la hermenéutica constitucional de los derechos humanos: *hermenéutica convencional*” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, Tirant lo Blanch – Universidad Panamericana Guadalajara, México, 2016.

cional Federal ofrece abundante material expresivo de lo que esto significa.”²⁴⁷

En ese contexto, la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, si bien no fue la primera Constitución de la segunda posguerra del siglo XX, es considerada “revolucionaria” por haber operado de la mano de la jurisprudencia de su tribunal especializado, representando un importante cambio de paradigma en el derecho constitucional y por consecuencia en todo el ordenamiento jurídico.²⁴⁸ No cabe duda de que un factor esencial, tal vez el más decisivo para el éxito de la Ley Fundamental, sea la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) a través de su jurisprudencia; la práctica jurisdiccional y los criterios del máximo órgano decisor de conflictos, han dado vida y vigor a los derechos fundamentales y a los principios rectores del Estado.²⁴⁹

El ejemplo de la Constitución alemana y del Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha sido paradigmático para el desarrollo de las instituciones y del diálogo jurisprudencial para toda Europa, así como para todos los países que han quedado decididamente influenciados por su jurisprudencia. Sin duda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, ha sido el más influenciado por las interpretaciones del Tribunal alemán, a tal grado que la sinergia en la que ha quedado inmerso ese diálogo jurisprudencial, no sólo tiene bases firmes, sino que ya es parte de su sistema de justicia regional en el espacio jurídico europeo.

En ese sentido nos vamos a referir en el presente estudio²⁵⁰, al impulso Tribunal Constitucional alemán, ha dado a los derechos fundamentales, desde conceptos y paradigmas más significativos tanto para el derecho interno, como para la tradición europea-continental; conceptos como dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el elemento objetivo de los derechos o contenido esencial de los mismos y el principio de proporcionalidad, han servido de manera indiscutible para la construcción del espacio europeo de los derechos, principalmente hacia el Tribunal Europeo de Derechos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁵¹

²⁴⁷ ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, p. 35. Las cursivas son nuestras.

²⁴⁸ SÁNCHEZ GIL, Rubén, “La interpretación doctrinal y judicial de la Constitución alemana” en BÁEZ SILVA, Carlos, *et. al.* (coords.) *Estudios sobre interpretación y argumentación jurídicas*, 2ª ed., Centro de Estudios del Derecho Estatal y Municipal, UNACH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, Editora Laguna, Fundación Académica Guerrerense, El colegio de Guerrero, México, 2010, p. 281.

²⁴⁹ Véase *Infra* “La Ley Fundamental de Bonn y el nacimiento de los tribunales constitucionales: el *Bundesverfassungsgericht*.”

²⁵⁰ *Idem*.

²⁵¹ Véase. GONZÁLEZ PASCUA, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.

3. UNA TEORÍA HERMENÉUTICA CON PRETENSIONES FILOSÓFICAS

Bajo el contexto anterior, la *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, constituye una propuesta de la filosofía del derecho, que pretende sistematizar y ordenar lo que entendemos en el ámbito de la interpretación, comprensión y aplicación de las normas de derecho fundamental. Sin embargo, bajo ninguna perspectiva congruente con la hermenéutica, pretendemos desarrollar una “teoría general” de las normas iusfundamentales, para sustituir lo que la ciencia del derecho no puede explicar con profundidad: *el conocimiento filosófico de los bienes humanos reconocidos en las normas iusfundamentales, bajo las coordenadas del razonamiento práctico y prudencial.*²⁵²

La ciencia del derecho, si bien se encarga del conocimiento próximo de la realidad, el fenómeno de la comprensión de las normas iusfundamentales requieren de una vinculación necesaria con la filosofía del derecho, la filosofía moral, así como también, con la antropología filosófica para justificar sus razonamientos; porque necesariamente cuando se alude a las normas de derecho fundamental, implícitamente adoptamos una escuela ética, una posición filosófica, cuando no una visión antropológica. Es decir, la teoría hermenéutica que proponemos, es en sí misma una *filosofía con pretensiones teóricas*, porque en primer término planteamos investigar la causa eficiente y la su causa final de las normas de derecho fundamental, pero sin mengua del conocimiento de su estructura sistemática, de su función y de su historia, *con el propósito de enriquecer la visión filosófica del ámbito jurídico.*²⁵³

En ese sentido, si proponemos una “teoría” hermenéutica, creemos que la ciencia del derecho tiene una justa dimensión, ante la pretensión de hacer una descripción de lo que los derechos fundamentales *son*, sin extravió ni desvinculación con lo que *deben ser*. Lo anterior previniéndonos desde ahora, que no pretendemos acometer la famosa “falacia naturalista”, ya que la hermenéutica parte del conocimiento de la realidad en su aspecto más radical: *la pregunta por el ser del derecho* y su justificación última en el conocimiento de los bienes humanos, que se deduce de su mismo reconocimiento por el derecho positivo.

La descripción del *ser* del derecho, se traduce en un *deber ser* o *debidud necesaria*, en la aplicación del mismo derecho positivo. Es decir, en la aplicación de las normas de la Constitución que contienen derechos fundamentales, el operador jurídico formula de manera necesaria un razonamiento, tanto formal desde una deducción lógica-axiomática, como material, en el razonamiento práctico del obrar humano.

²⁵² Un planteamiento muy similar Véase CARPINTERO, Francisco, “¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?” en *Persona y derecho*, vol. 67, 2012-2, pp. 315-352.

²⁵³ BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. IX.

El derecho no es neutral, por lo cual desde la *hermenéutica iusfilosófica*, replanteamos la misma finalidad de la teoría del derecho. La ciencia jurídica si bien se encarga de las causas próximas del derecho, a través del conocimiento directo de la experiencia humana y de sus normas “puestas” por el legislador democrático; la filosofía del derecho le brinda el cobijo justificatorio, en los razonamientos argumentativos a los que acude el operador jurídico, pero sin adscribirlo a un método o metodología específica.

Es decir, la hermenéutica promueve una pluralidad de métodos, pero centrados en la unidad del *cognitivismo ético*, que concede al hermeneuta la capacidad racional de conocer ciertas verdades éticas. El empleo de la hermenéutica, es utilizado en ese sentido para *exorcizar* al método jurídico de la modernidad, de sus falsas pretensiones de querer hacer teoría, cuando en realidad lo que se estaba haciendo con la teoría “pura” del derecho -como la que postuló Hans Kelsen-, resultó ser un *defectuoso e inútil producto filosófico*.²⁵⁴

La construcción de las grandes doctrinas jurídicas de la modernidad como la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen constituía el proyecto más ambicioso del derecho racionalista; pero afirmando de manera consistente su reduccionismo científico, al pretender extraer del derecho todos los elementos morales y políticos, y únicamente describir *lo que el derecho es* dese una “ontología” sistemática, sin relación a su contenido. Por lo cual, *no se critica a Kelsen por ser irrelevante o irracional en sus planteamientos, sino por constituir la más importante y consistente teoría del derecho, desde la invención del método jurídico de la modernidad ilustrada*.

El propio Kelsen fue consciente de las dificultades de su empeño por separar la ciencia jurídica de la política y de la moral, la cual ineludiblemente crearía consecuencias de esa índole; es decir, su teoría “pura” no era neutral, pues necesariamente formulaba una posición de carácter filosófico, con implicancias morales o políticas. Es decir, la contradicción de Kelsen, consiste en que su propuesta de neutralidad constituye en sí misma una *posición de carácter ideológico, moral, y por ende político*. La teoría “pura” en ese sentido, desarrolla una ideología, pues *se hace ideología de no tener ideología*, para acabar formulando un modo de servir o conservar determinados derechos positivos²⁵⁵: los intereses y derechos de la pujante burguesía ilustrada en el naciente capitalismo de inicios del siglo XX.

La ciencia del derecho no puede explicar cuestiones que están fuera de su alcance. El conocimiento reduccionista del comportamiento humano con categorías de la ciencia y su metodología, termina por profundizar de forma desmesurada en proyecciones inconsistentes con la realidad histórica o desnaturalizando la verdadera finalidad del derecho; para limitarnos a describir lo que el derecho es, a la luz del tamiz de la lógica, el lenguaje normativo o en último término en *las matemáticas científicas y los algorit-*

²⁵⁴ Cfr. *Idem*.

²⁵⁵ LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del derecho*, Granada, Comares, 1992, p. 74.

mos algebraicos de la formas jurídicas, representados en reglas positivas y conceptos teóricos de la dogmática jurídica.

Agustín Basave nos recuerda que no debemos confundir la *filosofía del derecho* con la *ciencia jurídica*; pero si pretendemos conocer la ciencia del derecho en su máxima profundidad, *entonces se tendrá que acudir a la filosofía en su carácter de ciencia originaria, pues de lo contrario terminamos por substituir esta rama de la filosofía con una estructura hechiza, imitativa.*²⁵⁶

En ese contexto, Aristóteles nos advirtió que no se puede dejar de hacer filosofía, cuando se argumenta a favor o en contra de determinada posición de las ciencias humanas; porque *cuando se niega la importancia de la filosofía, hay que hacer filosofía para llevar a cabo esa pretendida negación.* Cuando se pretende reducir todo el derecho a verdades lógicas y abstractas, en *pro* de la neutralidad y la exactitud científica, lo que en realidad se está haciendo, es un *pésimo producto filosófico y un inconsciente deseo de llegar a más claras y profundas certidumbres.*²⁵⁷

Ahora bien, el gran doctrinario de la Universidad de Oxford, H.L.A. Hart, replantea con la filosofía analítica del derecho de cuño positivista, su proyecto hermenéutico: no pretende deducir conceptos definitivos ni proporcionar un concepto de derecho. De forma paradójica al título de su magna obra, no formula ningún concepto de lo que es el derecho, sino que subraya la importancia de plantear su significado para una realidad concreta, pues excede los márgenes de la teoría del derecho definir su naturaleza de forma completa.

Si bien, apreciamos un esbozo escéptico en Hart, a lo largo del presente estudio, logramos vislumbrar algunos *guiños hermenéuticos*, cuando se acepta que el derecho es una disciplina compleja del conocimiento humano, y que por ende esa *textura abierta*²⁵⁸, constituye la prueba más fiel de que la conducta humana, no se puede reducir a los axiomas de la norma jurídica; inclusive llega a plantear la existencia de un “mínimo” de derecho natural en el análisis del contenido del derecho.²⁵⁹

Sin embargo, no pretendemos insistir en los elementos de divergencia entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. La teoría hermenéutica de los derechos fundamentales, busca encontrar paradigmas de encuentro que de conflicto. *La opción, derecho positivo o derecho natural, es un falso dilema al que se ha enfrentado la filosofía jurídica de la modernidad*; pues para haberse planteado que entre las normas que emite la autoridad estatal, la naturaleza humana y su racionalidad, existe un conflicto ineludible, solo puede representar que entre ambas posiciones filosóficas subsisten confusiones de gran calado. Dichas confusiones se incrementan cuando se

²⁵⁶ *Idem.*

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ HART, H.L.A., *El concepto de derecho, op. cit.*, p. 159.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 239-247.

abunda en sus diferencias, que en los puntos de encuentro.

En toda la historia de la humanidad se ha cuestionado la primacía de ambas posiciones filosóficas desde sus respectivas trincheras: si la ley es justa porque es puesta por la autoridad competente, de conformidad con el procedimiento de creación normativa, apelamos al positivismo jurídico; o si su justicia no depende de la voluntad del legislador en turno o de los jueces, sino de su contenido de moralidad y de justicia cuando protege los bienes humanos reconocidos en las normas, apelamos al derecho natural.

La presunta paradoja no se puede resolver con la misma metodología con la que fue formulada la pregunta. Es decir, en el derecho imperan los *claroscuros*. Heidegger ejemplificará el problema de la filosofía y de la verdad, como el claro del bosque que se puede ver a través de la densa y espesa oscuridad de los árboles; las formulas abstractas y las pretensiones científicas de exactitud y precisión matemática no nos pueden decir en que consiste un bien humano a la luz de la razón, en tanto exigencia de un determinado comportamiento de la persona a la que pertenece el pretendido derecho.

Derecho positivo y derecho natural –dirá Javier Hervada– son parte del mismo sistema jurídico, es decir, *el derecho es en parte natural y en parte positivo*.²⁶⁰ En ese mismo sentido Andrés Ollero, sostiene que el derecho natural no se puede convertir en un “uso alternativo del derecho”; de manera inusitada plantea: “solo existe el derecho positivo”.²⁶¹

No hay otro derecho más que el derecho positivo. Dicha afirmación parecería contradictoria con el planteo de la hermenéutica iusfilosófica. Sin embargo, la *teoría hermenéutica*, busca develar las más grandes confusiones que existen en torno al *punto entre el ser y el deber ser* del derecho, al cual le llamaremos la *singularidad de la razón práctica*.²⁶² La falacia na-

²⁶⁰ HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1981, p. 177.

²⁶¹ OLLERO, Andrés, “La eterna polémica del derecho natural, Bases para su superación”, en *Derechos y libertades*, número 40, (Ejemplar dedicado a: Estudios en homenaje al Profesor Javier Hervada), 1999, pp. 89-112. Reeditado en OLLERO, Andrés, “La eterna polémica del derecho natural, Bases para su superación”, en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, UNAM, 2007, pp. 293 y ss.

²⁶² En el derecho se han adoptado metáforas que aluden a instituciones jurídicas o materias, como la referencia a “ramas” del derecho como si fuera un árbol frondoso, o a “fuentes” del derecho, como si emanara agua del gran caudal del derecho. Para estar en sintonía con la filosofía de la ciencia, la física cuántica y demás *ciencias posmodernas complejas*, la singularidad -en analogía con lo que sucede en un agujero negro espacial-, constituye aquella *situación espacio-temporal*, en la que se encuentra el titular de los bienes humanos que protege la norma iusfundamental. En la cual *no aplican las reglas generales de la ley*, sino que el operador jurídico, resuelve un problema complejo, situado en un *horizonte de sucesos relevantes*, para emitir una decisión de forma circunstanciada aplicando la justicia y la equidad, en suma *el derecho*; sin que previamente se tenga la única respuesta correcta o una jerarquía normativa *a priori* entre derechos fundamentales. En esa decisión es necesario realizar un *razonamiento de carácter práctico y prudente*.

turalista, en sentido hermenéutico, es en sí misma una falacia. Si lo que pretendía Hume, era evidenciar que para explicar el fundamento de un *deber*, no se podía transitar de manera injustificada desde el *ser*, efectivamente tenía razón.

Sin embargo, John Finnis, ya nos aclaró que ni Aristóteles ni Tomás de Aquino buscaban derivar a partir de la naturaleza humana, los deberes del hombre, sino en el mismo actuar racional de la persona, a quien le compete el ejercicio de las virtudes y su perfeccionamiento desde la misma *praxis vital*, para así llamarse virtuoso; y no como una mera derivación abstracta e injustificada, de lo que racionalmente conocemos como verdad ética o moral.²⁶³

En el debate contemporáneo, lo que en realidad motiva a todos los filósofos en la inacabable búsqueda por la verdad o por las respuestas a los grandes problemas jurídicos, son las preguntas que se hacen en torno a la misma existencia humana y su relación con las decisiones jurídicas que implican los razonamientos éticos y morales; principalmente la pregunta toral de todo cuestionamiento jurídico ¿Qué debo hacer? Por lo cual, la metodología que se emplea para llegar a esa verdad, ha sido sobrevalorada. El método jurídico de la modernidad ya ha sido rebasado por los problemas surgidos de la realidad histórica; la complejidad del comportamiento humano exige un replanteamiento del modo de aproximarnos al derecho, tanto en su función descriptiva como prescriptiva.

Ahora bien, es necesario realizar una aclaración muy importante en relación con nuestra postura, con la crítica que se realiza al método científico, especialmente aplicado al derecho, pues si bien es cierto que la hermenéutica cuestiona el método jurídico de la modernidad por su reduccionismo epistemológico, no pretendemos llegar a la conclusión de que en la ciencia impere un *modelo anarquista* como el que propone Paul Feyerabend.²⁶⁴

Para Feyerabend la *ciencia es una empresa esencialmente anarquista*; presupone un modelo teórico más humanista y más adecuado para estimular el progreso que sus alternativas basadas en la ley y en el orden. El anarquismo -en su concepto-, no constituye la filosofía política más atractiva, sin embargo “es una medicina excelente para la epistemología y para la filosofía de la ciencia”.²⁶⁵

El anarquismo estimula el progreso cualquiera que sea el sentido en que se tome este término. Incluso una ciencia basada en la ley y el orden, sólo tendrá éxito si permite que se den *pasos anarquistas ocasionales*. La pretensión de Feyerabend no es sustituir un conjunto de reglas generales

cial, para la adecuada ponderación y concreción de dichos bienes humanos inscritos en los *principios jurídicos de derecho fundamental*.

²⁶³ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 66-70.

²⁶⁴ FEYERABEND, Paul, *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, trad. Diego Ribes, Tecnos, Madrid, 1989.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 1.

por otro conjunto: todas las metodologías, incluidas las más obvias, tienen sus límites e incluso la irracionalidad, de alguna de las reglas que la metodología, o el lector, gustan considerar como básicas: “Un anarquista se parece a un espía que entra en el juego de la Razón para socavar la autoridad de la Razón (Verdad, Honestidad, Justicia, etcétera)”.²⁶⁶

Contrario a los postulados fundamentales de la hermenéutica para Feyerabend, la razón no puede ser universal y la sinrazón no puede excluirse; la ciencia reclama una epistemología anarquista, para buscar la constatación de que la ciencia no es sagrada, y de que el debate entre ciencia y mito ha terminado sin que ninguna de ellas logren la victoria, lo que fortalece más aún la causa del anarquismo.²⁶⁷

En consecuencia, Feyerabend plantea la necesidad del anarquismo tanto para el progreso interno de la ciencia como para el desarrollo de la cultura en su conjunto; de manera radical, y con cierta excentricidad Feyerabend, habla de que la Razón “por fin, irá a unirse con todos aquellos otros monstruos abstractos como la Obligación, la Obediencia, la Moralidad, la Verdad y sus predecesores más concretos, los Dioses, que se emplearon en otro tiempo para intimidar al hombre y limitar su desarrollo libre y feliz: se marchita...”.²⁶⁸

A la luz de la visión epistemológica de Feyerabend, nos enfrentamos a los que hemos llamado *nihilismo conceptual* que impera en la filosofía de la ciencia y de la filosofía del derecho posmoderno; pretendiendo controvertir la rigidez del método científico, se apuesta por vaciar el contenido axiológico y deóntico a los conceptos e instituciones jurídicas para “acomodarlos” a las exigencias que reclama el mercado de bienes, intereses y productos utilitaristas a los que se ha reducido el aspecto “sustancial” del derecho.²⁶⁹

La hermenéutica que planteamos con fundamento en el pensamiento de Hans-Georg Gadamer, se asemeja mucho a lo que plantea Bernard Lonergan; afirma –en su obra *Insight, un estudio sobre el conocimiento humano*²⁷⁰– que el planteamiento de estas conjeturas que hacemos para resolver problemas, son una cierta “iluminación” (chispazo o *insight*) que consiste en la comprensión de la nueva situación. En nuestro caso, de una nueva situación jurídica. Es el momento en que aparece la respuesta al intento de asimilación y ajuste.

Para Juan Abelardo Hernández, ese proceso de “iluminación” es ciertamente producto de veloces e inmediatas inferencias racionales, que normalmente se deducen de forma inconsciente. En el campo jurídico, una vez que se ha llevado a cabo este proceso de asimilación y de ajuste, la

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 17.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 157.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 167.

²⁶⁹ *Supra* “3) La universalidad de la hermenéutica como antídoto al *nihilismo conceptual*.”

²⁷⁰ LONERGAN, Bernard, *Insight. un estudio sobre el conocimiento humano*, trad. Francisco Quijano, Sígueme, Salamanca, 2004.

mente del jurista propone -para resolver racionalmente los problemas analizados- una respuesta a modo de conjetura. En un sentido podemos decir que *creamos* la respuesta, pero en otro sentido también podemos decir que la *encontramos*.²⁷¹

Cuando la mente humana (o la mente del jurista) se enfrenta a una nueva situación -o se le presenta un nuevo problema- no emplea la lógica en un primer momento. En realidad se vale de atajos heurísticos. Es decir, la mente tiende a resolver problemas a partir de nuevas asimilaciones y ajustes mentales. La mente de los operadores realiza recategorizaciones para lograr ajustar categorías previas con las nuevas circunstancias asimiladas. Una vez alcanzadas la asimilación y el ajuste de las categorías a la nueva circunstancia, se genera en la mente del jurista la conciencia o *insight* por la que comprende, por lo menos intuitivamente, lo que está percibiendo.²⁷²

La concepción anarquista de Feyerabend, desde la perspectiva hermenéutica no constituye una opción viable para controvertir el reduccionismo del método científico. La hermenéutica que planteamos con fundamento en el pensamiento de Hans-Georg Gadamer y el ejemplo de Bernard Lonergan cuando desarrolla el *insight del conocimiento humano*, postulan la crítica a la metodología jurídica pero sin desechar la idea de la universalidad de la interpretación y la pretensión de objetividad del proceso de intelección, sobre todo desde las ciencias humanas en cuanto al razonamiento práctico de los valores morales y su relación con el derecho.

La hermenéutica pretende *sacar al sujeto de la centralidad de la conciencia*, de donde se encontraba encerrado con el método científico desde la época de la ilustración, y proyectarlo hacia el conocimiento de su propia existencia; desde los mismos bienes humanos a los que se inclina la persona de forma intencional y por experiencia directa, tanto intuitivamente como por reflexión que se deduce del razonamiento práctico. Esa comprensión es en sí misma una *experiencia de verdad*²⁷³ y su interpretación por el operador jurídico es una actualización del conocimiento racional del obrar humano, *un insight en el que se devela el conocimiento: la singulari-*

²⁷¹ HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *Argumentación jurídica*, Oxford, México, 2011. En lo particular véase “Segunda parte. Psicogénesis de la racionalidad jurídica”

²⁷² HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *El Insight de la argumentación y su proyección hermenéutica en el razonamiento jurídico*, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Hermenéutica jurídica y derechos humanos*, en prensa.

²⁷³ Cuando nos referimos a experiencia de “verdad”, esta es entendida, ya no como mera descripción de hechos sin atributos, adecuación formal o deductiva del pensamiento con la realidad; la verdad práctica, constituye más como un *develamiento* de la verdad, a la manera de los griegos, una *alétheia* de los bienes humanos, es una experiencia de apropiación de su mismo existir. Porque *la experiencia racional en la consecución del bien, es una experiencia de apropiación del sujeto cognoscente, que le va con su mismo ser; le va con el ser en el acto mismo acto de conocer esos bienes humanos de forma intencional, a los que se proyecta con el mismo existir entitativo, desde de la razón práctica en el develamiento de ese acto experiencial.*

*dad de la razón práctica.*²⁷⁴

La hermenéutica no solo viene a dar ese *giro copernicano*, sino a cuestionar el método a través del cual se están planteando las preguntas de la filosofía y del derecho. Para controvertir a la metodología positivista o a cualquier reduccionismo científico del derecho, es necesario salirse de las coordenadas del derecho moderno. No es posible cuestionar la forma de interpretar el derecho, desde la misma metodología jurídica subsuntiva de las deducciones lógicas y formalistas; incluso desde el derecho natural racionalista que incurre en la falacia de derivar deberes a partir del ser (falacia *iusnaturalista*).

Es necesario sacar al sujeto cognoscente de las filosofías de la conciencia, aquellas filosofías que dejan al operador jurídico prendado a la *linealidad monológica de la relación sujeto-objeto*; sacar al sujeto de la centralidad en la que se encontraba el conocimiento del derecho atascado en la simple verificación de hechos o regularidades causalistas y mecanicistas.²⁷⁵ La hermenéutica propondrá salirse de esta metodología, para realizar las mismas preguntas que en su momento formuló Descartes o Kant y que influyeron en las más grandes construcciones jurídicas del siglo XX como en Kelsen o Hart, pero desde otro horizonte: *desde el horizonte de la comprensión del círculo hermenéutico*.

4. EL AQUÍ Y AHORA DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Para el derecho, la hermenéutica vendrá a desplazar a la pretensión del conocimiento exacto del comportamiento humano, cuando el operador jurídico del normativismo se planteaba la solución de todos los casos desde el mero *factum*: desde los hechos sin atributos, de la corrección o incorrección formal a la luz del método con desmedro de la verdad que se actualiza en el razonamiento práctico.

En ese sentido, la hermenéutica es *realidad situada* y por ende, las preguntas sobre la verdad, la justicia y sus normas, ya no se encuentran teñidas de neutralidad estéril, sino de las más intrincadas preguntas del derecho contemporáneo; el cual nació como baluarte de la reconstrucción de Europa después de la Segunda Guerra Mundial, al cuestionarse el contenido de la misma ley que violaba el derecho. Por ello, las injusticias perpetradas en dicho periodo por el nacionalsocialismo, no podían ser respondidas con el anquilosado positivismo jurídico o el manipulado derecho natural racionalista, que daba el voto de confianza al derecho nazi: la ley no dejaba de ser derecho a pesar de su injusticia.

²⁷⁴ A mayor abundamiento en relación con la *singularidad de la razón práctica* infra “A) La singularidad del caso: una metáfora del derecho posmoderno”

²⁷⁵ Un ejemplo claro del argumento empírico es “está nublado, luego entonces va a llover”, porque así ha sido siempre y necesariamente sucede de esa forma.

El derecho que nació en los *Juicios de Núremberg*²⁷⁶ –para el bien de la humanidad- terminó por exigirle al positivismo la entrega de su máspreciado baluarte: la seguridad jurídica. Al juzgar a los funcionarios y jueces nazis, a la luz de un derecho y un tribunal *ad hoc*, a partir de los cuales se le cuestionó que *cumplieron con la ley pero violaron el derecho, obedeciendo a leyes injustas*, por referirnos al pensamiento del ilustre jurista argentino Rodolfo L. Vigo, en clara alusión a Gustav Radbruch y su reformulación por Robert Alexy.²⁷⁷

La hermenéutica trata de encauzar un conocimiento del derecho, vinculado desde la misma existencia del hombre con la moral, la ética, la política y otros saberes que apelan a su *ethos*; en la singularidad propia del horizonte de comprensión y del sentido que se adscribe el conocimiento práctico de los bienes humanos.

El círculo hermenéutico en el que se sitúa el operador jurídico, ya no se plantea que tan “puro” puede ser el derecho o que tan “neutral” puede ser descrito, sino que las relaciones existentes con la moral, *acaecen* en el mismo sujeto que conoce esos bienes, incardinados en su misma intencionalidad; y dentro de sus posibilidades fácticas y jurídicas de la comprensión del contenido normativo de las disposiciones de derecho fundamental en la experiencia directa en su concreción material.

La perspectiva hermenéutica no se contrapone con los neoconstitucionalismos de Robert Alexy, Ronald Dworkin o Gustavo Zagrebelsky, sino que los complementan y los aclaran en algunos puntos en los que el derecho se ve desprovisto de ese sustrato indisponible del *ethos* jurídico; el cual no puede quedar a merced de los consensos intersubjetivos a través del formalismo ético del discurso jurídico.

El derecho posmoderno se encuentra ligado a la pregunta por *el sentido del ser y sus posibles*; al Dasein –como llama Heidegger al hombre, el ser-ahí – que formula la pregunta por el ser, le viene a su ser, le va con el ser. Anclado en la pregunta más originaria y fundamental de la filosofía de Martin Heidegger en *Ser y Tiempo, el acaecimiento apropiador de la filosofía*, no es un conocimiento ajeno al acto mismo de conocer, sino que es conocimiento situado, en una circunstancia espacio-temporal, que le impregna de un sentido propio y determinado: la pregunta por el ser del derecho se formula *aquí y ahora*.

En el sentido antes planteado por Heidegger, Gadamer va a conformar una *ontología hermenéutica*. Es decir, para la filosofía jurídica, la interpretación de la realidad va ligada al ser de la persona en la misma existencia humana. Cuando el hombre se pregunta por el ser, conlleva de manera necesaria una posición antropológica que lo proyecta hacia sus posibilidades de conocimiento, para encontrar las respuestas más adecuadas a los conflictos entre derechos fundamentales; en ese sentido la acción humana

²⁷⁶ *Infra* “1) La fórmula Radbruch y los Juicios de Núremberg”

²⁷⁷ VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho, op. cit.*, p. 3 y ss.

tiene un sentido proyectante, una intencionalidad.

La acción humana va ligada al ser, al ser de la persona que primero se pregunta por el ser en su entorno proyectante y posteriormente despliega su conducta hacia esas posibilidades; en ese sentido la hermenéutica que proponemos, no solo busca interpretar la realidad por interpretarla, en este caso, las normas de derecho fundamental. Sino que la interpretación, siempre conlleva una intencionalidad, un sentido que se concreta en la realidad del sujeto que interpreta, y con mayor trascendencia, en las decisiones del poder público que le atañen a los derechos humanos reconocidos en las constituciones.

5. LA PARADOJA EXISTENCIALISTA Y EL ANTIHUMANISMO DE HEIDEGGER

Sin embargo es necesario hacer una aclaración desde ahora, en cuanto a que Gadamer tratará de atenuar la posición radical de la ontología existencialista que nace con su maestro Heidegger. En ese sentido y como lo ha dicho con gran maestría, Jürgen Habermas, Gadamer fue un *urbanizador de la provincia heideggeriana*, para adaptar la filosofía de los absolutos en Heidegger, a una hermenéutica acorde a las ciencias humanas *y en el diálogo de la comunicación que ocurre en la propia existencia*; en la búsqueda por un lenguaje común, por esa *koiné* del pensamiento occidental que quedó interrumpido tras la Segunda Guerra Mundial.

Gadamer pretenderá hacer lo que Carlos Marx hizo con Hegel, para desprenderse de esa reticencia absolutista del avasallador poder imperial, que desvirtuaba el espíritu de la Revolución. En palabras de Quintín Racionero, Gadamer, buscará con Heidegger, rescatarlo del abismo nazi y restituir el curso de la historia alemana, para “evitar la memoria del *perro sarnoso*, a quien cualquiera es capaz de darle una patada”.²⁷⁸

Se podrá cuestionar de igual forma, que la hermenéutica tiene antecedentes incompatibles con una ética, o con una filosofía moral que intente fundamentar una teoría de los derechos fundamentales de tendencia humanista. Si bien Heidegger terminó siendo antihumanista, nihilista, nazi y jamás desarrolló una ética propiamente dicha, Gadamer puso los cimientos para “desfundamentalizar” a Heidegger, humanizarlo, dotarlo de un sentido universal y trascendente; y sobre todo, formular con los elementos de la *hermenéutica de la facticidad* del primer Heidegger de *Ser y Tiempo*, una *ética hermenéutica*. Por lo cual Gadamer no solo urbanizó la provincia heideggeriana, sino que Gadamer *humanizó el existencialismo de Heidegger, para rescatar al náufrago en el mar del ser*²⁷⁹, del hundimiento inevita-

²⁷⁸ RACIONERO, Quintín, *Voces del Pensamiento II*, RTVE, 2002, 04:55 - 05:07.

²⁷⁹ La frase es de Franco Volpi cuando en el “segundo” Heidegger, se aprecia el desvarío en el que se embarcó, para terminar en una filosofía antihumanista Véase VOLPI,

ble en el nihilismo, de la náusea de la filosofía; sin un sentido universalmente trascendente desde la antropología del humanismo: un humanismo hermenéutico.

De igual forma, no nos quedamos con Gadamer, pues al igual que Heidegger, ven en la experiencia metafísica un obstáculo para llegar al sentido último y más originario del *ser* del hombre: *la persona humana*.

Con fundamento en John Finnis podemos afirmar, que si bien el derecho no necesita de la metafísica para llegar a conocer la experiencia radical de los bienes humanos, no le estorba al derecho, al contrario, lo nutre de la misma tradición histórica a la que se refiere Gadamer, y que Heidegger va a fundamentar en el sentido último de la autenticidad, de la tierra, de la sangre, la patria y la religión.

Pero no una sangre o una tierra de destrucción para aniquilar al *otro*; sino que para nosotros el desvío que hace Heidegger con la torna o vuelta (*kerhe*), termina por *perderse en el mar del ser, y naufragar en las aguas más profundas de la filosofía, de las que nunca vio su retorno*. El mismo Heidegger referirá en tiempos de depresión y de extravío, en su incursión por el nihilismo: “Nietzsche me está matando”.²⁸⁰

En medio de la crisis filosófica y personal en que cae Heidegger – pensando incluso en el suicidio-, confía al amigo de un tiempo, Jaspers, su desconsolada preocupación: “Tengo la sensación de crecer ahora tan sólo en las raíces, ya no en las ramas”. En casa, y entre amigos, repite constantemente: “¡Ese Nietzsche me ha destruido!”.²⁸¹ Ese árbol frondoso del existencialismo y la fenomenología, que propiciaba el develamiento de la verdad con la luz de la razón, quedó enraizado en la tierra; ya no creció hacia el cielo para asombrarnos con el descubrimiento del ser, sino que terminó sucumbiendo ante la nada, la desesperanza del ser para la muerte y no para la vida.

Heidegger ya no logró volver a levantarse filosóficamente desde el *de profundis* de Nietzsche, y a la luz de ese triste agotamiento, el Ser, permanece siendo para el gran Heidegger la última quimera que valga la pena soñar. Todos sus esfuerzos se orientan hacia esta única meta, el Ser, pero, *los senderos han quedado interrumpidos*.²⁸² Las sendas perdidas, los caminos de bosque no verán jamás el *Lichtung*; el claro del bosque se perde-

Franco, *Martin Heidegger. Aportes a la filosofía*, edición de Valerio Rocco Lozano, Epílogo de Félix Duque, Maia, Madrid, 2010, pp. 28.

²⁸⁰ Un trabajo específico respecto del nacimiento de la hermenéutica jurídica moderna, con gran influencia en Heidegger y Gadamer en nuestro trabajo inédito FLORES SALDAÑA, Antonio, *El nacimiento de la hermenéutica jurídica: Heidegger, Gadamer y el develamiento del ser en el derecho*.

²⁸¹ En una carta del 2 de julio de 1937 a su mujer Elfride Petri, Heidegger alude a una “nueva crisis espiritual cuya vehemencia logra atormentarme hasta en el cuerpo” y según Pöggeler la crisis llevó a Heidegger a pensar en el suicidio. VOLPI, Franco, *Martin Heidegger. Aportes a la filosofía, op. cit.*, pp. 18, 58-60.

²⁸² *Ibidem*, p. 61.

rá en el abismo, que el mismo Heidegger ha trazado con su tumba filosófica y se ha ahogado en el mar del ser.

Heidegger ya no puede avanzar, ha quedado enraizado, petrificado en el *acaecimiento apropiador*, en el *Ereignis* que reclamaba un espacio vital dentro de la filosofía, pero desdeñando cualquier tipo de tradición filosófica que se fincara en un fundamento metafísico. Ese nuevo comienzo estaba destinado al fracaso, pues su ontología no dio frutos, desde el *nihilismo nietzscheano*, pues no se produce un conocimiento cierto, determinado y concreto para la existencia humana desde el vacío. Cuando no se tiene un fundamento, un sentido al que trasciende el hombre en su búsqueda por la verdad, la justicia y la concreción de los bienes humanos, no se produce nada: “la nada, nada produce”.

La *vuelta* de Heidegger se puede entender como un *viraje de la filosofía a la ideología*, pues transforma su antropología humanista, en existencialismo nihilista, *culpa al hombre por el olvido del ser*; pues si antes era inocente, ahora le recrimina al hombre por el abandono del pensamiento filosófico, ante su búsqueda incansable por la avidez de novedades (lo uno, lo anónimo) y el imperio de la ciencia y de la técnica.

La ideología es la amante de la locura, pues no le rinde cuentas a la razón. Juega con las pasiones y sentimientos de los hombres, los reduce a objetos del deseo de venganza, una lucha sin cuartel para imponer el fundamentalismo por la diferencia, la igualdad absoluta, la emancipación del individuo a cualquier modelo de sujeción económico, político y social: en suma, el pensamiento se vuelve esclavo del *sospechismo de la filosofía*.

Ya nos referíamos a que la estigmatización de cualquier contenido de valor, conlleva la perspectiva ideológica de pensar que todo pensamiento filosófico, esconde un proyecto de dominación del poder por la clase dirigente en la política y en la economía. La denuncia de Paul Ricoeur de los *Filósofos de la Sospecha*²⁸³, en cuyo pensamiento, siempre existirá un *significado oculto*, principalmente en Nietzsche con el olvido del instinto creado que desenmascara los falsos valores, para crear los nuevos valores del superhombre –las virtudes fuertes a diferencia de virtudes débiles–, a través de ese proceso en el que precisamente se desvalorizan los valores existentes: *el nihilismo*.

Heidegger es la historia de la humanidad occidental en el siglo XX. El filósofo más importante de esa centuria: fue seducido por el deslumbrante aparato burocrático y por la “mística” del proyecto nazi de Adolf Hitler; un imperio que duraría mil años y que rescataría de la decadencia de Occidente a la gran nación, que esperaba tomar por sus propias manos la impronta de la historia y volver a lo originario y más fundamental de la civilización occidental: los griegos.

²⁸³ Véase RICOEUR, Paul “Hermenéutica y psicoanálisis” en *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*, op. cit., pp. 17 y ss. *Supra* “2) Imposturas intelectuales y charlatanería constitucional”.

Heidegger encarnó la historia de una Alemania segada por la voluntad de poder, la ambición, la ciencia y la técnica hacia el progreso infinito; ebrios de su propia historia, influenciados por la retórica del poder y de la guerra se lanzaron a la conquista del mundo sin prever ninguna limitante más que su propia voluntad desbocada. Heidegger se encontró con una Alemania que reclamaba lo que era suyo, lo que la modernidad le había arrebatado al haber llegado tarde a la repartición del mundo colonial y poscolonial, a raíz de su tardía unificación: reclamaba su *espacio vital*.

Por ello hemos volteado a ver a Heidegger, quien formula una filosofía que se pregunta por lo más originario en la filosofía; desde Aristóteles jamás se había planteado una pregunta tan fundamental: *el olvido del ser*.

Sin embargo, el problema no se queda en esa búsqueda, el problema se acentúa cuando Heidegger se pregunta por el culpable del olvido del ser. Antes de la *vuelta*, el hombre no es culpable; en el segundo Heidegger, el hombre es el culpable del olvido del ser: “el lenguaje es el pastor del ser, y el hombre su morada”, afirmará en su segunda etapa.

Esa realidad proyectante para la persona humana en el campo del derecho, se dilucida en la filosofía como una fenomenología. La *habencia* del derecho, no es otra cosa, que la misma existencia jurídica que hace hablar a sus normas, nos dicen algo, porque ese algo está impregnado en la eticidad de la persona humana; porque la injusticia la padece el sujeto, la justicia la goza la persona, y como todo es acaecimiento jurídico, se apropia del sentido de los fenómenos de esa misma existencia: existencia situada en la persona, de relevancia en la ponderación de las normas del derecho, principal mente en las normas iusfundamentales.

El sentido práctico del razonamiento inteligible del espíritu humano, no se conocen sino en la *praxis*, en el obrar del agente moral; por ello el estudiante no es sabio sólo leyendo un texto y desentrañando su sentido gramatical o literal, sino pensando, razonando lo que le dicen los textos, las enseñanzas de sus maestros, a la luz de la pregunta ¿Qué *debo hacer* ante un bien humano que reconoce y protege el derecho positivo?

Por eso, la hermenéutica iusfundamental, replanteará un derecho orientado con un propósito situado en la persona humana, de una intencionalidad y un sentido propio en la búsqueda de los bienes que le son connaturales y que reconoce la Constitución; será en ese sentido un *constitucionalismo intencional*.

6. LA HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS Y EL REDUCCIONISMO DEL POSITIVISMO METODOLÓGICO: KELSEN Y HART, ENTRE DECISIONISMO Y POSITIVISMO DÉBIL

La hermenéutica, ya no pretende caminar hacia el vacío de la asepsia en la que quedaba relegado el derecho, desprovisto de sus elementos críticos de moralidad y de justicia, sino hacia la propia singularidad que plantea el derecho y que exige los signos de los tiempos. Un derecho posmoderno que ya no tiende hacia la universalidad abstracta de un derecho na-

tural racionalista, sino al particularismo que formula el juez constitucional con sus sentencias relevantes en los casos difíciles en los que impera la equidad; pero a la vez no renuncia a la universalidad de la hermenéutica, que plantea el diálogo entre tribunales internacionales de los derechos humanos en el control de convencionalidad.

El derecho moderno fue construido como producto de un fuerte escepticismo ético; la reticencia de encontrar reglas universales y objetivas que no sean una consecuencia del poder del Estado a través del derecho positivo. El derecho globalizado, es un derecho caótico en el que se replantea la función misma del Estado nacional, ante la imposibilidad de resolver todos los problemas que aquejan al ciudadano mundial que no atiende fronteras, ni ordenamientos jurídicos cerrados en su propio sistema; es decir, un *derecho convencional*.

El presente estudio tiene como propósito fundamental, rescatar esa serie de principios y valores que las constituciones de la segunda posguerra han manifestado en el derecho posmoderno, como una fuerte pretensión de reconocimiento de los derechos humanos. Ese giro paradigmático que orienta la forma de interpretar, comprender y aplicar en todo el ordenamiento jurídico, los derechos humanos que provienen tanto de la misma Constitución, como de los tratados internacionales de derechos humanos.

La doctrina contemporánea del derecho constitucional como el neoconstitucionalismo, se ha centrado en que el derecho no sólo es un sistema jurídico que contiene reglas como lo propone el positivismo; sino que contempla una serie de principios que hacen que el derecho se abra de forma necesaria a los valores morales y por ende a la concreción de la justicia en los casos particulares. Dichos valores representan una dimensión de justicia o de la moralidad que han quedado positivizados en la norma suprema, en una nutrida enumeración de derechos fundamentales en las constituciones contemporáneas. En ese sentido, el derecho como sistema de principios, se encuentra vinculado con una hermenéutica jurídica especial, para la concreción fáctica de los bienes humanos que protegen los derechos fundamentales individuales y colectivos.

Sin embargo, es necesario hacer una pausa en el camino y tomar las debidas prevenciones, en cuanto al modelo al que se dirige el Estado de derecho: el Estado de derecho constitucional.²⁸⁴

Para nosotros la hermenéutica de los derechos fundamentales, viene a impregnarle al Estado de derecho constitucional, un nuevo imperativo categórico; en el cual, no importará tanto si las reglas o los principios que formulan las normas iusfundamentales, contiene todas las respuestas, sino que el jurista podrá encontrar en ese orden de valores inscrito en la

²⁸⁴ En ese sentido resulta muy esclarecedor el estudio de Rodolfo L. Vigo, al poner énfasis en ciertos riesgos a los que se enfrenta el Estado de derecho constitucional, para lo cual es necesario tomar ciertas prevenciones. VIGO, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, en ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del (coord.), *Supremacía constitucional*, Porrúa, México, 2009, p. 221-223.

Constitución, la norma que mejor satisface el derecho humano que reclama protección. Tal paradigma podría identificarse claramente con el tan actual principio *pro persona* al que se ha referido la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos.²⁸⁵

El sistema jurídico del neoconstitucionalismo es un sistema de principios, que sin prescindir de las reglas, proporciona una hermenéutica de los derechos fundamentales, para su adecuada concreción práctica. En ese entendido, el neoconstitucionalismo es la metateoría que mejor realiza una interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en la realidad contemporánea del Estado Constitucional, en virtud de que -a diferencia del positivismo metodológico- incorpora de manera necesaria en la justificación de los actos del poder público, valores morales, y por ende procura de forma más integral el respeto de la dignidad humana, con prevalencia de las reglas que expresan normas *lógico-formales*.

La hermenéutica no critica al positivismo por ser irracional, sino porque construyó la más acabada concepción del derecho moderno racionalista prescindiendo de la moral. Al positivismo jurídico se le controvierte, no porque no tenga la razón o porque sus postulados estén equivocados en cuanto a su pretensión de separar la moral del derecho. El formalismo positivista de hecho, logra su cometido con honores, cuando separa del derecho de cualquier otro conocimiento que no deviene de la “lógica” del aparato racional del sistema: en ese sistema, no cabe la moral, la política ni cualquier otro conocimiento que escape de la exactitud, la verificabilidad y la neutralidad a la que se adscribe el modelo geométrico del derecho moderno.

Al positivismo no se le cuestiona por establecer una doctrina intrascendente o incorrecta, sino que se le cuestiona su objeto de estudio. Pues esa parte que intenta develar del derecho, no es todo el derecho, sino que lo deja incompleto, inconcluso, por reducir la juridicidad a lo normativo, a lo axiomático; con lo cual deja ver lo limitado de su metodología deductivista.

En el capítulo anterior²⁸⁶, habíamos hecho la aclaración que si bien es cierto se ha tildado al positivismo jurídico el deductivismo rígido de la ley, Hart nos alertaba con gran acierto, de la diversidad de vertientes del positivismo jurídico y de la imposibilidad de identificarlo con el deductivismo legal. Pues el mismo Hart nos ha señalado desde la filosofía analítica del lenguaje ordinario, la complejidad del significado de las palabras, esto es, la existencia de “zonas de penumbra” al lado del significado estándar o central, conduce a los jueces a sobrepasar el ámbito de la mera interpretación y pasar a la decisión creadora de derecho.²⁸⁷

²⁸⁵ Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 308-311;

²⁸⁶ *Supra* “La filosofía hermenéutica es antipositivista y anticientificista”

²⁸⁷ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 15, 153 y ss, y 167.

Veamos pues cómo la línea dura del positivismo jurídico, tanto en Kelsen como en Hart, rechazarán al método deductivo, como la única posibilidad de interpretar el derecho de manera correcta.

1) Hans Kelsen

Hans Kelsen rechaza la concepción de un sistema jurídico cerrado compuesto por normas aplicables mecánicamente; reconoce la imposibilidad de dirigir completamente la decisión jurídica desde el contenido de la norma jurídica. La ambigüedad propia del lenguaje humano dificulta la precisión del significado, y el empleo de la metodología interpretativa tampoco puede superar eficazmente la incertidumbre: *finalmente la decisión dependerá de la decisión arbitraria del intérprete, la cual no es jurídica por la calidad o contenido de los argumentos que sustenta, sino por la cualidad de su autor; su decisión es derecho creado por la voluntad autorizada por el sistema.*²⁸⁸

Por lo cual Kelsen si bien no tiene una concepción mecanicista o deductivista de forma unívoca de la norma, cuando habla de interpretación, lo hace desde un plano secundario y residual. Pues otorga mayor importancia a la aplicación del derecho por parte de los órganos de autoridad del Estado y la primacía de la norma abstracta como explicitación del significado de las situaciones jurídicas hipotéticas, sobre el aspecto dinámico y creativo de la interpretación por el operador jurídico, que es propio de la hermenéutica. Desde su obra cumbre en la *Teoría Pura del Derecho*, no destina más que unas cuantas páginas (8 de 356) a descifrar su concepto de interpretación como acto de voluntad discrecional del órgano de aplicación del Estado ante la indeterminación de los significados normativos, más que como acto de conocimiento a partir del razonamiento práctico de las normas.²⁸⁹

Para Kelsen, la interpretación, es una elección de voluntad discrecional, que de conocimiento del contenido normativo; elección que hace referencia al significado lingüístico explicativo de las normas positivas, con relación a cualquier situación de la vida humana de forma unilateral, unívoca y acrítica de sus contenidos.²⁹⁰

En otro trabajo, Kelsen intenta exponer los puntos esenciales de la *Teoría pura del derecho*. En lo particular cuando habla de la interpretación, lo hace desde la “pirámide jurídica”, como teoría de la estructura escalonada del orden jurídico, desde la Constitución, hasta la ley, la sentencia judicial y los actos administrativos²⁹¹ y refirma el aspecto indetermina-

²⁸⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 258-263 y 349-356.

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 349-356.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 354-355.

²⁹¹ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho, El método y los conceptos fundamentales*, trad. Luis Legaz Lacambra, Colofón, México, 2010, 59-62. Un enfoque crítico de la construcción escalonada del orden jurídico desde la hermenéutica, que cuestiona el crite-

do de las normas como elección de significado por el aplicador del derecho desde su teoría pura. Sin embargo, señala de manera más clara la metodología del positivismo en la interpretación de las normas del derecho, como una aplicación sucesiva y escalonada, de *las gradas que constituyen el sistema normativo*, fuera de la cual, sólo existe discrecionalidad del aplicador del derecho ante la existencia de lagunas.

Cuando señala Kelsen que no existe la posibilidad de una respuesta “correcta” en el derecho, no es porque el positivismo acepte que no cuenta con la exactitud metodológica y científica para encontrarla, sino porque desde el punto de vista del derecho positivo, “no hay ningún criterio sobre cuya base pudiera preferirse una u otra de las diversas posibilidades existentes en el marco de la norma aplicada. No hay ningún método “jurídico-positivo” según el cual las distintas significaciones gramaticales de la norma pudiera ser considerada como “justa” o “recta”.²⁹² En ese sentido, renuncia a que el derecho tenga métodos de interpretación que hagan llegar a un único resultado justo, restándole valor a los métodos de interpretación como el argumento *a contrario*, la analogía, la “ponderación de intereses”, dejando a la entera discrecionalidad del acto de voluntad en la creación y determinación normativa del derecho -y no de conocimiento-, a la sentencia judicial.²⁹³

La pretensión científicista de la separación entre ser y deber ser del derecho en Kelsen –bajo los presupuestos kantianos–, deja ver su determinación al momento de responder a la cuestión acerca de las posibilidades existentes en el marco de una norma, en razón de su justicia. Kelsen es determinante y señala que “las posibilidades existentes en el marco de una norma es la “justa”, es una cuestión que, por naturaleza, escapa al conocimiento jurídico; no es un problema de teoría, sino de *política del derecho*”.²⁹⁴

En lo que nos atañe, en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales y el contexto de la separación del ser y deber ser en la interpretación jurídica positivista, Kelsen dejará en claro que “son funciones idénticas la de derivar de la ley y la sentencia o acto administrativo justos y la de crear una ley justa dentro del marco de la Constitución. Y así como interpretando la Constitución no se llega a determinar la ley justa, tampoco la interpretación nos dará la justa sentencia.”²⁹⁵ En la misma *Teoría pura*, Kelsen afirma la neutralidad del derecho desde la misma Constitución, al grado de negar el valor de la paz para la comunidad destinataria de las

rio avalorativo, unilateral y deductivo del esquema kelseniano. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 170-172.

²⁹² KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho, El método y los conceptos fundamentales*, *op. cit.*, p. 63.

²⁹³ *Ibidem*, p. 64.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 65. Las cursivas son nuestras.

²⁹⁵ *Idem*.

normas del derecho; remitiendo a la norma fundante básica como ficción de su sistema interpretativo en apariencia completo y coherente, y de manera analógica al imperativo categórico kantiano como lógica trascendental de su sistema de aplicación del derecho.

Cuál sea el contenido de esa constitución, y el del orden jurídico estatal erigido con su fundamento; que ese orden sea justo o injusto, es cuestión que aquí no se suscita; tampoco el de saber si ese orden jurídico efectivamente garantiza, dentro de la comunidad por él constituida, un estado relativo de paz. Con la presuposición de la norma fundante básica no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo.

En tanto sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretados como normas jurídicas objetivamente válidas, puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir *per analogiam* a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación.²⁹⁶

La función “interpretativa” del derecho bajo el prisma positivista como creación de la norma individual en el procedimiento de ejecución de la ley, se realiza sólo para “llenar” el contenido concreto del marco de la norma general, para lo cual Kelsen concluye: “es una función de la voluntad”.²⁹⁷

Kelsen deja en claro que la interpretación de la norma no podría llevar a desenguadrarse de la función volitiva de desentrañar el significado normativo en la ejecución de la ley, en comentarios “científicos” y oportunistas como lo propone el derecho natural; que tienen más como finalidad el influenciar en la legislación, en la función creadora de los tribunales y de las autoridades administrativas. Se trata del escepticismo kelseniano en la capacidad cognoscitiva de las normas morales, en la justicia, en los juicios de valor que refieren a los conceptos como “bien del pueblo”, “interés del Estado”, “progreso”, etc. Para Kelsen, desde el Derecho positivo, nada puede decirse acerca de su validez “tampoco se las puede caracterizar de modo positivo, sino sólo negativamente: son determinaciones que no proceden del Derecho positivo.”²⁹⁸

Kelsen lleva al límite su concepción positivista de la interpretación y afirma que en realidad la “seguridad jurídica” es una ilusión, que en el derecho positivo no existen lagunas auténticas; si en todo caso se puedan aceptar su existencia como una “ficción”, el órgano competente en la aplicación de la ley, puede determinar de forma discrecional el contenido de la

²⁹⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 209.

²⁹⁷ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, *El método y los conceptos fundamentales*, *op. cit.*, p. 65.; *Ibidem*, p. 203.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 66.

norma.²⁹⁹ Al fin de cuentas –dice Kelsen–, si la interpretación jurídica positivista, no descubre nada, ni realiza ningún acto de conocimiento de un significado preexistente que se pueda interpretar, deviene en la más simple y crasa voluntad determinativa del órgano de aplicación del derecho. En ese contexto, el intérprete no podría apreciar “lagunas auténticas”, pues en caso de que el legislador así lo haya determinado, deviene en una “fórmula ideológica” a la que inconvenientemente el legislador acudió para poner en apuros al juzgador, con su *inoportuna política del derecho*.³⁰⁰

Si bien coincidimos en algunos puntos con Kelsen, como la afirmación de que las respuestas en el derecho, no se llegan a una única respuesta correcta y absoluta, como lo plantea Dworkin, la paradoja subsiste. El escepticismo axiológico de Kelsen, exige en demasía que el derecho pueda llegar a una respuesta exacta; y en ningún caso renunciar a su metodología científicista, en la que admita el conocimiento de verdades de razón práctica, a las que se llegan de forma aproximada en un razonamiento plausible, más no preciso y verificable.

2) H.L.A. Hart

En primer término, es necesario dejar patente, la gran diferencia que existe entre Hans Kelsen y H.L.A Hart en cuanto al concepto de derecho bajo la doctrina positivista. Si bien es cierto que, en general coinciden en la convicción de que “la terea central de la filosofía del derecho es explicar la fuerza normativa de las proposiciones jurídicas”³⁰¹ en todos los ámbitos del derecho, es claro que el positivismo hartiano, es por mucho, diferente y más dinámico que el sostenido por la teoría pura kelseniana.

El aporte fundamental de la teoría jurídica de Hart, es sin duda la crítica a la noción kelseniana de *Grundnorm* (norma básica, fundamental, fundante, primaria u originaria). Para Kelsen, todos los ordenamientos jurídicos dependen de una norma primaria o básica (*Grundnorm*) que presume el deber de los gobernados de obedecer a sus gobernantes. Dentro de las diversas críticas de Hart a Kelsen, resalta la que afirma que la norma básica de todo ordenamiento jurídico no era una presunción sino un hecho, una cuestión fáctica: *la regla de reconocimiento*.³⁰²

El problema del fundamento de validez de la *Teoría pura del derecho* en la norma fundante o norma básica presupuesta, jamás quedó resuelto de forma satisfactoria por Kelsen; el cuestionamiento más contundente para afirmar, que su teoría se encuentra seriamente afectada de congruencia

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 66-71.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 71.

³⁰¹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Estudio preliminar” en HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, Editado por Bulloch, Penélope A. y Joseph Raz, Estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía por Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000, pp. XIII y XIV.

³⁰² HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 125 y ss, 310 y ss.

con el basamento de su construcción lógica del científicismo que lleva impregnado en sus postulados. *Resulta que la norma fundante es una ficción y como tal, no aporta un parámetro empírico, verificable, cierto y objetivo en cuya científicidad pretendía sostener dicha teoría.* Para Hart un tema tan relevante como el sustento de la validez del ordenamiento jurídico, resultaba de suma importancia como para dejarlo en manos de una ficción: la norma fundante básica “presupuesta”.

A diferencia de Kelsen, Hart propone la existencia de reglas primarias que derivan de la regla de reconocimiento, mismas que no sostienen su validez en otras normas como la *Grundnorm*, sino que es una regla que existe por la aceptación que los jueces hacen de ellas, para distinguir las reglas que se hacen parte del ordenamiento jurídico con su aplicación. Por poner un ejemplo, cuando los jueces usan expresiones como: “Es la regla en el país X que Y”, están implicando que aceptan una regla que determina la validez de otras reglas, esto es, están aceptando la regla de reconocimiento. En este sentido, la regla de reconocimiento, para Hart es un hecho y no un concepto *a priori*, o una presuposición, como lo es para Kelsen.³⁰³

El positivismo jurídico contemporáneo se percibe más dinámico y en ciertos aspectos, hermenéutico, bajo el enfoque conceptual que ha formulado Hart desde *El Concepto de Derecho*, a diferencia del positivismo de Hans Kelsen con la dogmática positivista exegética de la *Teoría Pura del Derecho*.

En ese orden de ideas y de manera por demás paradójica, fue el mismo H. L. A. Hart, quien *abrió la caja de pandora* al anticipar el giro argumentativo que hoy alienta a las teorías neoconstitucionalistas y analíticas del derecho, para adoptar argumentos morales de justificación de las normas del derecho. La *textura abierta del derecho* dio lugar de forma ineludible a la interpretación del lenguaje indeterminado de los conceptos que contienen sus normas.

En este sentido, Hart se aleja con mucho de la dogmática *exegética-legalista-normativista* de neutralidad absoluta de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, cuando de manera consciente o inconsciente formula el *soft positivism* o positivismo suave. Hart, en su *Postscript*³⁰⁴ a la obra *The Concept of Law*, introdujo argumentos morales de justificación de las normas, consistentes en adoptar como análisis del fenómeno jurídico el contexto de justificación. En palabras del mismo Hart, refiriéndose a la crítica de Ronald Dworkin, la regla de reconocimiento o *test de pedigrí* de las normas, “puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con *principios morales o valores sustantivos*.”³⁰⁵

Ante la autoridad de Hart, arrastró a sus correligionarios de la escuela

³⁰³ *Idem*.

³⁰⁴ HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 26. Las cursivas son nuestras.

positivista, que terminaron por ceder ante la incesante y contundente evidencia que muestra la insuficiencia del “sistema” normativista a la más pura tradición kelseniana; el único camino de sobrevivencia se reduce a la última estrategia de flexibilizar la separación radical entre la moral y el derecho mediante una regla de reconocimiento que permita establecer e incorporar contenidos morales al derecho, sin que sea necesaria la vinculación entre derecho y moral, sino sólo de forma contingente.

El positivismo incluyente de Hart introdujo argumentos morales para adoptar como análisis del fenómeno jurídico el contexto de justificación. Si bien, dicho análisis se da de manera contingente, el sustento moral de las normas no solamente tiene que ver con la fuerza o la violencia dentro del contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, lo que sostiene el debate actual entre los mismos positivistas en cuanto el carácter relevante de la contingencia de los argumentos morales para el derecho.³⁰⁶

El derecho de los positivistas ya no podía ser igual, ante las afirmaciones de una autoridad como la de Hart. Los kelsenianos puros, debían actualizar su doctrina conforme a los vientos de cambio, con peligro de perecer en el intento, en la más *insistente asepsia normativa del derecho solipista de neutralidad absoluta*.

El *positivismo blando o inclusivo* nace cuando Hart impugna de Dworkin, la exageración con la que toma la incertidumbre de los criterios relativos a la validez jurídica, en el que cuestiona si incluyen *la concordancia con principios o valores morales concretos sólo en algunos casos, sin que se pueda generalizar dicho análisis a todos o a la mayoría*. En ese sentido, Hart afirma de manera categórica: “nunca he pretendido que el objetivo de la regla de reconocimiento sea excluir a cualquier precio *la incertidumbre en otros valores*. [...] la regla de reconocimiento como las reglas jurídicas especiales identificadas con referencia a ella pueden tener una *“penumbra” de incertidumbre de carácter controvertible*.”³⁰⁷

En esa tesitura, se demuestra que el positivismo incluyente, lejos de confirmar la viabilidad del positivismo metodológico para la aplicación del derecho, constató las grandes inconsistencias e incongruencias de la fe iuspositivista; así como del polimorfismo que a la “desesperada” se gestó como movimiento de actualización interna, para flexibilizarse y permitir la traducción de los contenidos materiales de los derechos fundamentales, a raíz de la impronta constitucionalista de los principios jurídicos, en cuanto

³⁰⁶ Obras fundamentales para dilucidar el debate contemporáneo al interior del positivismo jurídico incluyente Véase BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente, Un estado de la cuestión, op. cit.* y BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan y SERNA, Pedro, *El caballo de Troya del positivismo jurídico, Estudios críticos sobre el inclusive legal positivism, op. cit.*

³⁰⁷ HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho, op. cit.*, p. 27. Cursivas son nuestras.

a su aplicación directa y operativa.³⁰⁸

Por lo cual, el positivismo incluyente que formula Hart, si bien no le da toda la razón a Dworkin en cuanto a que únicamente la regla de reconocimiento de las normas, es tratada de forma suprema y dominante, los principios o valores morales controvertidos, implican un avance significativo en cuando a un *régimen descentralizado de reglas consuetudinarias*. Pudiendo formular en consecuencia guías de conducta generalmente confiables y determinadas, identificables de antemano, como pueden ser los referidos principios y valores morales.³⁰⁹

Sin duda el *Postscript* de Hart, constituye uno de los paradigmas de cambio que se han suscitado de forma imprevista para los mismos positivistas.³¹⁰ De manera no expresa, y en los pasillos académicos, se ha llegado a comentar que el *Postscript*, podría ser hasta cierto punto un *documento apócrifo*, en tanto que el mismo autor decidió no sacarlo a la luz, y que en lo general no se encontraba totalmente acabado, o que inclusive el mismo Hart pudo haber pulido y mejorado para darle respuesta a las críticas de Dworkin.³¹¹

Lo cierto es que el *Postscript* se trata de un “documento incómodo” para toda la obra hartiana, pues dejó abierta la caja de pandora, para que dentro de la filosofía analítica positivista, se dejaran ver las fallas estructurales del sistema jurídico de reglas, al considerar la mera posibilidad de que el derecho pueda incorporar en el análisis de reconocimiento de las normas jurídicas, los valores y principios morales.

Con todo ello, el *Postscript*, ha entregado “la joya más preciada de la corona” que encumbraba el positivismo jurídico desde la invención del derecho racionalista moderno: la seguridad jurídica en la completitud y coherencia normativa del sistema jurídico como un sistema de reglas sin contenido moral.

Actitudes como del ahora neoconstitucionalista Alfonso García Figueroa³¹², constatan que la apostasía a la fe iuspositivista, constituye una

³⁰⁸ Alfonso García Figueroa señala que ante el embate de la tesis de los principios, el positivismo adopta muchas formas para su defensa flexibilizando sus postulados esenciales en modelos puros de exclusión, transitorios de inclusión y de disolución. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 217.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 28.

³¹⁰ Véase una compilación muy ilustrativa del debate interno entre positivistas A.A., *El Postscript de H.L.A. Hart. Nueve ensayos*, Ara, Perú, 2010.

³¹¹ La nota previa a la obra, así como las notas al pie de página de los editores Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, han dejado al descubierto que la primera parte del *Postscript* se encontraba terminada, pero la segunda sección consistían en notas manuscritas e incompletas para ser publicadas; sin embargo, el producto final de la obra, incluye los cambios que en su momento el mismo Hart consideró en sus borradores. Cfr. HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, op. cit., pp. 14 y 15.

³¹² En su momento García Figueroa era positivista. Sin embargo, ahora se puede considerar el más ferviente neoconstitucionalista, en cuya doctrina sostiene una versión fuer-

apuesta racionalmente fundamentada como paradigma emergente de mayor éxito en la actualidad; sin considerar una entrega irracional a teorías que con anterioridad criticaba. Es decir, la mera posibilidad de encontrar en el positivismo jurídico incluyente un punto de encuentro con el neoconstitucionalismo o la hermenéutica, no se trata de una entrega ciega al iusnaturalismo, sino la actitud de un investigador comprometido con la verdad y la justicia, en la que se abandonan posiciones absolutistas, dogmáticas y fundamentalistas del normativismo anquilosado.³¹³ Todo ello es muestra fehaciente de una actitud que renovó y trajo aire fresco a la postura antinómica de la moral y el derecho que se encontraba ante un callejón sin salida.

Ahora bien, por lo que refiere al tema de la interpretación, para Hart, cualquier técnica, precedente o legislación, que se adopte para comunicar pautas o criterios de conducta en los casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestionen, resultarán ser indeterminadas; siempre tendrán lo que se ha dado en llamar, una *textura abierta*. En lo particular, en el caso de la legislación, constituye una característica general del lenguaje humano: “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho.”³¹⁴

Hart refiere a los casos difíciles, en los cuales no es posible subsumir el hecho concreto en la hipótesis normativa, para lo cual hace referencia a la aplicación de la norma tanto en casos obvios como complejos. Pone el ejemplo de que en una norma se mencione la palabra “vehículo”. Es indudable que un automóvil es un vehículo, pero ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines? Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otros elementos no previstos de manera expresa.³¹⁵

En referencia al grado de incertidumbre Hart afirma que los “cánones de interpretación” no pueden eliminar, aunque sí disminuir; refiere a esos “cánones” como reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Los casos claros (casos fáciles), en que los términos generales parecen no necesitar inter-

te del sistema jurídico de principios: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad, Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, op. cit., pp. 14-19. Para mayor abundamiento, en cuanto al debate entre García Figueroa e Isabel Lifante Vidal, en torno a la “tesis del caso especial” de Robert Alexy Véase LIFANTE VIDAL, Isabel “Una crítica a un crítico del «no positivismo». a propósito de «la tesis del caso especial y el positivismo jurídico», de Alfonso García Figueroa” en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23 (2000), pp. 709-728.

³¹³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad, Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, op. cit., pp. 14-15.

³¹⁴ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 159.

³¹⁵ *Idem*.

pretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.³¹⁶

En el ejemplo del problema interpretativo (casos difíciles), de la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque, se deduce su respuesta de una aplicación de combinaciones de circunstancias, siempre y cuando el caso se asemeja “en grado suficiente” al caso típico, en aspectos “relevantes”.³¹⁷ Para Hart, es en dicho aspecto, cuando entra el ámbito discrecional, para dejar a la amplitud del lenguaje una amplia gama de posibilidades; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, *es, en realidad, una elección. “El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas.”*³¹⁸

Por lo anterior, es claro que para Hart la interpretación es un tema fundamental para el aplicador del derecho desde *El concepto de derecho, y no solamente hasta el Post Script*. Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, sobre todo por el juzgador, en quien se hace patente que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora; la cual no se limita a una elección ciega y arbitraria, a una la deducción “mecánica”, a partir de reglas con significado predeterminado.³¹⁹

La elección del operador jurídico se encuentra orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de tal manera que no debe existir una intención premeditada de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos. La decisión judicial resulta de especial relevancia para las cuestiones constitucionales, pues implican con bastante frecuencia una elección entre valores morales; niega rotundamente que el método deductivo sea el único para la interpretación correcta de las normas, pues no se trata de una mera aplicación mecánica de las mismas.³²⁰

En ese contexto, Rodolfo L. Vigo³²¹, nos recuerda que aunque resulte extraño o paradójico, la ética judicial como sucedáneo de la discrecionalidad judicial es una tesis que defendió Hart, incluso aludiendo a virtudes judiciales, y de manera sorprendente para la escuela positivista, llega a

³¹⁶ *Ibidem*, p. 158.

³¹⁷ En este sentido existe una conexión muy relevante con la analogía, y en ese sentido, Hart se acerca a la hermenéutica de forma clara. *Infra* “Hermenéutica analógica”.

³¹⁸ HART, H.L.A., *El concepto de derecho, op. cit.*, p. 159. Las cursivas son nuestras.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 252.

³²⁰ *Ibidem*, pp. 252-253.

³²¹ VIGO, Rodolfo L. “Ética judicial e interpretación jurídica” en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), p. 278

aceptar la existencia de una “ponderación” y el “balance” característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto.

La decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una *elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado*; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto *los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica*, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de legislativa a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: *pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la “ponderación” y el “balance” característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto.*³²²

3) Las respuestas pendientes del positivismo contemporáneo

Con todo y la aclaración de que el positivismo jurídico rechazan al deductivismo como único método de interpretación, en autores como Kelsen³²³ o Hart³²⁴, no acaba de satisfacer a muchos juristas porque excluía del ámbito jurídico todos los elementos extralegales necesarios para determinar la decisión; en ese sentido, dicha exclusión conlleva que las valoraciones en el ámbito de la moral sean totalmente irracionales.³²⁵

En ese aspecto, la hermenéutica controvertirá el formalismo con el que se interpretan las normas bajo la idea del positivismo jurídico, ya no porque rechace que el método deductivo sea el único para llegar a una correcta interpretación, sino que le niega a cualquier método la racionalidad suficiente para introducir contenidos de moralidad y de justicia en las decisiones jurídicas, limitando a la función creadora del derecho a la voluntad arbitraria del intérprete.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que la visión popular del positivismo -así como la gran mayoría de los juristas positivos que no conocen

³²² HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 252-253.

³²³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 205-208;

³²⁴ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 159 y ss.

³²⁵ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús, “Textos legales y casos concretos” en RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit., p. 1162. Para mayor abundamiento en la aclaración de que el positivismo jurídico rechaza la aplicación del derecho de forma mecánica y deductivista; un estudio fundamental de la hermenéutica jurídica por uno de los forjadores más relevantes de dicha corriente iusfilosófica Véase RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús, *Interpretación, Derecho, Ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, Comares, Granada, 2011, pp. 1-14.

la verdadera finalidad del positivismo jurídico en el ámbito interpretativo del derecho-, es que sea precisamente la aplicación deductiva del método legalista, la hermenéutica arquetípica del positivismo jurídico, aunado a que el decisionismo o voluntarismo sea una cuestión que desde luego se tome como presupuesta en la interpretación y aplicación práctica del derecho en la vida cotidiana.

Por lo anterior y hecha la aclaración de que la doctrina central del positivismo jurídico, tanto en Kelsen como en Hart del rechazo hacia la aplicación mecánica y deductivista del derecho; es claro que lo que se recrimina al positivismo no es su deductivismo mecanicista, sino su reduccionismo científicista. El positivismo no termina por develar toda la luz que emana del derecho, pues su desvelamiento axiomático solo deja ver el lado lógico y formal de lo que se desprende de sus normas en el procedimiento de creación legislativo; es decir –en términos hermenéuticos–, un *develamiento parcial que solo deja ver la mitad del horizonte*.³²⁶

Al final, la humanidad no ha entendido, que siempre volverán las mismas preguntas sobre las grandes cuestiones. Las viejas preguntas que la filosofía se ha planteado desde el nacimiento de la civilización, y que ahora más que nunca, han escuchado el llamado de la historia a una cita imborrable con su propio destino. Ese *toque de campana del mediodía*, que llama al hombre posmoderno, al jurista; para comprometerse ante el resquebrajamiento de la civilización occidental y a tomar en sus propias manos la impronta de su historia, *la historia efectual en el mundo de la vida*.³²⁷

³²⁶ El análisis del positivismo jurídico a la luz del pensamiento de Hans Kelsen, H.L.A. Hart, Ronald Dworkin, así como su relación con el Estado constitucional, las diversas variantes del positivismo jurídico y las alternativas a la dialéctica entre iusnaturalismo y positivismo –entre las que se encuentra el neoconstitucionalismo y la hermenéutica jurídica–, son los temas centrales de una obra fundamental del debate en torno a la filosofía del derecho contemporánea, realizada en homenaje a José Delgado Pinto RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit. En ese mismo tenor se encuentra la monumental obra colectiva que con motivo del setenta aniversario de Andrés Ollero, aborda desde una vertiente multidisciplinar, grandes temas de la filosofía del derecho a través de estudios relacionados con el derecho y la moral, positivismo jurídico e iusnaturalismo, teoría del conocimiento e interpretación y sobre todo, con la interpretación constitucional y el papel de juez: HERMIDA, Cristina y SANTOS, José Antonio (coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados – Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, pp. 2692.

³²⁷ La hermenéutica plantea un nuevo lenguaje para describir la realidad posmoderna, para lo cual es necesario introducirse en ciertos guiños del vocabulario de Gadamer y Heidegger muy propios del giro lingüístico de la hermenéutica filosófica. Para este punto en lo particular, véase la importante compilación OÑATE Y ZUBÍA, Teresa, et. al., *Hans Georg Gadamer: Ontología Estética y Hermenéutica*, Dykinson, Madrid, 2005. Además de la obra es fundamental el contenido en video del programa “Gadamer, un maestro del siglo XX” (seis programas de Televisión Educativa de la UNED: “Voces del pensamiento”, emitidos en TVE-2 el 2003 y editados por el CEMAV de la UNED).

Siempre volverán las viejas preguntas, las grandes cuestiones que apelan al compromiso del jurista, a su sentido de moralidad y eticidad. Las preguntas que lo comprometen a tomar una posición justificada y razonable de lo que es la moral y el tipo de vinculación que existe con el derecho al que alude el debate de la filosofía jurídica contemporánea: el qué, el porqué y el paraqué del derecho y sus contenidos normativos que se concretan en la misma persona que las formula, el operador jurídico que se pregunta ¿Qué debo hacer en un conflicto entre derechos fundamentales? Preguntas que no se responden remitiéndonos al sentido literal de la ley, sino a la hermenéutica que presuponen una adhesión a determinada posición iusfilosófica y moral.

El fenómeno de la comprensión que postula la hermenéutica moderna, lo interpretamos como una auténtica y originaria forma de conocer los bienes humanos. En ese sentido, interpretar la realidad a la luz del derecho y de sus normas, adquiere una connotación especial en nuestra pretensión de formular una *ontología fenomenológica del derecho*. Para nosotros interpretar, es el acto mismo de conocer, y como operación racional, entendemos lo que significa el bien humano que protege la norma iusfundamental.

Por ende, interpretación, comprensión, aplicación de la norma se encuentran ligados de manera indisoluble con el acto prudencial de decidir; entre lo bueno, lo malo, lo justo o lo injusto, lo correcto o lo incorrecto. No por ello nos encontramos ante posturas absolutas, sino que lo esencialmente absoluto, es que percibimos esa *densidad inmaterial de lo humano* en el derecho. Lo invariable dentro de esas variables y posibilidades, es que el ser humano tiene la capacidad de conocer verdades, que escapan del tamiz de la ciencia exacta; sin que por esa connotación, no se pueda considerar a la filosofía como una ciencia originaria, pues parte de la experiencia misma del conocer, para desarrollar sus postulados.

La hermenéutica se sitúa en el fenómeno de los conflictos constitucionales entre principios de derecho fundamental, le llamamos *la singularidad del acto moral*. Esto es que, por un lado pareciera que la decisión que tome el agente moral, en la que está implicado un bien humano, se pueda entender como relativismo moral, en tanto que su decisión se encuentra situada de manera intencional en el sujeto en un espacio-tiempo y circunstancias específicas; o bien, una postura dogmática, en cuanto a que la hermenéutica considera a esos bienes humanos, como realidades indisponibles, transidas de moralidad cognoscible a través de las argumentaciones de razón práctica.

La hermenéutica filosófica se encuentra en el “borde del precipicio”, en el “filo de la navaja”; es muy fácil que se le pueda imputar de relativismo decisionista, cuando no, de conservadurismo intolerante. Lo que en realidad apela la hermenéutica es que existe una “zona nebulosa”, en el que solo se puede apreciar la existencia de un bien humano, inmerso en un conflicto constitucional, o mejor dicho en un dilema moral, cuando se tiene el caso concreto y por ende, las condiciones de relevancia que hacen

concretar el contenido normativo de los derechos humanos; la responsabilidad del operador jurídico de decidir, con el material probatorio que tiene a su alcance, el sentido de las normas iusfundamentales.

En muchas ocasiones, los derechos fundamentales no expresan nada, o no significan nada; porque *hace falta que el operador jurídico haga hablar a los principios, les de vida práctica a través de sus razonamientos tenidos de moralidad circunstanciada*. El juzgador demuestra de lo que está “hecho” cuando interpreta la norma, pues se adhiere a una posición filosófica, ética o moral; la supuesta neutralidad del derecho en la interpretación letrista o formalista de la ley, lo ha dejado desprovisto del sustrato axiológico y ético al que debe apelar el derecho. Por lo cual y en ese aspecto, el derecho es una realidad a la vez indisponible, pero relacional; alteridad que se conoce cuando apreciamos la necesidad de relacionarnos con los demás, a quienes reconocemos como iguales, pero distintos a la vez.

Para la hermenéutica, no hay derechos absolutos, ni relativos, sino que la razón práctica posee su propia singularidad; la cualidad esencial de interpretar y comprender la compleja existencia de la persona humana en relación con sus congéneres: la alteridad hermenéutica

Ahora, hacer filosofía del derecho, también es hacer filosofía moral, pero sin quedar atascada en el derecho positivo como lo refiere Habermas: “la moral ya no flota sobre el derecho, como todavía sugiere la construcción del derecho natural racional, como un conjunto suprapositivo de normas. *Emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo*”³²⁸; por lo cual es preciso trascender al sentido del derecho hacia la *hermenéutica de la facticidad de la persona humana*.

En términos más simples, la hermenéutica es aquel arte que implementa el intérprete, que sabe comprenderse y comprender a los demás: el comprender, es saberse comprendido en la comprensión de lo ya dicho y lo ya pensado en los textos filosóficos, jurídicos o normativos, para trascender hacia una nueva interpretación de las normas del derecho, sobre lo no dicho y lo no pensado en tiempo presente. La hermenéutica jurídica es una forma muy sutil de apropiarse del sentido de las palabras, que contienen un significado en ocasiones inalcanzable y que escapan del significado que le quiso dar su autor: el doctrinista, el legislador, el juez o el constituyente.

La hermenéutica le habla al oído del jurista de nuestro tiempo, para saber comprender entre líneas, lo que un argumento quiere decir y reflejar en su verdadero sentido. Comprender entre líneas no es acceder a un conocimiento esotérico o impenetrable, sino que requiere un necesario esfuerzo argumentativo de comprensión, para justificar la interpretación de las normas jurídicas, y no por ello, es menos verdadero. La hermenéutica tiende los puentes para salvar las distancias entre el complejo contenido

³²⁸ HABERMAS, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad vía legalidad?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, op. cit., pp. 168 y 169

axiológico y moral de las normas de derecho fundamental, y su aplicación-concreción práctica; en el que un bien humano, siempre será su elemento de unidad y de sentido, en tanto realización de la persona a la que se adscribe dicha prerrogativa fundamental.

7. LA MITOLOGÍA JURÍDICA DE LA MODERNIDAD A TRAVÉS DEL MÉTODO

Desde la invención del derecho moderno y su metodología con Savigny, pasando por Kelsen, Hart y los últimos positivistas metodológicos, mucho se ha dicho sobre lo que el método del derecho puede ofrecer a la verdad formal del derecho; la metodología jurídica de la modernidad, ha delimitado la parcela de los saberes jurídicos como en ninguna otra etapa en el pensamiento iusfilosófico, pero poco se ha encargado de la verdad material, del contenido.

Ese intrincado edificio racional de respuestas lógicas y deductivas, que se obtienen a través de fórmulas algorítmicas y algebraicas, han terminado por decir muy poco respecto de lo que en realidad son los derechos humanos. La metodología jurídica de la modernidad se ha vuelto una auténtica *mitología jurídica*³²⁹, pues el jurista positivo se ha quedado con fórmulas y reglas lógicas, más que con soluciones que atiendan a los problemas surgidos de la realidad histórica y al contenido material de los derechos fundamentales.

En un principio el positivismo jurídico, pretendió realizar el proyecto ilustrado, forjar un método en el cual, la diosa razón pudiera conocer la realidad por la observación empírica, sin recurrir a la religión, al mito, a los augures. Sin embargo, la ficción de la ley, la voluntad del legislador y su espíritu incólume, han enarbolado la más grande e ilusoria mitología: *la religión secular del Estado de derecho legal*. La ley no se interpreta, se repite, describe desde sí misma toda la realidad, sin contaminarse de otros saberes humanos como la moral o la política.

Aún más, *el derecho de reglas, no ha dicho casi nada de lo que significa el bien humano que protege la norma positiva y que se traduce en la radical existencia del hombre*; por lo que adquiere un sentido propio y precisa, una concreción singular para su debida protección a través de la hermenéutica que proponemos, una *hermenéutica iusfundamental*.

Ahora la verdad se enfrenta al método. La violencia metodológica de reducir la conducta humana a los axiomas lógicos de los códigos normativos, ha dejado al derecho desprovisto de su materia, de su trama, su sustancia. Ahora la verdad cuestionará al método, y lo sentará ante el tribunal de la conciencia, de la tradición histórica de la humanidad, para rendirle cuentas; y la hermenéutica se ha prestado para implementar tal proeza.

³²⁹ GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, op. cit.

Es por ello que la hermenéutica, ya no sólo se queda con postular la relación necesaria entre el derecho y la moral del neoconstitucionalismo; ni tampoco en aceptar la necesidad de distinguir entre normas de principio o normas de reglas. La hermenéutica, pretende dar un *salto cuántico*, para hacer una pausa en el camino en cuanto a la violencia del método jurídico, y su reduccionismo epistemológico en el conocimiento de los saberes humanos en los que se inscribe el derecho.

La hermenéutica cuestiona que la misma separación del derecho y la moral o entre ser y deber ser, no es una cuestión meramente teórica, sino que su realidad se centra en la coexistencia fáctica de la vida humana, que se traduce en la tradición histórica del derecho; la concreción de los bienes humanos reconocidos en la norma positiva que por su indisponibilidad, no se pueden reducir a una decisión de las mayorías legislativas o de los órganos jurisdiccionales; o en el último término en las decisiones irracionales de los operadores jurídicos con pretensiones de neutralidad.

CONCLUSIONES

1. *¿Derechos fundamentales o derechos humanos?*

A) Los derechos fundamentales, son derechos humanos positivizados; la Constitución no puede establecer de manera excluyente, que solo los derechos humanos reconocidos en dicha norma rectora, se van a proteger y garantizar con la mera denominación de “derechos fundamentales”.

B) Los derechos humanos además de tener una pretensión de universalidad en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, no pueden limitarse a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución: *todos los derechos fundamentales son derechos humanos, pero no todos los derechos fundamentales son derechos humanos*. El género son los derechos humanos y la especie son los derechos fundamentales establecidos en la Constitución; sin embargo los derechos fundamentales no dejan de compartir la naturaleza de los derechos humanos.

C) Proponemos un concepto de derechos fundamentales como *aquellas prerrogativas indisponibles de la persona humana, que el poder público reconoce en la Constitución así como en los tratados internacionales, para su cumplimiento por los órganos del Estado, así como por los organismos internacionales o comunitarios; lo que se traduce en la vinculación de todo el ordenamiento jurídico y acto de autoridad, al deber de promover, respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos positivizados, así como los no contemplados en la Constitución y/o que se deduzcan de su hermenéutica jurisprudencial*.

2. *Interpretación constitucional y cognitivismo ético: el horror vacui del jurista positivo*

A) *Filósofos y constitucionalistas en la frontera del derecho y la moral, en diversos temas*: la distinción de reglas y principios, la racionalidad de la ponderación y el principio de proporcionalidad, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad y de convencionalidad y sus paradigmas hermenéuticos como el principio de interpretación conforme y el principio *pro persona*, entre otros temas del derecho constitucional y convencional.

B) *La rehabilitación de la razón práctica y la racionalidad de la normatividad del derecho*. No toda fundamentación argumentativa es constitutiva de razón práctica, pues cualquier teoría procedimentalista del derecho debe atender al núcleo indisponible y esencial que caracteriza cada derecho fundamental, como justificación razonable de su decisión, sin quedarse en el mero consenso de las mayorías del poder público, bien legislativo o jurisdiccional.

C) *La paradoja del lenguaje normativo de los derechos: entre irracionalismo e hiperracionalismo*. El positivismo niega que podamos conocer un contenido preciso, por referir a conceptos abstractos como la justicia (Kelsen), ante la incapacidad del operador jurídico para razonarlo, luego entonces hablamos de un *irracionalismo*; o por otra parte, cuando el concepto refiere a una problemática tan intrincada, o a una realidad inabarcable, como es el derecho (Hart), que no se puede proporcionar un concepto, de tal suerte que se implemente una norma de clausura para contemplar todos los casos bajo su significado, luego entonces hablamos de *hiperracionalismo*.

D) *El horror iuris naturalis, bloque de constitucionalidad y la “miasma” de los derechos*. La *miasma monádica*, es una metáfora que representa la angustia del jurista positivo de nuestro tiempo, cuando se enfrenta a la incertidumbre ante el sistema jurídico de principios, incompleto e imperfecto; el cual implica la traducción de conceptos indeterminados a través de la argumentación jurídica, para transformar en ese mandato de optimización y realizar en la mayor medida posible contenidos de valor establecidos en las normas de derechos humanos.

3. Una teoría hermenéutica con pretensiones filosóficas

A) Una muy importante aclaración para nuestro planteamiento es que si bien es cierto la hermenéutica cuestiona al método jurídico de la modernidad por su reduccionismo epistemológico, no pretendemos llegar a la conclusión de que en la ciencia impere un *modelo anarquista* como el que propone Paul Feyerabend: el *nihilismo conceptual* que impera en la filosofía de la ciencia y de la filosofía del derecho posmoderno, pretendiendo controvertir la rigidez del método científico, apuesta por vaciar el contenido axiológico y deóntico a los conceptos e instituciones jurídicas para “aco-

modarlos” a las exigencias que reclama el mercado de bienes, intereses y productos utilitaristas a los que se ha reducido el aspecto “sustancial” del derecho.

B) La *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, constituye una propuesta de la filosofía del derecho, que pretende sistematizar y ordenar lo que entendemos en el ámbito de la interpretación, comprensión y aplicación de las normas de derecho fundamental.

C) La hermenéutica de los derechos que proponemos es una teoría con pretensiones filosóficas, por lo cual no pretendemos desarrollar una “teoría general” de las normas iusfundamentales, para sustituir lo que la ciencia del derecho no puede explicar con profundidad: *el conocimiento filosófico de los bienes humanos reconocidos en las normas iusfundamentales, bajo las coordenadas del razonamiento práctico y prudencial.*

4. El *aquí y ahora* de la hermenéutica jurídica

A) Los problemas que plantea la hermenéutica se encuentran en una *realidad situada, en un aquí y ahora*; las preguntas sobre la verdad, la justicia y sus normas, ya no se encuentran teñidas de neutralidad estéril, sino de las más intrincadas preguntas del derecho contemporáneo.

B) Después de la Segunda Guerra Mundial, se cuestionó el contenido de la misma ley que violaba el derecho. La hermenéutica trata de encauzar un conocimiento del derecho, vinculado desde la misma existencia del hombre con la moral, la ética, la política y otros saberes que apelan a su *ethos*; en la singularidad propia del horizonte de comprensión y del sentido que se adscribe el conocimiento práctico de los bienes humanos.

5. *La paradoja existencialista: el antihumanismo de Heidegger y su desfundamentación por Gadamer.*

A) Se podrá cuestionar que la hermenéutica tiene antecedentes incompatibles con una ética, o con una filosofía moral que intente fundamentar una teoría de los derechos fundamentales de tendencia humanista.

B) Si bien Heidegger terminó siendo antihumanista, nihilista, nazi y jamás desarrolló una ética propiamente dicha, Gadamer puso los cimientos para “desfundamentar” a Heidegger, humanizarlo, dotarlo de un sentido universal y trascendente; y sobre todo, formular con los elementos de la *hermenéutica de la facticidad* del primer Heidegger de *Ser y Tiempo*, una *ética hermenéutica*.

D) Por lo cual Gadamer no solo urbanizó la provincia heideggeriana, sino que Gadamer *humanizó el existencialismo de Heidegger, para rescatar al naufrago en el mar del ser, del hundimiento inevitable en el nihilismo, de la náusea de la filosofía; que corrigió la falta de un sentido universalmente trascendente desde la antropología del humanismo: un humanismo hermenéutico.*

6. *La hermenéutica de los derechos y el reduccionismo del positivismo metodológico*: Kelsen y Hart, entre decisionismo y positivismo débil.

A) La hermenéutica de los derechos cuestiona el reduccionismo del positivismo metodológico.

B) Una aclaración fundamental para este trabajo es que si bien es cierto el positivismo jurídico como en Hart y Kelsen, rechacen la aplicación unívoca del método deductivo para solucionar todos los problemas y termine sosteniendo que la decisión se toma sólo por la voluntad del operador jurídico sin atender a su contenido de justicia; no quiere decir que la visión popular del positivismo, sea precisamente la aplicación deductiva del método legalista.

B) Sin embargo, al positivismo no se le cuestiona por establecer una doctrina intrascendente o incorrecta, sino que se le cuestiona su objeto de estudio. Pues esa parte que intenta develar del derecho, no es todo el derecho, sino que lo deja incompleto, inconcluso, por reducir la juridicidad a lo normativo, a lo axiomático como una decisión de la autoridad obligatoria en tanto voluntad emitida conforme al sistema; con lo cual deja ver lo limitado de su metodología deductivista que en la práctica así se aplica.

7. *La mitología jurídica de la modernidad a través del método*

A) La metodología jurídica de la modernidad se ha vuelto una auténtica *mitología jurídica*, pues el jurista positivo se ha quedado con fórmulas y reglas lógicas, más que con soluciones que atiendan a los problemas surgidos de la realidad histórica y al contenido material de los derechos fundamentales.

B) En un principio el positivismo jurídico, pretendió realizar el proyecto ilustrado, forjar un método en el cual, la diosa razón pudiera conocer la realidad por la observación empírica, sin recurrir a la religión, al mito, a los augures. Sin embargo, la ficción de la ley, la voluntad del legislador y su espíritu incólume, han enarbolado la más grande e ilusoria mitología: *la religión secular del Estado de derecho legal*. La ley no se interpreta, se repite, describe desde sí misma toda la realidad, sin contaminarse de otros saberes humanos como la moral o la política.

CAPÍTULO TERCERO

LA CRISIS DEL DERECHO MODERNO

SUMARIO: 1. La Ley Fundamental de Bonn y el nacimiento de los tribunales constitucionales: el *Bundesverfassungsgericht*. 2. La Segunda Guerra mundial y el régimen nazi: 1) La doctrina del nazismo ¿positivismo o iusnaturalismo? 2) La banalidad del mal y la

instrumentalización del derecho: Hannah Harendt y el individuo Eichmann. 3. La fórmula *Radbruch: la injusticia extrema no es derecho*: 1) La fórmula *Radbruch* y los *Juicios de Núremberg*. 2) La fórmula *Radbruch* y su reformulación por Robert Alexy. 4. Los presupuestos de la modernidad en el derecho: el origen del conflictivismo: 1) El cientificismo acrítico de la modernidad 2) Metodismo reduccionista de la ciencia: A) La duda metódica. B) Fragmentación del razonamiento práctico. C) Complejización progresiva. D) La prevención del *funcionalismo sistémico* de Hans Kelsen y Niklas Luhmann. F) El sistema jurídico y su reduccionismo científico. 3) Separación entre ser y deber ser o de la indebida transición ontológica de la metafísica: la falacia naturalista. 4) El desconocimiento de la razón práctica por la razón teórica. 5) Autonomía del sujeto de la modernidad. 6) Instanteísmo del sujeto moderno y la negación de la tradición. 7) El contractualismo artificial. 8) El mercantilismo utilitarista de la burguesía liberal. 9) El nacimiento de los derechos humanos. 5. Problemas epistemológicos del positivismo jurídico: 1) Los derechos humanos y su asimilación en el positivismo jurídico. 2) Imposibilidad positivista de fundamentación de los derechos y fragmentación del discurso jurídico. 3) La autodeterminación de los sujetos de derecho. 4) El formalismo procedimental en los derechos humanos. 5) El conflictivismo en los derechos fundamentales. 6) Coercitividad unilateral y monológica de la autonomía del Sujeto. 7) La disponibilidad de un derecho en *pro* de un “bien mayor”. 6. La paradoja del derecho moderno: el positivismo jurídico como hijo legítimo del derecho natural racionalista.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949, fue un gran éxito debido a la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) a través de su jurisprudencia, sobre todo en la época de transición en el que era preciso desnazificar a Alemania.

En ese contexto es que resulta necesario tomar en consideración que no se puede implicar tanto al positivismo como al derecho natural con el nazismo. *Hannah Arendt* acuñó la expresión *banalidad del mal* para expresar que algunos individuos actúan dentro de las reglas del sistema al que pertenecen sin reflexionar sobre sus actos como en su momento representó Eichmann.

Luego de los horrores del nacionalsocialismo y la Segunda Guerra Mundial, *Radbruch formuló la máxima de que la injusticia extrema no es Derecho*. Alexy complementaría más tarde el análisis de la injusticia extrema con el argumento de los principios, el cual resulta aplicable para situaciones de la vida cotidiana normal.

El derecho moderno cuenta con presupuestos como el *cientificismo acrítico*. Descartes cuando formula su *Discurso del Método*, alude de forma representativa al derecho, y en lo particular a las leyes que emiten los Estados para su mejor organización, *la multiplicidad de leyes podría ser suplida con las reglas del método, a las que se deberá ceñir el aplicador de tal modo que ni por una sola vez fueran incumplidas bajo ningún pretexto*.

En ese contexto fue que los derechos humanos nacieron en la época moderna como una derivación del derecho subjetivo de libertad; de una libertad entendida en términos absolutos, como ausencia total de condicionamientos, desvinculada del hombre y de la verdad.

Por lo cual, es necesario que dilucidemos los *problemas epistemológicos del positivismo jurídico*, como una consecuencia del triunfo de la epistemología moderna. Los derechos humanos como dimensión deontológica y axiológica del ordenamiento jurídico, traerá bastantes problemas al positivismo jurídico para la traducción de sus implicaciones prácticas, como para la forma de aproximarse al derecho; principalmente cuando se interpretan las normas iusfundamentales, que implican la ponderación de contenidos de valor. Por ello planteamos como una *auténtica paradoja del derecho moderno: el positivismo jurídico como hijo legítimo del derecho natural racionalista*.

1. LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN Y EL NACIMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: EL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

La evolución histórica del neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, constituye aquella doctrina que da cuenta de la evolución jurídico-política de los derechos fundamentales desde la perspectiva iusfilosófica de las constituciones que se promulgaron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial; así como de la transformación que experimentaron los ordenamientos jurídicos en su tránsito desde el Estado liberal clásico sustentado en un Estado de Derecho, para convertirse en lo que ahora es o debería de ser: un *Estado Constitucional y democrático*.

Muchos han sido los antecedentes jurisprudenciales que han definido los paradigmas por los que ha transitado la justicia constitucional después de los *Juicios de Núremberg*³³⁰. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA), dentro de su gran labor jurisdiccional, se ha erigido como el gran intérprete de la Constitución Política de la República Federal Alemana en vigor desde 23 de mayo de 1949, mejor conocida como Ley Fundamental de Bonn. Como su nombre lo indica, la Ley Fundamental, no era una “Constitución”, sino una Ley básica, concebida como algo provisional y transitorio, entre otras razones porque no había sido adoptada por una

³³⁰ Fueron un conjunto de procesos jurisdiccionales emprendidos entre 1945 y 1946, por iniciativa de las naciones aliadas vencedoras al final de la Segunda Guerra Mundial, en los que se determinaron y sancionaron las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler en los diferentes crímenes y abusos cometidos en nombre del III *Reich* alemán a partir del 1 de septiembre de 1939.

asamblea elegida directa y democráticamente por el pueblo.³³¹

La denominación de “Ley Fundamental” refleja la idea original de los miembros del Consejo Parlamentario (*Parlamentarischer Rat*), que sólo pretendía que tuviera una vigencia provisional para la parte occidental de la Alemania de la posguerra, aún ocupada por los aliados occidentales y, únicamente hasta que se lograra la reunificación del país. La reunificación de los dos Estados alemanes se hizo realidad, los habitantes de la antigua Alemania comunista -la llamada República Democrática Alemana- decidieron voluntariamente adherirse al orden constitucional de la Alemania liberal-demócrata, la República Federal Alemana. Desde el 3 de octubre de 1990, la Ley Fundamental es la norma máxima para todos los alemanes.³³²

Si bien es cierto que la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania no fue la primera Constitución de la segunda posguerra del siglo XX, es considerada “revolucionaria” por haber operado de la mano de la jurisprudencia de su tribunal especializado, un importante cambio de paradigma en el derecho constitucional, y por consecuencia, en todo el ordenamiento jurídico.³³³ No cabe duda de que un factor esencial -tal vez el más decisivo para el éxito de la Ley Fundamental-, sea la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) a través de su jurisprudencia; la práctica jurisdiccional y los criterios del máximo órgano decisor de conflictos, han dado vida y vigor a los derechos fundamentales y a los principios rectores del Estado constitucional y democrático de la Alemania contemporánea.

Una de las sentencias más citadas por su carácter fundamental, fue la del caso *Lüth*³³⁴ del año 1958, en la que determina el TCFA que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado; sino encarna un orden objetivo de valores (*objektive Wertordnung*), con la consecuencia de que los valores o principios fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino para todos los ámbitos del Derecho, estableciendo y convalidando con este criterio el famoso concepto de *Drittwirkung* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre par-

³³¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro “La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse”, en HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 225 y ss.

³³² ELSNER, Gisela, et. al., “Prólogo” de *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Konrad-Adenauer-Stiftung, México, 2009, pp. 17-18.

³³³ SÁNCHEZ GIL, Rubén, “La interpretación doctrinal y judicial de la Constitución alemana” en BÁEZ SILVA, Carlos, et. Al. (coords.) *Estudios sobre interpretación y argumentación jurídicas*, 2ª ed., Centro de Estudios del Derecho Estatal y Municipal, UNACH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, Editora Laguna, Fundación Académica Guerrerense, El colegio de Guerrero, México, 2010, p. 281.

³³⁴ BVerfGE (*Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Federal Alemán) 7, 198. Para un análisis a fondo del caso *Lüth* Véase *Infra* “1) Los casos Lüth y Titanic en Robert Alexy”

ticulares).³³⁵

Esta sentencia es solamente un ejemplo entre muchos, para demostrar el papel decisivo del TCFA en el desarrollo de conceptos fundamentales del orden constitucional alemán y que le ha brindado a la Ley Fundamental su fuerza, su vigencia y la plena aceptación de los ciudadanos; si bien, el TCFA no tiene instrumentos para ejecutar el cumplimiento de sus decisiones, su “poder” se funda exclusivamente en el prestigio de la institución y se manifiesta en la autoridad y convicción de la motivación de sus decisiones, racionalmente argumentadas y justificadas. Por su destacado papel como último y decisivo intérprete de la Constitución, le ha tocado a menudo resolver casos políticamente relevantes y delicados, que impactaron en las decisiones políticas tomadas por los demás poderes del Estado. Sigue siendo válida la muy citada frase del juez estadounidense Charles E. Hughes quien afirmaba en el año 1902: “Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces digan que es”.³³⁶

El TCFA ha sido un impulsor del diálogo jurisprudencial, sus decisiones han trascendido al espacio jurídico europeo, y ha consolidado una doctrina de gran influencia en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos en Europa, tanto nacionales como internacionales. En el ejemplo del TCFA, podemos aludir a lo que señala Víctor Bazán, en relación al paradigma que se gesta en el diálogo entre jurisdicciones nacionales e internacionales, en torno a los derechos humanos. En ese contexto afirma que el control de convencionalidad, provoca esa dinámica de *aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*.³³⁷

Lo cual demuestra que ese diálogo jurisprudencial, se ha gestado desde las sentencias del TCFA en comunicación permanente con las del Tribunal Constitucional Español; la tradición de la jurisprudencia en Estados Unidos como forjadora del control de constitucionalidad desde un aspecto difuso; la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, específicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y finalmente su homologación en los países latinoamericanos a través de la jurisprudencia de sus Tribunales Constitucionales.

La tradición jurisprudencial ha tenido un giro programático hacia el despertar y concientización constitucional a favor de los derechos funda-

³³⁵ ELSNER, Gisela, et. Al., “Prólogo” de *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, op. cit., pp. 18-19. ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 108-109.

³³⁶ ELSNER, Gisela, et. Al., “Prólogo” de *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, op. cit., pp. 18-19.

³³⁷ BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18/2º Semestre, 2011, p. 77.

mentales, como *ejes centrales del sistema jurídico y sustento de expansión universal de irrefutable legitimidad*. La implementación y aplicación dentro del contexto de los países que se rigen bajo el paradigma del Estado constitucional, constituye una corriente o teoría jurídica de alcance mundial en el que los Tribunales Constitucionales en uso de las herramientas hermenéuticas³³⁸ de diversa índole, dota de dinamismo al sistema jurídico como un ordenamiento abierto a las interpretaciones tendientes a maximizar los derechos fundamentales, e *irradiar* en su aplicación a todas las normas secundarias que derivan de la carta suprema.³³⁹

En la actualidad el TCFA en el escenario constitucional irrumpe en la esfera de los derechos fundamentales, en franca vinculación e influencia decisiva en España. El paradigma constitucional queda definido y conformado con la jurisprudencia de dicho tribunal, así como de manera muy acuciante con la doctrina alemana. Los derechos fundamentales han sido creados y desarrollados por el Tribunal Constitucional alemán, desde conceptos y paradigmas más significativos tanto para el derecho interno, como para la tradición europea-continental; conceptos como dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el elemento objetivo de los derechos o contenido esencial de los mismos y el principio de proporcionalidad, han servido de manera indiscutible para la construcción del espacio europeo de los derechos, principalmente hacia el Tribunal Europeo de Derechos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.³⁴⁰

El prestigio de la jurisprudencia del TCFA, como intérprete de la paradigmática Ley Fundamental de Bonn, tiene un antecedente, que no puede ser soslayado al momento de preguntarnos por la justificación de la nueva forma de entender el derecho, la justicia y los principios contenidos en los derechos fundamentales. Cuando se formulan teorías como el neoconstitucionalismo, el garantismo, o cualquier otra teoría que pretenda explicar la impronta de la Constitución en relación con la interpretación del contenido de los derechos fundamentales, se incurren en serios excesos y explicaciones gratuitas y desorientadoras, de lo que en realidad constituye el

³³⁸ El test de la ponderación de principios a través de la proporcionalidad o razonabilidad y del contenido esencial de los derechos fundamentales principalmente.

³³⁹ En concordancia con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Robert Alexy formula la tesis del “efecto irradiación” de los derechos fundamentales, que genera un “orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica de derecho constitucional, es válida para todos los ámbitos del derecho y proporcionan directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisdicción”. ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 465 y ss. y “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, p.34.

³⁴⁰ Resulta fundamental para dilucidar el papel del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en la conformación de los derechos fundamentales, tanto desde el espacio interno, como desde el escenario europeo ante los tribunales internacionales de derechos humanos. GONZÁLEZ PASCUA, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, *op. cit.*

antecedente y la justificación del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Es muy común en la doctrina contemporánea, que se olvide que el paradigma de la Constitución surgió como un límite infranqueable al poder, desde un aspecto material como un orden de valores (principios), ante la imposibilidad de fijar con parámetros formales (reglas), el respeto pleno de los derechos humanos. El neoconstitucionalismo procedimental y el garantismo -este último como máximo representante del nuevo positivismo desde su aspecto metodológico-, insisten en fijar todo el derecho en el contenido lingüístico, formal y autoritativo de las normas.

Es decir, las corrientes que explican el paradigma de la Constitución, vuelven sobre los presupuestos teóricos de la modernidad, para tratar de encasillar o reducir todas las respuestas del derecho desde una teoría o filosofía que interpreta la Constitución y sus normas desde un aspecto netamente normativo sin percibir que el cambio de paradigma no es formal sino material; desde el fundamento mismo de la legitimación del poder, en concordancia con los derechos humanos que contienen las cartas fundamentales como cualidades indisponibles para las autoridades del Estado, inclusive para la decisión democrática.

La forma de entender la Constitución como un *orden de valores*³⁴¹, que impregna a todo el sistema jurídico bajo un aspecto dinámico, tiene una historia. Pero esa historia no surgió de la nada, ni tampoco se explica como un borrón y cuenta nueva de la herencia de la tradición jurídica occidental. La propuesta hermenéutica iusfundamental, no es un “neo” o nuevo constitucionalismo como construcción *ex nihilo* de lo que representó la inclusión de principios y valores, que de forma vinculante sujetan a los poderes públicos y a los particulares al ordenamiento fundamental del Estado.

Nos referimos al antecedente que dejó la época de barbarie, el origen de injusticias insospechadas en el periodo del nacionalsocialismo; el estado de cosas que imperaba en la mente del jurista y sobre todo de los jueces del régimen nazi, daban cuenta de la ausencia de un parámetro legitimador de carácter objetivo e inmutable que introdujera un elemento crítico y dinámico al ordenamiento jurídico; por el cual proporcionara elementos claros y definitorios de los ámbitos que le corresponden al Estado en su función ordenadora del bien común y de la protección de los derechos humanos. La seguridad jurídica de los individuos, así como de la adecuada delimitación de los derechos fundamentales cuando se aduce su colisión entre particulares, hablan de la difícil labor del Estado constitucional para lograr ese sano equilibrio entre orden y libertad.

Los cambios han quedado evidenciados en el contenido normativo que condensan ciertos principios e ideales morales y que se materializaron en

³⁴¹ CRUZ, Luis M., *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, op. cit.

las nuevas constituciones; la idea de completitud del ordenamiento jurídico que pregonaba el positivismo jurídico, en aras de una certeza, claridad y seguridad jurídica, optaban por privar al derecho de consideraciones valorativas de carácter moral. El concepto de validez bajo el cual se consideraba un derecho justo, a la luz de un parámetro netamente “científico”, realizó una labor meramente descriptiva sin justificar o condenar el derecho creado realmente –en tanto teoría del derecho real- por la costumbre, la legislación o la decisión judicial. Esto es, se consideraba al derecho tal y como es efectivamente en la realidad social, “sin entrar a considerar si este derecho positivo puede ser calificado desde el punto de vista de algún valor, es decir, desde un punto de vista político, como bueno o malo, como justo o injusto desde otro punto de vista también político”.³⁴²

La necesidad incuestionable de flexibilizar las normas jurídicas en aras de una justicia más acercada a lo que el positivismo llamaba realidades sociales³⁴³, exige una visión abierta a las consideraciones morales del derecho que no podía darnos dicha teoría general. En ese sentido, el neoconstitucionalismo plantea un protagonismo de la Constitución, que como piedra angular de todo el ordenamiento jurídico –en su carácter de norma fundante-, establece los derechos de libertad y por ende, sujeto a valoraciones de justicia; valoraciones de contenido moral, invocable ante los tribunales, con la obligación de atender a su justificación argumentativa, así como a su explicación racionalmente fundamentada.

2. LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL Y EL RÉGIMEN NAZI

1) La doctrina del nazismo ¿positivismo o iusnaturalismo?

La Segunda Guerra Mundial modificó los sistemas jurídicos constitucionalizados, por las situaciones de barbarie e injusticia que el nacionalsocialismo realizó en nombre de la ley; lo que llevó a un serio cuestionamiento de la tesis positivista una vez restablecido el orden democrático y el Estado de derecho con la derrota del régimen nacionalsocialista. La idea kelseniana de que *toda norma legal es derecho, sin consideración a su contenido*³⁴⁴, fue duramente combatida en la posguerra, y al positivismo se le adjudicó mucha de la responsabilidad tanto en la legitimación de la dictadura (“la ley es la ley”) como en la deplorable conducta de la abrumadora mayoría de los juristas alemanes, incluidos algunos de elevada categoría intelectual.

Alfonso García Figueroa hace una importante aclaración respecto del papel que desempeñaron los positivistas en el régimen nazi en Alemania,

³⁴² KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 12ª reimp., trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2007, pp. 30 y 31.

³⁴³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 38 y ss.

³⁴⁴ *Ibidem*, 204.

en el sentido de que en realidad los doctrinarios más representativos de esa corriente iusfilosófica no eran nazis³⁴⁵, sin dejar de aceptar que la influencia de dicha doctrina fue decisiva para fundamentar sus prácticas inhumanas. Sin embargo las consecuencias producidas por la política de exterminio del nazismo, daban lugar a cuestionar las bases sobre las que se centraba el positivismo; como un Estado de derecho legítimo y su correspondiente imposibilidad de dar respuesta a las injusticias que se realizaron con el sustento del ordenamiento jurídico, pero violatorio de los derechos humanos.

En ese mismo sentido se confirma que no fueron precisamente positivistas³⁴⁶, sino enconados enemigos de esta corriente, como el decisionista Carl Schmitt y aun declarados iusnaturalistas³⁴⁷, quienes se encargaron de legitimar el nazismo, con algunas excepciones: Hans Kelsen, Kantorowicz, Gustav Radbruch³⁴⁸ y algunos otros que se cuentan con los dedos de la mano, no alcanzan a salvar la cara de los hombres de leyes en este oscuro período de Alemania; la mayor parte de ellos se pusieron al servicio del régimen y su aparato de injusticia y represión, en nombre de tesis manipuladas como la del *sentimiento del pueblo*.³⁴⁹

Sin abundar en la polémica de la justificación iusfilosófica del nazismo, es necesario dejar de lado los apasionamientos irracionales, cuando se ataca con virulencia y desmesura tanto a la postura iusnaturalista como a la iuspositivista, como las doctrinas que dieron el fundamento jurídico y

³⁴⁵ Citando a Ernesto Garzón Valdés, que a su vez se sustenta en los trabajos de Dietze, se podría comprobar que, por lo general, ni los nazis fueron positivistas, ni los positivistas fueron nazis, lo cual es corroborado por los testimonios de dirigentes como Goering, Goebbels o el propio Hitler. Inclusive García Figueroa, con base en Stanley Paulson, confirma que muchos de los positivistas más distinguidos de la Alemania de Weimar fueron demócratas y judíos, que desde luego, no eran nada afectos al régimen nacionalsocialista. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neo-constitucionalista al derecho a través de los derechos*, op. cit., pp. 185 y 186.; RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y Derecho*, op. cit., p. XII.

³⁴⁶ VILLAR BORDA, Luis en "Introducción" a RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y Derecho*, op. cit., p. XII.

³⁴⁷ En este aspecto el iusnaturalismo no se puede encasillar en una sola doctrina. Resultaría incongruente e injusto, considerar del mismo modo el iusnaturalismo clásico con bases aristotélico-tomistas, que un iusnaturalismo racionalista, evolucionista o biologicista al que se hace referencia con el tipo de iusnaturalismo, cuando se alude a la ley de la raza superior sobre las inferiores que representó el régimen del nacionalsocialismo.

³⁴⁸ Luis Villar Borda señala el extraordinario valor que mostró Gustav Radbruch al escribir el ensayo *Des Relativismus in Der Rechtsphilosophie* en 1934 (El Relativismo en la Filosofía del Derecho) el cual se deriva -entre otras circunstancias-, de haber sido escrito en pleno régimen nazi, cuando expresar tesis semejantes constituía algo más que un planteamiento ideológico, un verdadero acto de coraje personal. Radbruch corrió todos los riesgos de su posición intelectual y no es por ello extraño que fuese una de las primeras víctimas académicas del nacionalsocialismo: desde un comienzo se le privó de su cátedra en la Universidad de Heidelberg y solo en 1945, recién terminada la guerra, fue restituido en ella con todos los honores. *Ibidem*, p. 1.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. XII.

justificación de las injusticias que se perpetraron en nombre del derecho en los regímenes totalitarios como el nacionalsocialismo de Alemania. Implicar tanto al positivismo como al derecho natural con el nazismo, constituye una simplificación apresurada que descuida hechos notorios, y soslaya la complejidad y exigencia de matices que inciden en esta cuestión; el nazismo constituye más que un esmero de fundamentación filosófica, obedece a circunstancias históricas y políticas de la época, con una fuerte dosis de fanatismo colectivo.

En cuanto al positivismo jurídico, quedó demostrado que en las primeras etapas del régimen nacionalsocialista, la defensa de la legalidad de la *República de Weimar*, representó uno de los últimos baluartes de resistencia frente a la barbarie de la nueva situación política, como el testimonio que cita Hubert Schorn³⁵⁰ sobre la atmósfera de presiones y amenazas que supuso el Nazismo para la judicatura alemana. Hitler vio en los jueces, como custodios del principio de legalidad del Estado de derecho, un obstáculo para sus proyectos políticos, de allí que Schorn señale la problemática que sufrió la judicatura, más que cualquier otro estamento, los embates manipuladores del *Tercer Reich*.³⁵¹

2) La banalidad del mal y la instrumentalización del derecho: Hannah Arendt y el individuo Eichmann

Ahora bien, en cuanto a las apelaciones del nazismo hacia del derecho natural racionalista, representa un rasgo común a todos los sistemas totalitarios del pasado y del presente, en el intento de justificar los criterios de legitimación política privándoles de auténtica significación. Como bien señala Ernesto Garzón Valdés³⁵² -apoyado de relevantes citas textuales-, nada tiene de excepcional el designio que doctrinarios nazis hicieron para manipular la teoría iusnaturalista³⁵³, y con ello legitimar el estado de ignominia que generaron, constituye uno de los más clásicos aparatos de justificación en la historia política y jurídica de Occidente, en su carácter

³⁵⁰ Cit. por PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y de la teoría del derecho*, 4ª ed., Palestra, Lima, 2005, p. 38.

³⁵¹ *Idem*. Por el contrario, existe una amplia narración de la oscura etapa de los juristas que auspiciaron y solaparon un régimen que conculcaba libertades y derechos de forma institucionalizada Véase MÜLLER, Ingo, *Los juristas del horror, La "justicia" de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*, trad. Carlos Armando Figueredo Planchart, Alvaro-Nora, Bogotá, 2009.

³⁵² GARZÓN VALDÉS, Ernesto (comp.), "Introducción", en *Derecho y Filosofía*, 4ª reimp., Fontamara, México, 2008, pp. 7 y ss.

³⁵³ El derecho y obligación de la raza aria, de exigir al mundo el reconocimiento de su autoridad por su linaje "puro" y su "naturaleza" de raza superior, implica una ideología que manipula el derecho natural en clave nazi, con la única finalidad de instrumentalizar la ley positiva al arbitrio de un omnipotente y avasallador *Führerprinzip*. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y de la teoría del derecho*, op. cit., p. 39.

instrumentalizador de políticas alejadas de una verdadera legitimación en cuanto al contenido de las acciones que se implementan, las cuales necesariamente deben contener principios de justicia.

Max Horkheimer, evoca a que la formalización de la razón bajo un aspecto unidimensional de legitimación política, llevó a la civilización burguesa a una situación paradójica que sintetiza la historia en un punto culminante entre el yo, el sujeto humano como individuo, y su naturaleza, generando un destructivo antagonismo que favoreció una ideología positivista: *el derecho instrumental sin contenido moral indisponible*. Los que niegan dicho antagonismo auspiciado por sus postulados ontológicos, dejan entrever que su interés proviene de un intento totalitario de dominación inducido para la manipulación y sometimiento de la naturaleza humana. Tal reduccionismo del individuo como mero instrumento de la represión, desacreditó la verdadera condición humana en su doble aspecto ante “la inmadurez de las masas”, como parte mecánica de dicho aparato de dominación; dejó al derecho desposeído de todo elemento de valor que pudiera mostrar la franca injusticia cometida en nombre del derecho.³⁵⁴

En ese orden de ideas, cabe hacer mención de aquel juicio de 1961 en Israel, cuando fue condenado a muerte Adolf Eichmann³⁵⁵ por genocidio contra el pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial. En dicho juicio, una de las corresponsales presentes como enviada de la revista *The New Yorker*, era Hannah Arendt. En 1963, basándose en sus reportajes del juicio y sobre todo su conocimiento filosófico-político, Arendt escribió un libro que tituló *Eichmann en Jerusalén*.³⁵⁶ En él, describe no solamente el desarrollo de las sesiones, sino que hace un análisis del “individuo Eichmann”.

Según Arendt, Adolf Eichmann no poseía una trayectoria o características antisemitas y no presentaba los rasgos de una persona con carácter retorcido o mentalmente enferma. Actuó como actuó, simplemente por deseo de ascender en su carrera profesional y sus actos fueron un resultado del cumplimiento de órdenes superiores. Era un simple burócrata que cumplía órdenes sin reflexionar sobre sus consecuencias. Para Eichmann, todo era realizado con celo y eficiencia, y no había en él un sentimiento de “bien” o “mal” en sus actos: “Fue como si en aquellos últimos minutos

³⁵⁴ Cfr. HORKHEIMER, Max, *Crítica de la razón instrumental*, op. cit., p. 169 y ss.

³⁵⁵ Teniente Coronel (*Obersturmbannführer*) de las SS nazi. Fue el responsable directo de la solución final, principalmente en Polonia, y de los transportes de deportados a los Campos de Concentración alemanes durante la Segunda Guerra Mundial. Adolf Eichmann es localizado por agentes del Mossad con un nombre falso, *Riccardo Klement* a finales de los años 50, en la localidad de Virreyes (partido de San Fernando) en la Zona Norte de Buenos Aires, Argentina. Sin embargo, habría que plantearnos la duda en cuanto a la regularidad con la cual, los agentes del Mossad ingresaron a una país extranjero sin vulnerar su soberanía; y si vulneraron algún tratado internacional en materia de extradición.

³⁵⁶ ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, 4ª ed., trad. Carlos Ribalta, Debolsillo, Barcelona, 2009.

[Eichmann] resumiera la lección que su larga carrera de maldad nos ha enseñado, la lección de la terrible *banalidad del mal*, ante [la cual] las palabras y el pensamiento se sienten impotentes”.³⁵⁷

Para Arendt, Eichmann no era el “monstruo”, el “pozo de maldad” que era considerado por la mayor parte de la prensa. Los actos de Eichmann no eran disculpables, ni él inocente, pero estos actos no fueron realizados porque Eichmann estuviese dotado de una inmensa capacidad para la crueldad, sino por ser un burócrata, un operario dentro de un sistema basado en los actos de exterminio.

Sobre este análisis Arendt acuñó la expresión *banalidad del mal* para expresar que algunos individuos actúan dentro de las reglas del sistema al que pertenecen sin reflexionar sobre sus actos. No se preocupan por las consecuencias de sus actos, sólo por el cumplimiento de las órdenes. La tortura, la ejecución de seres humanos o la práctica de actos *malvados*, no son considerados a partir de sus efectos o de su resultado final, con tal que las órdenes para ejecutarlos provengan de estamentos superiores.³⁵⁸

El fascismo y el nacionalsocialismo representaron menos que una filosofía unificada y congruente, fueron en realidad idealizaciones de políticas encaminadas a producir movimientos populares para suprimir las diferencias de clase y de grupo dentro del propósito único del engrandecimiento imperialista. La desmoralización imperante en las conciencias del pueblo alemán ante la derrota de la primera guerra mundial y la consecuente apelación a la superioridad de la raza aria, forjaron en la conciencia y mentalidad alemanas un grado de fanatismo irracional auspiciado en la demagogia hitleriana de pertenencia a una nación. Un deber social de los individuos de propiciar su bienestar dentro del progreso sostenido, solo en el desarrollo unificado del poder nacional cuyo fin político, económico y espiritual constituyen las necesidades militares y expansionistas del régimen nazista.³⁵⁹

En el contexto de la posguerra, el neoconstitucionalismo surge como una respuesta a las atrocidades en las que incurrió el régimen nazi; el estado de cosas que generó tal régimen de ignominia, únicamente pueden ser catalogadas como de *injusticia extrema*³⁶⁰, que inmersa en el ordenamiento jurídico, no pueden considerarse derecho y cuya fórmula nos colo-

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 368.

³⁵⁸ Una selección muy adecuada de los fragmentos de *Eichmann en Jerusalén*, Hannah Arendt descifra de manera escalofriante como la pura y simple irreflexión, fue lo que predispuso a Eichmann a convertirse en uno de los mayores criminales de su tiempo; la banalidad del mal no ha dejado de asombrar al mundo con su análisis de la ceguera moral de un régimen y de la insistencia de un hombre de ser absuelto de toda culpa porque “sólo cumplía órdenes”. Véase ARENDT, Hannah, *Eichmann y el holocausto*, trad. Carlos Ribalta, Taurus, México, 2012.

³⁵⁹ Cfr. SABINE, George H., “Fascismo y nacionalsocialismo”, en *Historia de la teoría política*, 3ª ed., 7ª reimp., trad. Vicente Herrero, rev. Thomas Landon Thorson, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 654 y ss.

³⁶⁰ RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y derecho*, *op. cit.*, p. 35.

ca en el centro de la discusión actual de lo que se ha llamado la *posmodernidad*.³⁶¹

De entrada se cuestiona, cuándo nos encontramos realmente ante ese ente social que regula las relaciones de los individuos, ante problemas surgidos de la realidad histórica. Ante la imposibilidad del positivismo de dar razón puntual respecto del estado de cosas que imperaba al finalizar la Segunda Guerra mundial, se originó una crisis profunda legitimidad del Estado de Derecho y de sus dogmas bajo los cuales estaba sustentado: la soberanía de la ley. Tales inconsistencias irresolubles bajo el esquema diseñado para legitimar acciones políticas, daban al traste con el sentido mismo de la existencia de las normas jurídicas para solucionar de las injusticias perpetradas por el régimen nazi; lo que hizo necesario el surgimiento de nuevas teorías y concepciones acerca de la producción jurídica de las normas subordinadas a las libertades fundamentales y la dignidad humana, así como al principio de división de poderes que explicaran y dieran una solución plausible a las consecuencias generadas en la posguerra.

3. LA FÓRMULA RADBRUCH: LA INJUSTICIA EXTREMA NO ES DERECHO

1) La fórmula Radbruch y los Juicios de Núremberg

Como hitos fundamentales de esa reconexión de las leyes con los principios constitucionales, de forma precursora aparecen sin duda en el escenario de la doctrina de la filosofía del derecho y la filosofía política, dos gigantes del pensamiento jurídico occidental: Hermann Heller y Gustav Radbruch. El primero al establecer los principios jurídicos integrantes de la Constitución, tendiendo un puente entre la normatividad moral histórica de una comunidad y la normatividad jurídica destacada de la Constitución positiva; ello porque la Constitución como texto jurídico destacado se halla incapacitada para “establecer, de una vez y para siempre, el contenido, históricamente cambiante en la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementan a las jurídicas”.³⁶²

Por su parte, Radbruch, luego de los horrores del nacionalsocialismo y la Segunda Guerra Mundial, cambió su credo relativista y positivista³⁶³ pa-

³⁶¹ *Infra* “La posmodernidad en el derecho”

³⁶² El reconocimiento de estos principios surge para Heller, no de alguna variante de iusnaturalismo, sino del carácter de ciencia de la cultura de la teoría del estado y de la teoría constitucional, que se visualiza mejor en “la necesidad en que se halla la normatividad jurídica de ser complementada por una normatividad social a la que se le da valor de una manera positiva” HELLER, Hermann, *Teoría del estado*, 4^a ed., trad. L. Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 1961, pp. 275 y 276.

³⁶³ Resulta de gran interés la lectura de la teoría de la ciencia jurídica de dos neokantianos como Hans Kelsen y Gustav Radbruch, en cuanto los métodos en que identificaron el ser y deber ser del derecho. NEUMAN, Ulfried, *La pretensión de verdad en el derecho y*

ra afirmar el derecho como ciencia de la cultura y valorativamente plena: “el derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural”.³⁶⁴ Bajo esa visión, fomentó el resurgimiento del derecho natural, al hacer énfasis en la necesidad de que la ciencia del derecho, debe recordar de nuevo la milenaria sabiduría común a la antigüedad, a la Edad Media cristiana y a la época de la ilustración.

Hay un derecho más alto que la ley, un derecho natural; un derecho divino, un derecho racional, en una palabra, un *derecho supra legal, ante lo cual lo injusto permanece injusto*, así sea promulgado en forma de ley, ante el cual también una sentencia pronunciada con fundamento en semejante ley, no es administración de justicia, sino más bien injusticia, así no se impute al juez semejante injusticia como culpa personal, precisamente *a causa de su educación positivista*.³⁶⁵

La rehabilitación del derecho natural empezó con el llamado segundo Gustav Radbruch, acallado durante los doce años del gobierno del nazismo pero que reflexionó desde su exilio sobre lo que ocurría en el mundo jurídico y social ante sus propios sentidos y razón, cuando construyó en 1946 su famosa *fórmula de la insoportabilidad*, la cual, de manera sintética, expresa: *la injusticia extrema no es Derecho*, misma que en su obra *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* señala:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, *a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse “como falso derecho” y ceder el paso a la justicia*.³⁶⁶

La anterior sentencia se amplía con la “fórmula de la negación”:

Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero otro límite podrá distinguirse con toda claridad: *cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad, que integra el núcleo de la justicia, se negó conscientemente a la regulación del derecho positivo, allí la ley no es solo “derecho incorrecto”, sino que carece por completo de la naturaleza del derecho, pues no se puede definir el derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como una orden y estatuto que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia*. Medidos a esta escala tramos enteros del derecho nacionalsocialista nunca alcanzan la dignidad de derecho válido. La característica predominante en

tres ensayos sobre Radbruch, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 111 y ss.

³⁶⁴ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, 9ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 25 y ss.

³⁶⁵ RADBRUCH, Gustav, “Renovación del Derecho” en *Relativismo y derecho*, op. cit., p. 13. Las cursivas son nuestras.

³⁶⁶ RADBRUCH, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en *Relativismo y derecho*, op. cit., p. 35.

la personalidad de Hitler, que partiendo de él también se convirtió en el rasgo de todo el derecho nacionalsocialista, fue su *completa falta de sentido de la veracidad y juridicidad; puesto que carecía de todo amor a la verdad, pudo él darle el efectismo oratorio el acento a la verdad, sin escrúpulo ni vergüenza; puesto que carecía de todo sentido del derecho, pudo sin consideración erigir la más crasa arbitrariedad en ley.*³⁶⁷

Gustav Radbruch es al derecho, lo que Hans-Georg Gadamer es a la filosofía.³⁶⁸ Radbruch es testigo privilegiado de los acontecimientos que marcaron los derroteros del mundo occidental y que dieron inicio a la posmodernidad al finalizar el siglo XIX y los comienzos del siglo XX.

Gustav Radbruch es un *testigo del siglo*: le tocó vivir desde los años del *Kaiser* a finales del siglo XIX, la Primera Guerra Mundial, la instalación del Nazismo en el poder y la Segunda Guerra Mundial, hasta la época de la “reconstrucción” de Alemania y la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949, que influyera al constitucionalismo de todo el siglo XX hasta nuestros días.³⁶⁹

La fórmula radbruchsiana sirvió de fundamento en el conocido fallo sobre los recursos de inconstitucionalidad *Mauerschützen* o de los *Guardianes del Muro*³⁷⁰ emitido por el TCFA, que confirmó las penas para los jefes políticos y militares, así como contra los soldados de la República Democrática Alemana dominada por la entonces URSS, que ordenaron matar o cumplieron las órdenes contra las personas que intentaron pasar a la República Federal Alemana o Alemania Occidental. *Guardianes del Muro* fue confirmada en Estrasburgo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en marzo de 2001.³⁷¹

Así como el Muro de Berlín fue derribado en 1989, con esta resolución se derrumba la idea de que el derecho solo es la ley positiva y que por ende no obedece a cuestiones morales; lo que deja en claro que *las leyes injustas no son derecho y quienes las promulgan, aplican o cumplen en los hechos, no pueden esperar impunidad por la antijuridicidad de las leyes y de los actos realizados con base en ellas*. El argumento de defensa de los criminales de guerra nazis es que cumplían con su obligación de acatar la ley, sin considerar que “al cumplir con la ley injusta violaban el derecho”.

En los Juicios de Núremberg instaurados de noviembre de 1945 a abril

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 35 y 36. Las cursivas son nuestras.

³⁶⁸ Véase LLEDÓ, Emilio “Testigo del siglo. En el 90 aniversario de Hans-Georg Gadamer” presentación a GADAMER, Hans-Georg, *La herencia de Europa. Ensayos*, trad. de Pilar Giralt Gorina y presentación de Emilio Lledó, Península, Barcelona, 1990, p. 7 y ss.

³⁶⁹ Una biografía muy completa y esclarecedora de Gustav Radbruch en MARTÍNEZ BRETONES, Ma. Virginia, *Gustav Radbruch, Vida y obra*. UNAM, México, 2003.

³⁷⁰ Existe una traducción al castellano a cargo de Eduardo R. Soderro en VIGO, Rodolfo L. (coord.), *La injusticia extrema no es derecho, De Radbruch a Alexy*, Fontamara, México, 2008, pp. 131 y ss. En dicho estudio véase un estudio completo de la fórmula radbruchsiana con participaciones de Robert Alexy y Rodolfo Vigo.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 173 y ss.

de 1949, los jueces se enfrentaron a un fuerte dilema jurídico; una contradicción que atentaba contra la dignidad y los derechos humanos, pues la ley injusta no constituye, ni puede ser derecho justo. Sin bien es cierto que los funcionarios que fungieron de verdugos en el régimen nazi, aducían a su favor que habían cumplido con su obligación de ejecutar la ley, tal afirmación no puede ser sostenida bajo el derecho de gentes, que vigorizado a través de la fórmula radbruchsiana, el derecho válido solo puede atender a la justicia y no en contra de la *naturaleza correctiva del derecho*. Inmediatamente después de *Núremberg*, se celebró el juicio contra los jueces y funcionarios del sistema judicial nazi, en cuya sentencia se afirmó al final: “el puñal del asesino estaba escondido bajo la toga del jurista”.³⁷²

Una excelente crítica a la película de Stanley Kramer, *El Juicio de Núremberg*, deja al descubierto la gran responsabilidad de los juristas en aquel negro periodo negro de la humanidad; en la cual, la labor de los juristas como legitimadores de cualquier régimen político pasa muchas veces desapercibida a los ojos de la opinión pública. No causa la misma repulsión un juez que condena a muerte, que el verdugo que ejecuta esa pena. Sin embargo, siempre que hay un verdugo existe un juez que dicta una condena a muerte y una ley que la impone; en el régimen nazi, detrás de las leyes que permitían la esterilización de enfermos mentales, de marginales sociales y de disidentes políticos, la discriminación por motivos racistas de millones de ciudadanos y su exterminio en campos de concentración, había un aparato burocrático de juristas que redactaban esas normas, que las aplicaban y que legitimaban con su actuación profesional una de las más grandes y horribles tragedias que ha vivido hasta ahora el género humano.

[...] El problema de la responsabilidad del individuo por sus decisiones cuando actúa dentro de un sistema que formalmente legitima e incluso impone acciones que a cualquier hombre de bien o persona sensata, mucho más si se trata de *prestigiosos juristas*, le deben parecer verdaderos crímenes contra la Humanidad, *violaciones inadmisibles de los derechos humanos más elementales*, que nadie que esté en su sano juicio puede pensar en cometer impunemente. *Esterilizaciones forzosas, el exterminio de marginales sociales, judíos y disidentes políticos en los campos de concentración, leyes racistas y discriminadoras contra personas pertenecientes a otras razas, o simplemente por el hecho de ser ucranianas, polacas o rusas, fueron legitimadas, creadas y aplicadas por ilustres juristas sin escrúpulos, muchas veces fanatizados por la ideología biológico-racista del nacionalsocialismo, otras veces simplemente llevados por el oportunismo, la obediencia o incluso el miedo y la cobardía.*

La elección por parte de Kramer del Proceso contra los Juristas Nazis, uno de los trece que se llevaron a cabo en Núremberg, no fue, por tanto, casual, sino probablemente producto de una reflexión meditada o, en todo caso, de una magnífica intuición. Ciertamente, *la labor de los juristas como legitimadores de cualquier régimen político pasa muchas veces desapercibida a los ojos de la*

³⁷² *Ibidem*, p. 9.

opinión pública, y desde este punto de vista no parece atraer mucho como tema de una película. Ni siquiera el Juez que condena a muerte produce la misma repulsión o fascinación que el verdugo que ejecuta esa pena. Y, sin embargo, del mismo modo que siempre que hay un verdugo existe un juez que dicta una condena a muerte y una ley que la impone, también en el régimen nazi detrás de las leyes que permitían la esterilización de enfermos mentales, de marginales sociales y de disidentes políticos, la discriminación por motivos racistas de millones de ciudadanos y su exterminio en campos de concentración, había una pléyade de juristas que redactaban esas normas, que las aplicaban y que legitimaban con su actuación profesional una de las más grandes y horribles tragedias que ha vivido hasta ahora el género humano: El Holocausto. “Bajo la toga del juez -como dice el Juez Haywood en la fundamentación de su veredicto- se escondía el puñal del asesino”.

Y, por eso, porque tanto entonces como ahora *se puede esconder en la toga de cualquier aparente servidor de la Justicia, del Estado o de intereses aún más altos, el puñal del asesino [...]*³⁷³

Una valoración jurídica del estudio realizado por Radbruch, es la que dará el impulso definitivo para la construcción del derecho contemporáneo, que lleva ya más de medio siglo de esfuerzo sostenido a partir del artículo de 1945 *Cinco minutos de Filosofía del Derecho*³⁷⁴, lapso en el que se produce un renacimiento del iusnaturalismo; de los principios generales de derecho, de la supralegalidad del derecho y, lo que es más importante, del derecho humano que protege al más débil por encima de aquel derecho del más fuerte.

El concepto radbruchiano de humanidad a partir de lo jurídico (con el antecedente kantiano de la conceptualización de la dignidad humana) permite la construcción de un derecho humanístico, universal a partir de los valores supranacionales de la cultura; un derecho mundial para la paz con nuevos tipos penales como el de *lesa humanidad*: la no prescriptibilidad de un delito cuando atenta contra pueblos, etnias y culturas. En síntesis, consideramos que hoy existen consensos que expresan que el derecho es esencialmente y por experiencia acumulada -desgraciadamente mediante guerras y genocidios- *un sistema de valores que tutela en primera instancia la dignidad y los derechos humanos*, en el que dialécticamente consideramos que *sin la dignidad es imposible decir lo que es el hombre*.³⁷⁵

Rodolfo L. Vigo³⁷⁶ hace un balance final de los aspectos positivos de la

³⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco y MUÑOZ AUNIÓN, Marta, *¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Stanley Kramer “El Juicio de Nuremberg” (1961)*, Tirant lo Blanch, México, 2012, pp. 12-13. Las cursivas son nuestras.

³⁷⁴ RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y derecho*, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

³⁷⁵ González Ibarra hace una adecuada interpretación de la tesis radbruchiana, al señalar que para el iusfilósofo alemán “el derecho es una realidad referida a valores, es un fenómeno cultural”, mientras que “la filosofía es la ciencia de los valores [...] la ciencia del deber ser”. Véase “Presentación” a VIGO, Rodolfo L. (coord.), *La injusticia extrema no es derecho, De Radbruch a Alexy*, *op. cit.*, p. 11.

³⁷⁶ VIGO, Rodolfo Luis, “La axiología de Gustav Radbruch”, en *Ibidem*, pp. 21 y ss.

teoría radbruchiana en los siguientes puntos:

1. Supresión del juridicismo al intentar explicar el derecho con sus inescindibles dimensiones políticas, éticas y culturales, etc.
2. Haber recuperado para el derecho la temática de los valores y de los fines, superando las explicaciones formales o meramente estructurales.
3. Contribuyó a rehabilitar los estudios de filosofía del derecho, proyectándola en temáticas o institutos tradicionalmente estudiados sólo desde la ciencia jurídica.
4. Desde su kantianismo se abrió a ciertas cuestiones e imperativos que supusieron reconocer la presencia de alguna razón práctica.
5. Superó definitivamente la típica sinonimia decimonónica entre derecho y ley, atreviéndose a hablar de un derecho suprallegal desde el que podía descalificar las leyes formalmente válidas.
6. Haber concluido su filosofía jurídica en una fuerte presencia del hombre y la humanidad, bajo rótulos de derechos humanos, libertad, derecho universal, etc.
7. No quedar anclado en un normativismo al admitir la presencia operativa en el derecho de ciertos “principios básicos de derecho natural”.
8. Honestidad intelectual para sincerar conversiones o para declarar confusiones o errores.
9. El conmovedor testimonio personal de vida de no renunciar a su vocación académica pero también comprometerse con la realidad social de su tiempo, actuado con coherencia y sin renunciamento a sus ideas.

2) La fórmula Radbruch y su reformulación por Robert Alexy

Robert Alexy señala que la virtud de la fórmula de Radbruch es el resultado de sopesar los valores de justicia y seguridad jurídica; de una consideración normativa que el derecho incorpora elementos morales en su concepto, como elemento necesario e indispensable para remover las consecuencias jurídicas de un sistema injusto, incluso cuando el legislador permanece pasivo.³⁷⁷

Partiendo de una crítica de los conceptos positivistas de derecho, Alexy afirma que se incurre en una contradicción performativa³⁷⁸ si se acepta que no hay una conexión conceptual y normativamente necesaria entre el derecho y la moral, pues al no satisfacer la pretensión de corrección y justificar que determinada ley no pierde la calidad de jurídica -al no atender a cuestiones morales-, conduce al argumento de la injusticia y aconseja a

³⁷⁷ ALEXY, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral” en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2006, p. 54 y 55.

³⁷⁸ Robert Alexy pone un ejemplo de contradicción performativa, así como una falla conceptual: “si una sentencia judicial dispone “El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua”. Además de que el juez pierde su posición de imparcialidad, incumple con su obligación de interpretar correctamente el derecho vigente. Cuando el juez emite una sentencia, siempre se formula con la pretensión de que el derecho es aplicado *correctamente* y por ende, los participantes en un sistema jurídico, con independencia de su nivel (juristas, abogados e interesados en el contenido del sistema jurídico) con la realización de un acto institucional del fallo el juzgador dice lo que es el derecho desde su perspectiva correctamente formulada, por ende dicha pretensión tiene implicaciones morales que ponen de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

las autoridades que asumen un “riesgo” jurídico futuro cuando aplican normas extremadamente injustas.³⁷⁹ Por ende cuando se trata de un participante en el discurso jurídico, es menester que tenga la pretensión que cuando afirma algo, su fundamentación es acertada y, por ello, su afirmación correcta, la cual se realiza a través de una argumentación racional.³⁸⁰

En la versión alexyana el argumento de la injusticia se traduce cuando se traspasa un *umbral de justicia*³⁸¹ cuando alcanza una medida insoponible, de tal suerte que sea catalogada como una injusticia extrema. El argumento de la injusticia, no solamente puede ser decidido sobre argumentos analíticos o conceptuales, sino que es necesario dar una conceptualización funcional y adecuada, en la que se justifiquen las referidas injusticias a través de argumentos normativos, es decir, que partan del mismo sistema jurídico, que sean juzgados a su luz.³⁸²

Alexy complementa su análisis de la injusticia extrema con el argumento de los principios, el cual resulta aplicable para situaciones de la vida cotidiana normal, a diferencia del estado de cosas que prima en situaciones de injusticia extrema.³⁸³ Aunque Robert Alexy no sea iusnaturalista en sentido estricto, su teoría procedimental con sus fuertes postulados de la pretensión de corrección³⁸⁴ y la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico, introduce valoraciones de tipo moral al discurso jurídico, con lo cual formula una teoría jurídica más amplia y sustentada sobre el concepto del derecho, explícitamente antipositivista o no-positivista.

De la mano de los argumentos de la fórmula radbruchsiana “la injusticia extrema no es derecho”- y de los principios, avala en definitiva conexiones conceptuales necesarias entre derecho y moral, planteando un

³⁷⁹ ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en VIGO, Rodolfo L. (coord.), *La injusticia extrema no es derecho, De Radbruch a Alexy*, op. cit., pp. 355 y ss.

³⁸⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 208.

³⁸¹ Cabe mencionar la aclaración que hace Alexy, en el sentido de que la fórmula radbruchsiana no implica que una norma pierda su carácter jurídico cuando esta sea injusta; sino que dicho carácter se pierde cuando *rebasa el umbral de injusticia más alto, que se traduce en una medida insoponible y por ende constituya una injusticia extrema*. Alexy a guisa de ejemplo menciona la 11. Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941, que privaba de la ciudadanía alemana por razones racistas a los judíos emigrados. ALEXY, Robert, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 15-16.

³⁸² La fórmula radbruchsiana ha generado múltiples posiciones polémicas derivadas de críticas de los positivistas, las cuales Alexy resume en lo esencial a ocho argumentos: lingüístico, el de la claridad, el de la efectividad, el de la seguridad jurídica, el del relativismo, el de la democracia, el de la inutilidad y el de la honestidad. Dichos argumentos no obstante son refutados de manera magistral por Alexy, sirven de fundamento mismo para acreditar y reforzar la viabilidad de la fórmula en cuestión. *Ibidem*, p. 46 y ss. y ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 355 y ss.

³⁸³ ALEXY, Robert, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 73.

³⁸⁴ SIECKMANN, Jan-R, “La pretensión de corrección del Derecho en la teoría de Robert Alexy”, en *El modelo de los principios del derecho*, Universidad de Externado, Bogotá, 2006, pp. 205 y ss.

desafío más al positivismo jurídico que se bate en retirada, ante la impronta iusnaturalista –o bien no positivista- traducida en el nuevo paradigma del estado constitucional contemporáneo”.³⁸⁵

La fórmula de Radbruch ha traído a la cultura jurídica contemporánea, un parámetro de razón práctica para afirmar o cuestionar desde cualquier tradición jurídica, que la injusticia perpetrada desde el derecho positivo bajo la forma de la ley, no es derecho; la asepsia valorativa del derecho llega a tal grado que el *pathos de la indignación legalista*³⁸⁶ hace de la ignominia del justiciado, la ignominia más ignominiosa con la aplicación de la ley injusta. Es decir, el positivismo al afirmar que, entre más abstracción de los valores morales en la aplicación de la norma, y de apreciarse su injusticia a la luz de esos valores, con mayor razón es científicamente necesario aplicar la ley.

Por lo cual la fórmula de la injusticia deberá prescribir, que entre más injusta la norma, más se aprecia el *pathos de la indignación de la ley*, pues la ignominia de la injusticia extrema contenida en la norma, hace más ignominiosa su aplicación, al no poder traspasar el umbral de la injusticia extrema y considerarse como el *no-derecho*.

4. LOS PRESUPUESTOS DE LA MODERNIDAD EN EL DERECHO: EL ORIGEN DEL CONFLICTIVISMO

A la luz de la experiencia atroz del nacionalsocialismo en Alemania y el nacimiento de la *formula Radbruch* en la posguerra, podemos introducirnos en la explicación de cómo la modernidad llegó a establecer en la voluntad del legislador, la máxima y única representación de todo el derecho, sin necesidad de apelar a la justicia.

El derecho moderno, está sustentado en ficciones, mitologías y reduccionismos. La ficción de la seguridad jurídica, la mitología de la ley y el reduccionismo de la pureza metódica, son los paradigmas fundamentales en los que el derecho moderno de la codificación y del principio de legalidad, encumbraron la más crasa impostura en contra del derecho; que el derecho podría tener cualquier contenido en función de su carácter meramente descriptivo, tal y como llegó a afirmar la más acabada expresión del derecho racionalista: *la teoría pura del derecho* de Hans Kelsen.

³⁸⁵ Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 203-225, consultable en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01316142077359847201680/015785.pdf?incr=1>

³⁸⁶ Un ejemplo de este paradigma sería cuando se va a condenar a la pena de muerte a un justiciable, cuando en realidad es inocente; por cuestiones formales no se valoraron determinadas pruebas por haber sido obtenidas de forma ilegal. ¿El juez tendría el valor de decirle a la cara “lo sentimos pero la justicia es imperfecta, iras a la silla eléctrica”? El *pathos de la indignación* sería, *la ley lo mató*. Lejos de reminiscencias marxistas del *pathos de la indignación*, el ejercicio estriba en advertir la paradoja de la justicia procedimental, en lugar de una más sustancial en la aplicación de las leyes penales.

La palabra “moderno” en su forma latina *modernus* se utilizó por primera vez en el siglo V para distinguir el presente, que se había vuelto oficialmente cristiano, del pasado romano y pagano. El término “moderno” con un contenido diverso, queda expresado en la conciencia de una época que se relaciona con el pasado o con lo antiguo, a fin de considerarse a sí misma como el resultado de una transición de lo antiguo a lo nuevo. El término “moderno” se actualizaba en Europa en aquellos periodos de la historia en los que se formó la conciencia de una nueva época a través de una relación renovada con los antiguos y, además, siempre que la antigüedad se consideraba como un modelo a recuperar a través de alguna clase de imitación.³⁸⁷ En palabras de Maurizio Fioravanti, la Constitución de los antiguos en el mundo griego y después en el romano, constituía *un gran proyecto de conciliación social y política*.³⁸⁸

Sin embargo, el espíritu de los clásicos del mundo antiguo se disolvió con los ideales de la Ilustración francesa, con el postulado de que la ciencia moderna, encontraba el progreso infinito del conocimiento y el avance del espíritu humano hacia la mejoría social y moral. El proyecto ilustrado se oponía a los ideales de la antigüedad clásica; buscaba una nueva época histórica que se liberara de todos los vínculos históricos específicos, en franca oposición abstracta entre la tradición y el presente, creando sus propios cánones de clasicismo.³⁸⁹

La modernidad y el racionalismo occidental, como conexiones indisolubles, quedaron descritas en lo que se consideró como lo “racional”; consiste en la descripción de aquel proceso del desencantamiento que condujo a Europa, al desmoronamiento de las imágenes religiosas del mundo para resultar en una *cultura profana*. Con las ciencias experimentales modernas, las artes convertidas en autónomas y las teorías de la moral y el derecho fundadas en principios racionales, se desarrollaron esferas culturales de valor que posibilitaron procesos de aprendizaje, de acuerdo en cada caso, con la diferente *legalidad interna* de los problemas teóricos, estéticos y práctico-morales.³⁹⁰

En este aspecto, Habermas advierte que el proceso de racionalización de la modernidad, estuvo marcado por un cambio consistente hacia *la ciencia y su método*, centrado sobre sí mismo (*autopoiésis*), en el conocimiento especializado de cada disciplina, de forma excluyente e incomuni-

³⁸⁷ Cfr. HABERMAS, Jürgen, “La modernidad, un proyecto incompleto” en HABERMAS, Jürgen, *et. al.*, *La posmodernidad*, 7º ed., trad. Jordi Fibla, edición, introducción y prólogo Hal Foster, Kairós, Barcelona, 2008, pp. 19-21.

³⁸⁸ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, 1º reimp., trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2007, p. 30.

³⁸⁹ HABERMAS, Jürgen, “La modernidad, un proyecto incompleto” en HABERMAS, Jürgen, *et. Al.*, *La posmodernidad, op. cit. op. cit.*, pp. 19-21.

³⁹⁰ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *El discurso filosófico de la modernidad (Doce lecciones)*, 3ª reimp., edición de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1993, p. 11.

cable entre la filosofía, la política, la ciencia y la moral.³⁹¹

El “proyecto de modernidad” en palabras de Max Weber, se caracterizaba como ese proceso cultural de la separación de la razón sustantiva, así como de la visión del mundo expresada por la religión y la metafísica, entre las esferas autónomas que son la ciencia, la moralidad y el arte. *El reduccionismo de la modernidad institucionaliza de forma instrumental, el discurso científico, las teorías de la moralidad, la jurisprudencia y la producción a cargo de expertos especiales. El resultado, es que aumenta la distancia entre la cultura de los expertos y la de la sociedad en general; se acrecienta la cultura a través del tratamiento especializado de los distintos saberes, lo que genera que la reflexión no se convierte en propiedad de la praxis, sino un conocimiento apto solo para iniciados.*³⁹²

Cuando se produce una *racionalización cultural* de esta clase aumenta la amenaza de que el común de las gentes, cuya sustancia tradicional ya ha sido devaluada se empobrezca cada día más. El proyecto de la modernidad formulado en el siglo XVIII por los filósofos de la Ilustración, consistió en sus esfuerzos para desarrollar una ciencia objetiva, una moralidad y leyes universales y un arte autónomo acorde con su lógica interna; con la finalidad de acumular la cultura especializada para el enriquecimiento y organización de la vida cotidiana.³⁹³

Nicolás de Condorcet, un representante del proyecto ilustrado, tenían la extravagante expectativa de que las artes y las ciencias, no solo promoverían el control de las fuerzas naturales, sino también la comprensión del mundo y del yo, el progreso moral, la justicia de las instituciones e incluso la felicidad de los seres humanos. Sin embargo, esa visión optimista se ha desmoronado en el siglo XX y comienzos del XXI; la diferenciación de la ciencia, la moralidad y el arte ha llegado a significar la autonomía de los segmentos tratados por el especialista y su separación de la *hermenéutica de la comunicación cotidiana*.³⁹⁴

Ahora bien, por lo que respecta a los presupuestos de toda teoría que pretenda explicar el concepto de derecho, presupone de igual forma una propuesta hermenéutica, un modo de entender lo que es el derecho, lo que presupone la existencia de una influencia recíproca entre la praxis judicial y la ciencia jurídica; para Kaufmann, la praxis necesita de la *ciencia jurídica* para no ser pura arbitrariedad, y la ciencia jurídica necesita de la *praxis* para no ser vanidad y, por encima de todo, para tener sentido. La realización del derecho sólo resulta posible si se tiene un *diálogo entre las ideas del derecho*, las normas de derecho y el caso concreto.³⁹⁵ La hermenéutica

³⁹¹ *Idem*.

³⁹² Cfr. HABERMAS, Jürgen, “La modernidad, un proyecto incompleto” en HABERMAS, Jürgen, *et. al.*, *La posmodernidad, op. cit.*, pp. 27-28.

³⁹³ *Idem*.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 28

³⁹⁵ KAUFMANN, Arthur, “Concepción hermenéutica del método jurídico”, en *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, pp. 12-38.

en ese sentido, promoverá una comunicación constante entre el intérprete y el objeto interpretado, de tal forma que no se disocien las normas interpretadas y su aplicación real y concreta.

Juan Cianciardo deja en claro que, en toda teoría de los derechos fundamentales no es, ni puede ser inocente en sus presupuestos teóricos y en su forma de ser muy concreta, al horizonte histórico-filosófico: el de la *modernidad*. Depende de un concepto de derecho, de la ley y de la justicia. Todo lo cual presupone una epistemología, e incluso una antropología, para que de forma integral se guarde una estrecha relación entre la *teoría* y la *praxis* en el derecho. Podrá apreciarse que cada una de las notas del pensamiento moderno, tienen consecuencias importantes en su propia dimensión en el mundo jurídico; por ende, *los presupuestos de la modernidad son de carácter epistemológicos, antropológicos y jurídicos*.³⁹⁶

Siguiendo a Cianciardo -que analiza desde la perspectiva del conflictivismo de los derechos fundamentales-, el advenimiento de la modernidad supuso un nuevo modo de acercarse a la realidad, esto es, una *nueva epistemología*. Para la modernidad, en su búsqueda por el conocimiento verdadero, fue cediendo ante la búsqueda del conocimiento exacto, al cual quedó reducido.³⁹⁷ Es decir, el conocimiento exacto, se entendió que fuera verificable empíricamente, mediante experimentación o demostración matemática o física. La verdad se convirtió en una constatación física o fáctica, que en un conocimiento cierto con base en el razonamiento; específicamente, el razonamiento práctico quedó reducido a exactitudes, y los elementos de moralidad y eticidad de cualquier área del conocimiento se limitó a la experiencia empírica.

El conocimiento de la modernidad, se centra en una *epistemología reduccionista*, que desconfía de las posibilidades de la razón humana para conocer la corrección o incorrección de sus actos, desde el punto de vista de la razón práctica que pregona la filosofía moral de carácter objetivista; cercena notablemente el objeto del conocimiento científico y en sus notas esenciales se sintetiza el programa científico de la modernidad: a) aplicación de una *metodología científicista* a las ciencias humanas; b) *primacía del método* científico sobre el objeto; c) *separación radical* entre el ser (*Sein*) y el deber ser (*Sollen*), que condujo a una pérdida de la noción de bien; d) *desaparición de la razón práctica*.³⁹⁸

1) El científicismo acrítico de la modernidad

Con la modernidad se inició un afán de exactitud, precisión y demostrabilidad “segura” en todos los ámbitos de la vida humana. El arte y las

³⁹⁶ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 123-124.

³⁹⁷ *Idem*.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 125.

ciencias humanas no fueron ajenos a las nuevas pretensiones en las propuestas de Leonardo Da Vinci, Galileo y Descartes. Tres procesos de desvalorización se iniciaron con el desencadenamiento de la visión científica: lo oral a favor de lo visual, lo cualitativo a favor de lo cuantitativo, lo analógico a favor de lo disyuntivo. Con Descartes la auto-comprensión del sujeto constituye una aporía insuperable al tomar la realidad más inmediata y entrañable, como una unidad psicosomática de la persona humana; una consecuencia necesaria del pensar disyuntivo y exacto que niega la analogía: toda realidad sería abordada en términos de univocidad, de *identidad-oposición* y no de *diferencia-complementariedad*.³⁹⁹

Heidegger es uno de los pocos autores que han realizado con más lucidez una autopsia de la ciencia, que desmonta los engranajes que parecían intocables: los de la ciencia como expresión de un auténtico pensamiento racional, cuyo triunfo marcaba la mayoría de edad del género humano, liberado al fin de mitologías, teologías y metafísicas; los de la técnica como fruto valioso de la ciencia, a la que servirá de verificación práctica, en la medida en que ofrece inagotables recursos para un mundo más humano. Sin embargo, Heidegger cuestionará la correlación ciencia-técnica. No es la ciencia la que engendra a la técnica, como su mera consecuencia práctica; es la técnica la que ha engendrado a la ciencia, estableciendo un inhumano *primado del hacer sobre el pensar*.⁴⁰⁰

No es coincidencia que para Kelsen, la ciencia del derecho sea una disciplina en la que no se pueda mezclar ningún tipo de valor moral o de política. Una ciencia “pura” que únicamente da cuenta de lo que el derecho es, como labor meramente descriptiva para abonar a la exactitud del derecho como ciencia neutral y autónoma de cualquier otra influencia externa de un método diverso del jurídico; excluyendo de forma deliberada al método de la sociología, la política o la ética y cualquier otro que pueda cuestionar su “pureza”.

2) Metodismo reduccionista de la ciencia

Para los antiguos, el método de conocimiento era determinado por su objeto. Aristóteles afirmaba la exigencia del hombre de ciencia buscar la exactitud en cada género de conocimiento en la medida en la que admite la naturaleza del asunto: “porque es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones”⁴⁰¹

³⁹⁹ BALLESTEROS, Jesús, *Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 17-24.

⁴⁰⁰ OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre el método científico y voluntad política*, op. cit., pp. 32 y 33. *Supra* “La ciencia del derecho ‘no piensa’”,

⁴⁰¹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1094b, 20-25.

El camino del realismo antiguo, fue abandonado por la universalización de la exactitud del método matemático, para identificar en una sola, la *racionalidad-ciencia-método*. La primacía del método tuvo como consecuencia el abandono progresivo de la filosofía y la pérdida de la noción de verdad.⁴⁰²

La modernidad fragmentó la racionalidad, reconfiguró las categorías del pensamiento racional en una doctrina de dos mundos, en sus distintas formas: reino de las causas y reino de los fines, ser y deber, hechos y valores. La misma teoría de los valores es uno de estos equivalentes. Hechos desprovistos de valor y reino de valores opuesto a estos hechos es el producto de la desintegración de la referencia a la naturaleza.⁴⁰³

Esa desintegración del pensar referencial-objetivo en la naturaleza, es coherente con lo que Max Weber llamó de “desencantamiento del mundo”, y por el cual éste pasó de ser un “kosmos” ordenado en sí mismo, a desempeñar el papel de una mera *res extensa*, apta sólo para los cálculos y mediciones de un conocimiento reducido deliberadamente a ciencia *fisico-matemática* y ordenado intrínsecamente a su ulterior utilización técnica.⁴⁰⁴

Bajo tales parámetros, no puede extraerse significación, ni directiva alguna para la conducta humana; queda librada a la autonomía de la razón del sujeto que construye sus objetos bajo los parámetros de un razonamiento meramente especulativo. En consecuencia, entra en crisis, la noción clásica de “ley natural”, y con ello se reformula una nueva concepción con un enfoque legalista; ya no es posible conocer la normatividad del obrar humano que podía ser descubierta, en sus líneas generales, a través de una interpretación de la realidad natural.⁴⁰⁵ La ley positiva tiene la capacidad de encumbrar desde sus presupuestos lógico-deductivos, una moral objetiva cuya comprobación empírica ya no es objeto de valoración por el aplicador del derecho; pues el legislador ya ponderó desde un aspecto abstracto, las necesidades sociales de regular determinadas conductas.

Descartes cuando formula su *Discurso del Método*, alude de forma representativa al derecho, y en lo particular a las leyes que emiten los Estados para su mejor organización: *la multiplicidad de leyes y preceptos normativos que se deduzcan de la lógica, podría ser suplida con las reglas del método, a las que se deberá ceñir el aplicador de tal modo que ni por una so-*

⁴⁰² OLLERO, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 17.

⁴⁰³ SPAEMANN, Robert, “La actualidad del derecho natural”, en *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, EUNSA, 1980, pp. 324-325.

⁴⁰⁴ MASSINI CORREAS, Carlos I., “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, en *Doxa*, 21-II, 1998, p. 290.

⁴⁰⁵ VILLEY, Michael, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968, cit. por idem.

*la vez fueran incumplidas bajo ningún pretexto.*⁴⁰⁶

Descartes deja en claro el enfoque *monológico y unívoco* bajo el cual, cualquier ciencia que se precie de serlo, deberá cumplir con las reglas del método de forma absoluta y sin excepción alguna. La abstracción extrema con la que se cumplen dichas reglas de forma deductivista, deja en claro la forma tan cerrada con la que el *Discurso del Método* encajonó el pensamiento ilustrado y al que toda ciencia debía de ceñirse, para considerarse como conocimiento verdadero. Las reglas del método a las que refiere Descartes, se desarrollan de forma elemental a continuación.

A) La duda metódica

Para Descartes el método científico se distinguía por poner en duda todo lo que en principio se presentaba como verdadero: “lo que con toda evidencia no reconociese como tal, evitando cuidadosamente la precipitación y los prejuicios, y *no aceptando como cierto sino lo presente a mi espíritu de manera tan clara y distinta que acerca de su certeza no pudiera haber la menor duda.*”⁴⁰⁷

La ciencia y la filosofía moderna, se inauguran con el problema del método y la duda metódica de Descartes; constituye el paradigma bajo el cual ha de ser juzgado todo el conocimiento. La duda metódica es el instrumento que ha de emplearse para averiguar, si el hombre mediante la razón puede acceder por su propio conocimiento al mundo y a Dios; el hombre del método cartesiano no inquiere por cualidades ocultas de las cosas, sin antes preguntarse si la razón humana puede acceder a la verdad. Para que el hombre se logre liberar de esos “prejuicios”⁴⁰⁸, y llegar al conocimiento libre y seguro, no hay otro medio, sino dudar de todo cuanto se ofrezca a la razón, con la menor sospecha de incertidumbre.⁴⁰⁹

B) Fragmentación del razonamiento práctico

La segunda regla establece que para resolver un problema con el que tropieza la inteligencia al investigar la verdad, es necesario *dividir cada una de las dificultades en tantas partes como fuera necesario para resolver-*

⁴⁰⁶ DESCARTES, René, *Discurso del método*, 22° ed., estudio introductorio, análisis de las obras y notas al texto por Francisco Larroyo, Porrúa, México, 2008, p. 17. Las cuatro reglas del método que enuncia, son una expresión sintetizada de *Las reglas para la dirección del espíritu*, Véase *Ibidem*, pp. 107 y ss.

⁴⁰⁷ DESCARTES, René, *Discurso del método*, *op. cit.*, p. 17. Las cuatro reglas del método que enuncia, son una expresión sintetizada de *Las reglas para la dirección del espíritu*, Véase *Ibidem*, pp. 107 y ss. Las cursivas son nuestras.

⁴⁰⁸ Gadamer analiza que desde la ilustración, el término “prejuicio” fue interpretado de forma negativa. Sin embargo, Gadamer rehabilita dicho concepto, para interpretarlo desde la perspectiva de la comprensión bien positiva o negativa respecto de determinada tradición. *Supra* “3) Interpretación circunstanciada por la tradición: *el pre-juicio valorativo*”

⁴⁰⁹ DESCARTES, René, *Discurso del método*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

las.⁴¹⁰ Para Descartes, el conocimiento científico no tiene límites. No importa la dificultad del problema, si este puede desgajarse en cuantas partes sea posible para llegar a la solución que solamente brinda el método científico.

La fragmentación del discurso racional al que apela Descartes, alude a la actitud de la razón ilustrada en formular cadenas interminables de deducciones lógicas o silogismos, para encontrar una respuesta que dé solución plausible a los problemas de la ciencia. Para ello, el método es el único camino por el cual el razonamiento llegará a buen término, no importando que nuestros razonamientos lógicos se vuelvan infinitos.

Sin duda, Descartes soslaya que el razonamiento natural del hombre tiene una finalidad específica, un sentido al cual aspira, y esa es la verdad. La verdad, en nuestro entendimiento es finita, como el mismo hombre lo es; el conocimiento al que aspiramos dependerá del contenido del mismo. El conocimiento teórico del método cartesiano reclamará exactitud matemática. Sin embargo, el conocimiento bajo un razonamiento práctico, exigirá otra forma de aproximación a la realidad del obrar del hombre, esto es al razonamiento práctico cuya verdad es aproximada y probable, más no exacta.

El método cartesiano confundió desde un principio la razón teórica y la razón práctica. Tardarían muchos años para que la humanidad se diera cuenta, que la exigencia de racionalidad a todo conocimiento matemático bajo el paradigma *more geométrico*, no era aplicable para las ciencias del espíritu humano, entre las que se encuentra el derecho.⁴¹¹

C) Complejización progresiva

Para la tercera regla del método científico cartesiano, *el conocimiento debe ser ordenado*, empezando siempre por los postulados más sencillos, elevándose por grados hasta llegar a los más compuestos, y *suponiendo un orden en aquellos que no lo tenían por naturaleza*.⁴¹² Con esta regla Descartes, reafirma el principio de *autonomía del sujeto*, como ordenador de la realidad y de la naturaleza, sin implicar la verdadera complejidad en la que

⁴¹⁰ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

⁴¹¹ No olvidemos que Hans Kelsen formuló la *Teoría Pura del Derecho*, bajo un razonamiento cartesiano. El ordenamiento jurídico se sustentaba en una *norma básica presupuesta*, cuya ficción jurídica de su autorización se encontraba en la misma ficción de una autoridad superior que a su vez autorizaba al constituyente, y así *ad infinitum*. Es decir, la idea de un sistema jurídico cuya cadena interminable de autorización normativa es infinita, constituye la más pura idea cartesiana de *fragmentación del discurso racional*. Por lo cual, hemos afirmado en otro lugar: “La validez de las normas y el sistema jurídico en el positivismo, constituye una tensión insalvable”. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., 318-319.

⁴¹² DESCARTES, René, *Discurso del método*, op. cit., p. 17.

se encuentre ordenada.

La complejidad cartesiana, busca ordenar el conocimiento, desde una proyección unilateral, desde el sujeto que conoce. El conocimiento del objeto y su complejidad, es establecida de conformidad con el orden impuesto por un razonamiento, *desde y para el sujeto*. Esa unilateralidad y univocidad del método cartesiano, derivará pronto en hermetismo y sincretismo, al cual las ciencias se relegarán en tantas parcelas de la realidad existan, sin una comunicabilidad que logre integrar el conocimiento con una finalidad y sentido último en el hombre, sino en el conocimiento ilimitado hacia el infinito: *hasta llegar a leer la mente de Dios*.⁴¹³

Para la Complejización cartesiana lo que importa no es simplificar la materia de estudio al cual se aplique el método, sino el llegar a un máximo conocimiento del objeto conocido sin apreciar el entorno en el que se encuentra. La ordenación que elabora el sujeto del objeto estudiado, desde lo más sencillo a lo más complejo, obedece a un criterio ficticio y subjetivo. El afán sistematizador que nace del ambiente de la ilustración, surge como una “elevación” del conocimiento de las ciencias formales de las matemáticas, la geometría, la física, entre otras, como aspectos teóricos y pragmáticos, sin advertir otro tipo de conocimiento como el razonamiento práctico de las ciencias del espíritu o ciencias humanas. Las disciplinas filosóficas quedan en un segundo plano y con ello el derecho, en su dimensión ética y moral.

La complejidad de la era posmoderna se va a centrar más, en promover la integración de la ciencia en métodos multidisciplinarios, que en sincretismos metódicos como lo propuso el método cartesiano. En este caso, el pensamiento de la posmodernidad, buscará a través de la complejidad, reducir y tornar dócil al método científico, para la adecuada integración y adecuación a otros métodos de las ciencias; la política, la economía, la ética, la sociología, o de cualquier otra disciplina que ayude a dilucidar el problema y no a ceñirse al método de forma unívoca. Es decir, volver al derecho más hermenéutico.

La multidisciplinariedad de la ciencia juega con esa complejidad, aperturándola a cuanta metodología sea necesaria para la integración de un conocimiento menos unívoco y más flexible, que contribuya a facilitar la inclusión de todos los factores que tengan relevancia con los problemas humanos. Es decir, *el problema, el caso concreto es el que fija la complejidad en su contexto, y no el sujeto el que la impone a través del método*.

⁴¹³ En la actualidad se aprecia que dicho paradigma no ha sido abandonado, con las afirmaciones sugestivas de Stephen Hawking cuando afirma “Como hay una ley de la gravedad, *el universo es y será creado de la nada [...] la creación espontánea es la razón por la cual existe el universo*. No hace falta invocar a Dios para entender las ecuaciones y poner el universo en marcha. Por eso hay algo en lugar de nada, por eso existimos.” HAWKING, Stephen W. y MLODINOW, Leonard, *El gran diseño*, Crítica, Barcelona, 2010, pp. 203-204; también Véase HAWKING, Stephen W., *Historia del tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros*, introd. Carl Sagan, trad. Miguel Ortuño, Crítica (Grijalbo), México, 1988.

La complejidad, es el resultado de reconocer que la ciencia no tiene como finalidad el reduccionismo de la realidad, para tornarlo como falsa neutralidad en problemas tan complejos a los que se enfrentan las ciencias humanas como el derecho, en lo particular la teoría de los derechos fundamentales en el paradigma de la Constitución normativa. La complejidad de la posmodernidad a la que nos adscribimos, acepta que el conocimiento no se puede resumir en axiomas abstractos, leyes de la causalidad, fórmulas maestras o *métodos herculeanos*⁴¹⁴ que arrojen todas las respuestas a problemas tan complejos de la realidad, como especialmente se plantean desde las ciencias humanas en el derecho.

Desde cualquier ámbito de la academia, la práctica social, las ciencias duras o blandas, la literatura o la religión, se desarrolla un modo complejo de pensar la experiencia humana; que recobra el asombro del milagro doble del conocimiento y del misterio, que se asoma a toda filosofía, a toda ciencia, a toda religión y que aún a la empresa humana en su aventura abierta hacia el descubrimiento de nosotros mismos, nuestros límites y nuestras posibilidades.⁴¹⁵

D) La prevención del *funcionalismo sistémico* de Hans Kelsen y Niklas Luhmann

Derivado de la complejización progresiva a la que referíamos en el punto anterior, con el método cartesiano, resulta ineludible hacer referencia al pensamiento de dos grandes juristas de la tradición jurídica moderna, como Hans Kelsen y Niklas Luhmann.

Se sigue que el pensamiento complejo, puede desembocar en *funcionalismo sistémico* en los términos planteados por la teoría de sistemas de la sociedad de Niklas Luhmann, o bien reafirmar el positivismo sistemático de la teoría pura kelseniana. En principio, no es necesario un análisis demasiado detallado o profundo para advertir que en el conjunto de la obra de Hans Kelsen, anticipa algunos puntos nodales de la Obra de Niklas

⁴¹⁴ Sin restarle importancia a la metáfora del *Juez Hércules* de Ronald Dworkin, recordemos que toda ficción del conocimiento humano con la capacidad extraordinaria, habilidad, erudición, paciencia y perspicacia de conocer todas las respuestas o la respuesta correcta en el derecho, podría degenerar en el univocismo y reduccionismo del conocimiento cartesiano como el que aquí se critica. Sin embargo, un juez virtuoso como el *Juez Hércules* que aspire a la búsqueda prudente de la justicia, vale la pena echar mano de tal metáfora desde una proyección hermenéutica en la aplicación y concreción de los principios de derecho fundamental en el caso concreto. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 179 y ss.

⁴¹⁵ Cfr. PAKMAN, Marcelo "Introducción" a MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, 9º reimp., edición a cargo de Marcelo Pakman, Gedisa, Barcelona, 2007, pp. 17-18.

Luhmann; de la concepción kelseniana de ordenamiento jurídico, puede apreciarse un núcleo temático sumamente sugerente en la *teoría sistémica* de Luhmann.⁴¹⁶

Para ambas teorías, la noción de “sistema” es la principal clave explicativa de la realidad; el sistema normativo cuyas normas son creadas por otras normas en los términos del sistema cerrado de Han Kelsen, equivale al sistema social que “autoproduce” normas: esto es, un sistema *autopoiético* propuesto por Luhmann. No obstante, el intento más acabado por explicar el derecho a través de un sistema cerrado sigue siendo Kelsen, frente a Luhmann que funda esa *autopoiésis* en una metodología no jurídica sino netamente como sistema social.⁴¹⁷

La teoría sistémica luhmanniana y el positivismo normativista kelseniano, son teorías centradas en el sistema, porque proponen la derivación de todas las respuestas desde ese mismo sistema; por lo cual constituye un sistema cerrado en sí mismo sin aludir a contenidos de carácter moral o de otra índole.

Tanto la teoría sistémica, como la teoría pura, comienzan proponiendo un nuevo tratamiento a los fenómenos sociales y al derecho en lo particular, capaz de lograr una “racionalidad” no alcanzada ni por los planteamientos metafísicos, ni por el positivismo decimonónico; se trata del enfrentamiento a todo apriorismo dogmático, planteándolo “como si” fuera un subsistema social, o estableciendo un particular “sentido” de los hechos sociales. El resultado en ambos casos pierde el tono hipotético inicial de neutralidad; el “como si” da paso a una rotunda definición del “ser” y del “deber ser”, incurriendo en la misma falacia naturalista en la que Kelsen ha dirigido sus baterías en contra del derecho natural.

Tanto Luhmann como Kelsen, terminan por disfrazar de neutralidad al derecho, con una “racionalidad” de misterioso parentesco a un *hilo ideológico* capaz de enlazar a las dos metodologías más “neutrales” del siglo XX⁴¹⁸; al fin, teorías jurídicas defensoras de la ideología liberal, en el más acentuado fundamentalismo normativo del orden dado o estado de cosas imperante del mundo de la modernidad ilustrada. Al final del día, dichas teorías normativistas, proponen con el acostumbrado reduccionismo científico, una opción de complejidad que soslaya la dimensión del razonamiento práctico, así como la vinculación al lazo social de forma metafórica, ficticia y funcionalista. En suma, atienden más al sistema de las normas, que al contenido del derecho destinado a regular las relaciones de la comunidad política en la que se encuentra la sociedad viva.

⁴¹⁶ ALMOGUERA CARRERES, Joaquín, “Kelsen y Luhmann” en RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Angel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit., p. 58 y ss.

⁴¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, pp. 57-58.

⁴¹⁸ Cfr. OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?*, *Entre el método científico y voluntad política*, op. cit., pp. 78-79.

La teoría de sistemas de Luhmann, que propone el pensamiento complejo en el derecho como un *subsistema social*, no podría arrojar buenos resultados en su análisis, así como en su aplicación práctica; *a pesar de que es una teoría procedimental del derecho, no es una teoría de la verdad y de la justicia, pues para Luhmann, verdad y justicia tiene sólo carácter simbólico, el cual en la realidad nada corresponde.*⁴¹⁹

Por ello, las teorías procedimentales de la justicia y del derecho como las de John Rawls, como nuevo modelo del contrato social, así como el modelo discursivo de Jürgen Habermas, superan a la teoría sistémica luhmanniana, en tanto que aquellas proponen siquiera la idea del consenso, como criterio de verdad.

Sin embargo, bajo el tamiz de la hermenéutica, las teorías procedimentales de la justicia, no son decisivas para fundamentar una racionalidad práctica que respete el núcleo indisponible del derecho o de los derechos, pues remite al consenso basado en *reglas formales del discurso jurídico como parámetro de la verdad y no a la verdad como parámetro del consenso.*

F) El sistema jurídico y su reduccionismo científico

La última regla del método, consiste en hacer *enumeraciones tan completas y generales*, que proporcionan la seguridad de no haber incurrido en ninguna omisión.⁴²⁰

Para Descartes no hay conocimiento que no pueda ser deducido, no hay objeto que no pueda apreciarse por la razón especulativa, de conformidad con las reglas de método. Para tener por conocimiento verdadero, basta con elaborar esas largas e infinitas cadenas de razonamientos, tan sencillos y fáciles, de que se sirven los geómetras para sus demostraciones, por más difíciles que sean.

Todas las cosas susceptibles de ser conocidas se relacionan con el razonamiento deductivo de la ciencia, y como tal, debe seguirse el orden especulativo necesario para que dichas deducciones puedan tener el conocimiento por cierto y verdadero. La completitud del razonamiento científico de la metodología cartesiana, estriba en esa sistematización y ordenación del objeto de conocimiento, para llegar a la verdad, la cual no puede ser ni tan oculta ni tan lejana, que no pueda ser descubierta.⁴²¹

Para Hans Kelsen, la idea de completitud de la ciencia, como sistema cerrado en sí mismo, en el que toda respuesta se puede deducir de forma lógica del sistema jurídico, es adoptada de forma muy consistente por la

⁴¹⁹ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, trad. Luis Villar Borda, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2007, pp. 46-47.

⁴²⁰ DESCARTES, René, *Discurso del método*, *op. cit.*, p. 17.

⁴²¹ *Idem.*

Teoría pura del derecho. El derecho positivo, como derecho válido, “siempre es lógicamente aplicable, puesto que no tiene ‘laguna’ alguna en este sentido”.⁴²²

El término “laguna” en la teoría kelseniana, es más una ficción que puede recurrir el juez para emitir una decisión de forma discrecional y subjetiva, derivado de la aplicación lógica del mismo ordenamiento en función de que lo que no está prohibido está permitido. Sin embargo cuando el juzgador ejerce esa discrecionalidad subjetiva, se aparta de la deducción lógica de las normas de ese ordenamiento jurídico, haciendo uso del muy escaso margen de autorización que se le ha otorgado por el legislador.⁴²³ Porque precisamente, el legislador no quiso regular, en cuya delegación normativa se ejerce en función de la discrecionalidad del órgano de aplicación, quien decidirá con base en criterios subjetivos y en ocasiones irracionales, la norma aplicable al caso.

Para la teoría pura, la existencia de una “laguna”, se origina solamente como una decisión o acto de reconocimiento por parte del órgano de aplicación, cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada como “indeseable”, desde un punto de vista subjetivo, jurídico-político y moral, dejando de lado la aplicación lógicamente posible del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación.⁴²⁴ En otras palabras, la existencia de “lagunas” para Kelsen, “consiste en que la falta de determinada norma jurídica dentro de un orden jurídico, atribuida fundándose en un juicio de valor subjetivo, político-moral, es representada como la imposibilidad lógica de su aplicación.”⁴²⁵

La sistematización y completitud científica que implementó el *Discurso del Método*, tenía como principal baluarte, la suficiencia de la ciencia para determinar por mero razonamiento lógico, todas las posibles respuestas existentes y futuras, en las que fuera previsible cualquier problema que se le presente al aplicador del método.

Para el derecho, tuvo mucha influencia tal metodología científica cartesiana, y en Kelsen, el pensador más representativo e influyente en todo el siglo XX y principios de este siglo XXI. La gran construcción teórica y lógica del edificio racional, sobre el cual se cimentó el derecho moderno, fue precisamente de las bases que Hans Kelsen diseñó en su *Teoría Pura del Derecho*.

Hans Kelsen, influenciado por el *Círculo de Viena*⁴²⁶ para la concepción científica del mundo, se ocupa principalmente de la lógica de la ciencia. El programa de la filosofía, girará en torno a la tarea de distinguir entre lo

⁴²² KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 257.

⁴²³ *Idem*.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 255.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 256.

⁴²⁶ Para una referencia muy puntual de Kelsen y su relación con el *Círculo de Viena* véase COFRE, Juan O., “Kelsen, el formalismo y el ‘Círculo de Viena’”, *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 1995, vol.6, p.29-37.

que es ciencia y lo que no, y de la elaboración de un lenguaje común a todas las ciencias. La ciencia como un conjunto de proposiciones con sentido y relevancia, tendrá como principal finalidad, la unificación del lenguaje de la ciencia y la refutación de la metafísica. Por lo cual la filosofía “científica” de la teoría pura, será más un empirismo que identifique el conocimiento con el conocimiento probado o confirmado, para quedar como una doctrina legitimadora de las inferencias que proponen los axiomas del sistema.

La visión positivista de Kelsen que llamó *teoría pura del Derecho*, cumplió a cabalidad con la tarea propuesta por el *Círculo de Viena*, al elaborar un análisis del Derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de derecho natural, o de cualquier otra disciplina que tuviera por objeto la valoración del comportamiento humano. Kelsen se limitó a analizar las condiciones de posibilidad de los sistemas jurídicos, para concluir en la hipótesis de que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a una *norma hipotética fundamental*.

Para la teoría positivista, el elemento de completitud del ordenamiento jurídico, es fundamental para deducir de éste, todas las respuestas posibles del material normativo que brinda el propio sistema. La completitud del razonamiento científico de la metodología cartesiana, influirá en el derecho moderno de forma determinante, para encontrar en Kelsen, su sistematizador y ordenador definitivo; Kelsen derivará del propio sistema jurídico un *objeto de conocimiento jerárquicamente deductivo y lógicamente estructurado*.

El sistema jurídico del positivismo, llegará a tener todas las respuestas que el derecho positivo necesita, en todos los casos, desde las mismas normas del sistema jurídico, como un sistema cerrado y autorreferente, *autopoiético*. Sin embargo, la clausura del sistema jurídico como un ordenamiento omnicomprensivo, dejará en un déficit mayúsculo al derecho en cuanto a la complejidad que representan los derechos humanos a partir de la segunda mitad del siglo XX, en cuanto a los contenidos de justicia que el poder público debe tomar en consideración y en cuyas injusticias perpetradas por los absolutismos, dejaron ver la falla estructural de ese sistema jurídico aparentemente perfecto.

Para un balance general de las reglas del método cartesiano con repercusiones para el derecho, se puede decir, que el metodismo en el que se centró la ciencia y las humanidades de la modernidad para encontrar esas “verdades”, supuso una fidelidad exacerbada en los procedimientos de verificación empírica, que en el método científico establecía como su directriz y fundamento indiscutible. Sin embargo, esa forma ficticia de aproximarse a la realidad, se conforma no con llegar a la verdad, sino al resultado que deriva de ese procedimiento: la verdad formal que arroja el método. La modernidad tuvo como gran desacierto, el monopolizar una metodología *utilitarista-cuantitativa* para medir el avance de las ciencias de forma unívoca, generalmente valorada con patrones ajenos a las ciencias humanas: el

progreso científico y económico.

Cuando se afirmaba que las ciencias duras como las matemáticas, la física, la astronomía, entre otras, habían avanzado mucho en el devenir histórico desde el renacimiento; para la visión moderna de las ciencias del espíritu como la política, economía, sociología y el derecho, no se apreciaba su avance o perfeccionamiento con el barómetro de la científicidad metódica de acumulación de conocimiento exacto.

Para Paolo Grossi, la visión posmoderna del derecho, inicia cuando empieza un nuevo itinerario histórico, cuando el Estado burgués monoclásista, ya no conseguía imponer sus *reduccionismos*; una sociedad compleja comienza a imponerse al Estado de una manera eficaz y, finalmente, cuando el paisaje socio-jurídico dejó atrás la simplicidad y se hizo necesariamente complejo. El descubrimiento de esa complejidad social y jurídica es el signo de distinción que caracteriza, de una forma cada vez más concluyente en los primeros años del siglo XX; momento en que tal complejidad resalta vivamente ante el edificio de líneas simples, diseñado con bocetos concisos y esenciales, del Estado y del derecho de la modernidad.⁴²⁷

El enfoque metodológico, tuvo como finalidad primordial el simplificar el conocimiento de la realidad, sin apreciar que lo que originó fue un *reduccionismo del conocimiento, de la comprensión, del aspecto humano y del aspecto cultural de la tradición histórica*; el cual dista mucho de ser un conocimiento de lo simple, de lo exacto y de lo útil. Un reduccionismo de toda la complejidad del derecho, para centrar en la “realidad formal”, en las decisiones deducidas de las normas jurídicas del sistema, como meros axiomas lógicos, en franca disociación con la sociedad a la que se destinaba su aplicación.

Para el derecho moderno, se tildaba al “destinatario de la norma” con cierto desdén, siendo que la ordenación y la juridicidad del derecho debe emanar de *la misma sociedad como receptora de la juridicidad de ese derecho*. Para el derecho moderno la importancia del “aplicador del método”, resultaba ser primordial, como el único del que emanaba “la verdad”; esa “verdad” se desprendía del procedimiento deductivo mismo, del conocimiento racionalmente formulado y metódicamente adquirido, en suma, ciencia y metodología del derecho, sin apreciar su contenido, solo su método y su procedimiento formal-deductivo desde las entrañas mismas del sistema.

Por ende, el progreso en las ciencias del espíritu, como el caso de la ciencia jurídica, fue medido con un método incompatible; la corrección o incorrección del comportamiento humano, trascendía de la verificación experimental de los hechos o de las decisiones humanas, un error que la razón ilustrada no logró advertir. El reduccionismo de la modernidad, se ciñó a la creación de un sistema de reglas, de las que se pudieran deducir la to-

⁴²⁷ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, trad. Clara Álvarez, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 25.

talidad de las conductas del comportamiento del hombre: pretensión del todo omisiva de la complejidad de la misma naturaleza humana y de la sociedad.

La naturaleza constitutiva del obrar del hombre, requiere de un conocimiento especial, un conocimiento complejo que uno simple, una hermenéutica de la facticidad del sujeto en su misma eticidad constitutiva del acto moral en la consecución de los bienes humanos, tal y como se advertirá a lo largo del presente estudio.

3) Separación entre ser y deber ser o de la indebida transición ontológica de la metafísica: la falacia naturalista

La denuncia de la *falacia naturalista*⁴²⁸ formulada por G.E. More en *Principia Ethica*, o también conocida como “ley de Hume”, puede ser resumida de este modo: “de una serie de afirmaciones acerca de cómo las cosas son, es decir, de proposiciones prescriptivas o especulativas, no pueden inferirse o deducirse, ninguna aseveración acerca de cómo los hombres deben comportarse, es decir, ninguna proposición práctica.”⁴²⁹

La falacia naturalista, es el resultado inevitable de relacionar el concepto de naturaleza que maneja la modernidad con el de *deber ser*: la separación radical entre la ontología y la ética, y entre ésta y el derecho. Es imposible derivar una consecuencia del *ser*, para un *deber ser*, desde las coordenadas de la modernidad; el *ser* esta desprovisto de un *telos* y cuya única dimensión cognoscible es la *cuantitativa-empírica*.⁴³⁰

Bajo el enfoque determinista de la modernidad, la finalidad de la ciencia es una cuestión instrumental, en la cual se buscan respuestas exactas y medibles bajo una racionalidad que descuida los aspectos prácticos de las ciencias humanas que tienen que ver con la justicia; el conocimiento del verdadero sentido del derecho, que tienda los puentes argumentativos de racionalidad práctica entre el *debe* y el *es*, como prudencia del poder resolutor del juzgador. La desvinculación entre ser y deber ser en la *modernidad-posmodernidad*, lejos de aclarar el panorama en las relaciones del derecho y la moral, llegó a apreciarse en realidades no solamente desvinculadas, sino intrínsecamente contradictorias.⁴³¹

⁴²⁸ Sin embargo el razonamiento práctico no parte desde la perspectiva de Hume, como una consecuencia meramente lógica, sino que aquel razonamiento no se queda en lo que las cosas son, sino por un primer principio del razonamiento práctico: “el bien debe hacerse y evitar el mal”. Véase *Infra* “El conocimiento y la singularidad del acto moral”.

⁴²⁹ MASSINI, Carlos I., *Filosofía del derecho I. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 114.

⁴³⁰ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 135.

⁴³¹ FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, *op. cit.*, pp. 273-285.

Como advertiremos más adelante⁴³² el nuevo derecho natural no solamente admite la llamada falacia naturalista, sino que para John Finnis, reconoce que algunos iusnaturalistas escolásticos y racionalistas, acometieron dicha falacia lógica; pues pretendieron deducir la moral de una mera observación de la naturaleza humana y de una constatación especulativa de la “congruencia” entre esa naturaleza y las acciones libres, para “fundamentar” la ética en la antropología y en la metafísica.

Sin embargo, es necesario aclarar que si bien Finnis niega que la ley natural sea una derivación de la metafísica⁴³³, el aceptar la falacia lógica de la inderivabilidad del deber ser a partir del ser, no conlleva soslayar la fundamentación metafísica y antropológica de la ética, ni la relevancia del conocimiento especulativo en relación con el conocimiento práctico⁴³⁴, como en su momento se analizará.

En el constitucionalismo contemporáneo no-positivista como el neoconstitucionalismo, el derecho y la moral si bien están vinculados, -y por ende, ser y deber ser-, la apuesta de la teoría hermenéutica de los derechos fundamentales, es la coexistencialidad y complementariedad. La vinculación meramente conceptual entre derecho y moral, bien de forma contingente o necesaria, podría repetir los errores de la razón ilustrada de seguir fijando en la relación sujeto-objeto, entre juzgador y norma, el mismo metodismo ilustrado que dio origen al enfoque metodológico reduccionista de la ciencia moderna y las falacias que el mismo conlleva.

4) El desconocimiento de la razón práctica por la razón teórica

La separación radical entre ser y deber ser produjo, entre otras consecuencias, la desaparición de la razón práctica que permitía al hombre, introducirse en el conocimiento del buen obrar en el ámbito moral. La apertura racional hacia lo humano, facilita un acceso personal al conocimiento de lo bueno. Durante la modernidad –como ya quedó asentado– se impulsó una reducción de lo cuantitativo a lo cualitativo y de lo analógico a lo disyuntivo; lo ontológico quedó circunscrito a lo empírico, que se presentó *unívoco y cuantificable*.⁴³⁵ El conocimiento se vuelve de esa naturaleza, unívoco y monológico, para quedar reducido a elecciones de voluntad, que se adscriben a una concepción materialista y relativista de la realidad en el terreno jurídico y moral.

El reduccionismo de la modernidad tuvo consecuencias fatales para la doctrina clásica de la razón práctica. Las finalidades de los valores y principios morales humanos, no son verificables empíricamente como deducciones lógicas, ni experimentables en un laboratorio; la experiencia vital

⁴³² *Infra* “8. El iusnaturalismo hermenéutico de John Finnis”

⁴³³ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 17 y ss.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 18.

⁴³⁵ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 137.

ordinaria pierde valor cognoscitivo a los ojos del hombre moderno. Tanto el bien, como el ser, es analógico, pues es al predicado de la acción en el sujeto que realiza la conducta moral; pues la acción refiere a un sujeto que la realiza, y es a esa acción la que le corresponde la calificación de buena o mala.

La modernidad, en consecuencia, posterga el razonamiento práctico al campo de la emotividad, y si consideramos que las emociones son el único criterio de valoración ética, debe aceptarse la imposibilidad del conocimiento de una moral objetiva. El emotivismo deviene necesariamente en relativismo, pues las emociones son relativas a cada sujeto, permanecen en lo recóndito de su sensibilidad; lo que traerá como consecuencia que en lo político sea la violencia, el predominio del poderoso o el de la mayoría, quienes en última instancia establezcan la regla suprema de la moralidad.⁴³⁶

El saber teórico de las ciencias humanas, al que relegó a la razón práctica al olvido, demostró que la metodología cientificista del positivismo era, además de incompatible, deficitaria de los elementos de valor que poseía el derecho en su dimensión material. El movimiento de “rehabilitación de la razón práctica”⁴³⁷, supuso un redescubrimiento de la forma de aproximación del entendimiento con las valoraciones de las conductas humanas con el objeto de dirigirlas; los valores ya no son más subjetivos e irracionales; sino que los patrones de exactitud cuantitativa y objetividad unilateral de la ciencia del derecho, necesariamente cambiaron por el de razonabilidad cualitativa y justificación fundamentista, en la concreción racional de los derechos fundamentales, como hermenéutica iusfundamental. Es decir, la aplicación de la ley positiva o natural, ya no queda en deducciones lógicas, sino que se atiende al obrar humano como forma de aproximación vital de la experiencia del fenómeno jurídico; constituyen referencias imputables de moralidad, entre la corrección o incorrección del actuar del hombre hacia los bienes humanos, sin quedar en la asepsia moral de la ingenua neutralidad del jurista.

Por lo que respecta al *modo de entender al hombre*, la Edad Moderna rompe con esta humildad ontológica del ser humano, tornándose en antropocentrismo; al pretender hacer del hombre el señor y poseedor incondicionado de la naturaleza, como propugna Descartes en su *Discurso del Método*, así como la sobrevaloración de la voluntad humana. Esto conducirá a concebir al hombre como libertad pura, exenta de todo condicionamiento exterior. De las dos características anteriores (antropocentrismo y libertad absoluta) se extraerán las características de la antropología moderna: la autonomía, el instanteísmo, el contrato como expresión política y

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 139.

⁴³⁷ *Supra* “La rehabilitación de la razón práctica: la racionalidad de la normatividad del derecho”.

el mercado como expresión de la economía.⁴³⁸

5) Autonomía del sujeto de la modernidad

En la modernidad cada hombre se autoconstituye como legislador de sí mismo, con el único límite de no afectar a otras libertades como la suya. El hombre será realmente libre si no está sujeto al mundo, sino tampoco a sus semejantes: con Kant se sostiene que, cada hombre, es decir, cada individuo, constituye la única instancia legitimada para dictarse normas a sí mismo. Cada sujeto en una situación ideal, al margen de las relaciones y condiciones sociales conocidas. No tiene ninguna obligación con respecto a los demás, porque el hombre aislado sólo se tiene a sí mismo y él, por un poder o por derecho que le es innato, sólo domina sobre sí mismo.⁴³⁹

El planteamiento de la autonomía absoluta del individuo resulta ser auto-contradictorio. Cuando la libertad humana se emancipa sin aceptar verdades comunes, que fijen criterios éticos sobre el bien y el mal, transpersonal, la persona acaba por asumir como única referencia sus propias convicciones personales.⁴⁴⁰ El único obstáculo real para ejercer la libertad personal son los restantes hombres. La modernidad propone un criterio formal para separar o distinguir las libertades entre los hombres, pero en ningún momento dice, ni puede decir cuál es el criterio de distinción para advertir los límites entre una libertad y otra. La conclusión de la libertad en el vacío no puede ser otra que la delimitación de las libertades por la fuerza y el poder, con la consecuente disolución social.⁴⁴¹

A partir de la concepción moderna del sujeto, se le impondrá al mundo, un configurador de sus objetos de conocimiento y de voluntad. Para este sujeto, “conocer es poder” (Bacon) y se encuentra lanzado a la búsqueda de una ciencia que lo haga “dueño y señor de la naturaleza” (Descartes).⁴⁴²

Gómez Robledo afirma al respecto que el mundo moderno, se ha reducido a materia y a movimiento, a relaciones *físico-matemáticas*. Dichas relaciones son conocidas por el hombre dentro de ciertos límites, que le permite actuar y dominar al mundo, la acción tiene un valor incomparablemente mayor que la contemplación; la acción del hombre es de mucho mayor dignidad que este mundo, por superioridad le corresponde actuar, que

⁴³⁸ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op.cit., p. 140.

⁴³⁹ CARPINTERO BENITES, Francisco, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 32.

⁴⁴⁰ SERNA, Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo” en MASSINI CORREAS, Carlos I., y SERNA, Pedro (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, p. 47.

⁴⁴¹ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op.cit., p. 135.

⁴⁴² MASSINI CORREAS, Carlos I., “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, en *Doxa*, 21-II, 1998, p. 290.

limitarse a adoptar la actitud pasiva del espectador.⁴⁴³

Para Massini, este sujeto es, entonces, el donador del sentido de la realidad a través de una función constructiva, ya no contemplativa, de la conciencia razonante y de la voluntad; esta conciencia no puede ser sino constructiva o constructivista, deja de ser receptiva, sus contenidos pueden obtenerse solamente a través de un proceso metódicamente controlado de elaboración o construcción. En consecuencia, todo lo existente cobrará sentido con referencia al sujeto, y en especial los contenidos de la eticidad, sea ésta personal o social.⁴⁴⁴

La autonomía moral del individuo, supuso la posibilidad de darse leyes de forma unilateral, sin que por ello los demás fueran a incidir en su esfera de libertad; no había que proteger, más que la libertad del individuo. Las relaciones entre los hombres libres, tendrían que resguardarse a través de pactos, bien individuales o bien colectivos, representados por el contrato o por la única fuente legítima que los podía establecer: la ley. Sin embargo, la dinámica social, no pudo contener a la fuente legislativa como única emanación del derecho y de la justicia.

La libertad del individuo y la sociedad se encontraban en pugna permanente, pues la ley respetaba esa autonomía, sin voltear a ver ni reconocer la complejidad con la que el derecho requiere regular las relaciones de los hombres en sociedad. Los derechos fundamentales representan pues, esa libertad del individuo limitada, cuando se aduce su colisión en el que se demuestra, a través de la ponderación o la razonabilidad, la adecuada delimitación o concreción del contenido de cada derecho fundamental en el caso concreto.

6) Instanteísmo del sujeto moderno y la negación de la tradición

La libertad de los modernos se sustenta en gran medida en el instanteísmo, que es la actitud del hombre que no se encuentra obligado con su pasado ni con su futuro, que se considera libre respecto de todo lo que no sea el instante presente. La actitud de inmediatez y de rechazo hacia la tradición, implica un desprecio radical de todo el pensamiento anterior, así como una despreocupación por el futuro del mundo, por la naturaleza y sobre todo, por la fortificación de los lazos que unen al pasado con el presente y con el porvenir, con la *herencia de los predecesores*. El hombre de la modernidad es un hombre desorientado; prescinde de la orientación que proviene del pasado, carece de memoria, expectativas y proyectos, así como una falta de respeto de las opiniones e instituciones jurídicas de la tra-

⁴⁴³ GÓMEZ ROBLEDÓ, Antonio, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 145.

⁴⁴⁴ MASSINI CORREAS, Carlos I., "La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno", en *Doxa*, 21-II, 1998, p. 291.

dición.⁴⁴⁵

La desorientación y la falta de sentido, viene como consecuencia necesaria, cuando el hombre moderno pretende explicar todo de forma empírica a través del método exacto y preciso de la ciencia en el momento mismo de su aplicación. En esa aventura, la tradición, la conciencia histórica y cualquier otro elemento que sea sospechoso de contener alguna doctrina escolástica con fundamento metafísico u ontológico, era tildado de dominación absolutista. La modernidad optó por pasar al conocimiento inmediato de la experiencia, sin voltear atrás y sin darse cuenta, que esa misma forma de pensar, formaba parte ya de una tradición. El sujeto cartesiano ignoró por completo, que en el momento mismo de conocer, el sujeto se comprende así mismo, en su contexto, en su cultura y en su propia historia, en la que se plantea la pregunta sobre el objeto de estudio al que se le aplica el método: su presente, su pasado y su futuro, queda circunstanciado en el momento que conoce, es decir, en su contexto: su horizonte de comprensión.⁴⁴⁶

7) El contractualismo artificial

El Contractualismo político es el resultado de considerar desde una epistemología moderna, la nueva noción de hombre en su relación con la sociedad. De forma por demás predecible que la conjugación de un individuo absolutamente libre y autónomo con las exigencias evidentes, implicara una visión compatible con una visión del hombre en coexistencia con la sociedad civil. El derecho natural de carácter racionalista de los modernos no lograba explicar una sociedad civil y política humanamente posible desde las exigencias de la justicia y la equidad. Las ideas de Locke y Rousseau, partían de la base que el hombre no podía quedar en un estado de naturaleza, sino que era necesario un pacto hipotético, en el que necesariamente tendrían que sacrificar alguno de sus derechos, a cambio de que el Estado administre su libertad.⁴⁴⁷

La objeción se plantea desde el momento que, ese pacto, no respeta las exigencias de cientificidad que la misma modernidad preestableció. Los derechos humanos que se concebían irrenunciables *ab initio*, carecen de fundamento, y por ende, queda inexplicada la forma de cómo la voluntad

⁴⁴⁵ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 143-144.

⁴⁴⁶ *Infra* “Los paradigmas, la tradición jurídica y los principios”. Se considera a Gadamer como el principal impulsor de la hermenéutica filosófica que pugna por una reconsideración de la tradición, la comprensión histórica y los prejuicios, que tanto se han malinterpretado. En suma el *horizonte de comprensión* ante el cual se encuentra el interprete de los textos de cualquier naturaleza, principalmente para nuestros propósitos, las disposiciones de derecho fundamental.

⁴⁴⁷ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 146-148.

de la mayoría, no intervendrá en determinadas materias.⁴⁴⁸ Pues si el fundamento de los derechos humanos es hipotético, lo fundamentado también lo será.⁴⁴⁹

La finalidad del presente estudio, es demostrar que la historia nos ha dejado una advertencia muy clara y contundente: las decisiones en materia de derechos humanos por parte del poder político, tienen un límite que *no se puede reducir a parámetros meramente democráticos, bien intersubjetivos o formales, a través de un proceso comunicativo de toma de perspectiva mutua y dialógicamente consensadas*. En la legitimación democrática del poder político, debe imperar las buenas razones, plasmadas en la ley, la jurisprudencia o en cualquier acto del poder público, como resultado de la concreción de los principios de derecho fundamental que respeten, por una parte la dignidad de la persona humana, así como el consenso fundamental que protege el vínculo entre el individuo y la sociedad.⁴⁵⁰

8) El mercantilismo utilitarista de la burguesía liberal

Si el *citoyen* fue el modelo del hombre que creó al Estado y lo dotó de bases racionales a través del contrato; la economía engendrará al *bourgeois* que será el que configure las relaciones del individuo para satisfacer las necesidades materiales. El cambio de mentalidad del hombre moderno lo lleva a valorar más el éxito, que la intención puesta en su actividad. El progreso dependiente del mercado ya no es valor neutro, había que encauzar el egoísmo natural incontrolable de los individuos. Pronto el derecho de propiedad se convertiría, desde Locke, en derecho natural y modelo de los restantes derechos.⁴⁵¹

Los derechos fundamentales no son moneda de cambio, a merced del mejor postor o de la voluntad de las partes. La libre circulación de las mercancías, los negocios internacionales, así como todo el proceso de globalización comercial y de personas, no pueden desdeñar que los derechos no tienen un valor cuantitativo, al cual la modernidad quiso tasar por medio de la ley. Es decir, el valor cualitativo o cualificante de los derechos, no constituye un barómetro físico, que por procesos racionales se pueda medir de forma deductiva o matemática.

Los derechos de la modernidad, con la propiedad y la libertad como los

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 149.

⁴⁴⁹ HERVADA, Javier, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en *Persona y derecho*, 1982, pp. 243-256.

⁴⁵⁰ Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 355-388. En lo particular el epígrafe “El imperio del consenso y la dignidad humana: una advertencia de la historia”.

⁴⁵¹ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op.cit., p. 150-151.

más valiosos, representan los ejes estratégicos de una sociedad burguesa, que no atiende al bien común. En consecuencia, no es extraño que la *voluntad de poder*⁴⁵² de las naciones al inicio de la segunda mitad del siglo XX, fuera su acrecentamiento y su expansión, sin considerar el costo que vendría después para la humanidad en la Segunda Guerra Mundial.

Ahora bien, por lo que respecta al *modo de entender el derecho*, la antropología y la epistemología de la modernidad darían lugar a dos concepciones: *el iusnaturalismo racionalista y el positivismo jurídico*.⁴⁵³ El iusnaturalismo moderno sólo había pretendido un derecho positivo tras la ficción del contrato social. La epistemología y antropología modernas condujeron a percibir toda la realidad, incluyendo la jurídica, desde la perspectiva del individuo, olvidándose de la naturaleza relacional y social del Derecho. Es así como surge la dicotomía *derecho objetivo-derecho subjetivo* que dominará la teoría del derecho contemporánea, sobre todo hasta el quiebre que se produciría en el pensamiento jurídico como consecuencia de los excesos del nazismo durante la Segunda Guerra Mundial.⁴⁵⁴

Desde la *hermenéutica iusfilosófica* se le puede recriminar al concepto de derecho subjetivo, como perteneciente, por igual, a la doctrina del iusnaturalismo racionalista y al positivismo; siempre, en todos los casos, se comienza y acaba abordando los derechos desde la perspectiva del sujeto, del titular del derecho sin considerar los intereses y facultades de los demás individuos y de la sociedad en su conjunto. Las insuficiencias detectadas en las tesis del positivismo, dieron como resultado el intento de brindar una terapéutica a esos problemas, al grado de cuestionar la compatibilidad entre el positivismo y los derechos humanos.⁴⁵⁵

9) El nacimiento de los derechos humanos

Los derechos humanos nacieron en la época moderna como una deri-

⁴⁵² De alguna forma, la idea de la voluntad de poder, constituye la prefiguración de lo que posteriormente Hitler concibió, en una Alemania que tras su unificación tardía, llegaba en último lugar a la repartición del mundo capitalista y colonialista de la modernidad. Los ímpetus de conquista de la Alemania Nazi, se refleja en esa voluntad de poder de la raza aria; el desbordamiento de la necesidad de acrecentar el poder, para su mantenimiento y consolidación, como esa potestad natural de dominación hacia los pueblos más débiles y menos desarrollados. Esa aspiración, que más que una filosofía, una estrategia pragmática, desencadenaría sin lugar a dudas el *sentimiento del pueblo* de llevar al imperio Alemán, a un reinado que duraría mil años. La conclusión de esa vorágine de voluntad de poder, centrada en la instrumentalización del hombre y de la razón moderna de la ilustración, ya la conocemos. Véase NIETZSCHE, *La voluntad de poder*, pról. Dolores Castillo Mirat, trad. Aníbal Froufe, 17^a ed., Edaf, Madrid, 2009.

⁴⁵³ BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 52.

⁴⁵⁴ Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op.cit., p. 151-152.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 153-153.

vación del derecho subjetivo de libertad; de una libertad entendida en términos absolutos, como ausencia total de condicionamientos, desvinculada del hombre y de la verdad.⁴⁵⁶ Es así como surge el problema de los conflictos entre derechos, esto es, el *conflictivismo jurídico*; la vocación expansiva –como refiere Alexy– de los derechos fundamentales produce, inevitablemente, que cada vez que exista un litigio se interprete que las dos partes que intervienen en él, tienen realmente un derecho que reclamar.

El positivismo origina de forma necesaria la falta de unidad de cada derecho con un fundamento que le sirve, a la vez, de límite. Los conflictos son una consecuencia negativa porque, de un lado, la falta de límites impide que puedan ser resueltos de conformidad con criterios controlables; los choques entre derechos no podrán ser resueltos sin decidir la postergación de uno de los derechos en juego, quedando afectado el sentido último de su reconocimiento.⁴⁵⁷

5. PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Por otra parte, los problemas derivados del positivismo jurídico, son una consecuencia del triunfo de la epistemología moderna. Los derechos humanos como dimensión deontológica y axiológica del ordenamiento jurídico, traerá bastantes problemas al positivismo jurídico para la traducción de sus implicaciones prácticas, como para la forma de aproximarse al derecho; principalmente cuando se interpretan las normas iusfundamentales, que implican la ponderación de contenidos de valor.

1) Los derechos humanos y su asimilación en el positivismo jurídico

De forma paradójica, se fraguó desde el iusnaturalismo racionalista, la fundamentación de los derechos humanos en el positivismo jurídico. Dicha doctrina aportó la teoría de los derechos humanos, pero a comienzos del siglo XIX se enfrentó a una grave crisis que no pudo superar, cuyo fracaso fue, hasta cierto punto, inevitable.⁴⁵⁸ Surge entonces el positivismo legalista, como doctrina que no es nada fácil describir, en tanto que se agrupan una gran cantidad de pensadores con ideas muchas veces aparentemente heterogéneas entre sí, flexibles, o inclusive contradictorias con los postulados esenciales del positivismo clásico.

Norberto Bobbio ha sido una de los filósofos del derecho y de la políti-

⁴⁵⁶ SERNA, Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo” en MASSINI CORREAS, Carlos I., y SERNA, Pedro (eds.), *El derecho a la vida, op. cit.*, p. 47.

⁴⁵⁷ Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales, op.cit.*, p. 156-157.

⁴⁵⁸ CARPINTERO BENITES, Francisco, *Una introducción a la ciencia jurídica, op. cit.*, p. 82-114.

ca, que ha logrado hacer la más acabada aproximación teórica de los diversos tipos de positivismo, en función de sus principales tesis esenciales:

a) *Positivismo metodológico*. Como aproximación epistemológica avalorativa al estudio del Derecho (separación entre derecho y moral);

b) *Positivismo teórico*. Ciencia del derecho que se obtiene en concordancia con el anterior postulado epistemológico;

c) *Positivismo ideológico*. El Derecho, que le confiere a este último un valor positivo por el solo hecho de existir, o bien, sólo el derecho positivo es derecho justo.⁴⁵⁹

En la división tripartita que hace Bobbio, atendemos a la prevención que Pedro Serna manifiesta en torno a la tripartición que del concepto de derecho hacen los positivistas; al relacionarlo con una supuesta independencia entre el método, la teoría y el elemento ideológico. La distinción descansa en que los positivistas se han ido desmarcando de las tesis centrales o “núcleo duro” de la tesis positivista.⁴⁶⁰

El mismo Bobbio ha afirmado la imposibilidad de seguir sosteniendo el positivismo ideológico que considera la tesis de la obediencia al derecho como una obligación moral; así como las tesis de la plenitud, coherencia y aplicación mecanicista de las normas, sin abandonar la tesis teórica y metodológica. Por ello, se demuestra su incongruencia cardinal, pues si se rechaza la dimensión ideológica del positivismo jurídico, *se sustituye una ideología por otra con ropajes científicos*⁴⁶¹; como pretende mantener el positivismo incluyente que sostiene la no necesaria vinculación moral con el derecho, sosteniendo a la vez la eventual inclusión de elementos de moralidad, siempre que el operador jurídico los considere relevantes para la decisión. Fue así como Bobbio llegó a definirse como iusnaturalista en lo ideológico, y positivista en lo metodológico.⁴⁶²

2) Imposibilidad positivista de fundamentación de los derechos y fragmentación del discurso jurídico

El reduccionismo epistemológico del positivismo originó el dualismo entre moral y derecho. La visión del positivismo en materia de los derechos humanos, redundaba en esa dualidad; antes de ser positivizados por el legislador, los derechos pertenecen al campo de la moral, del deber ser, dentro del cual, no hay discurso racional posible para una epistemología positivis-

⁴⁵⁹ Véase BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 9ª reimp., trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2007, pp.41 y ss.

⁴⁶⁰ Véase SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos, De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006, p. 22.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁶² BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Madrid, Debate, 1993, pp. 237-241.

ta.⁴⁶³ Por lo cual, antes de la positivización de los derechos, estos no gozan de carácter jurídico ni son, por tanto, eficaces.⁴⁶⁴

La hermenéutica jurídica de los derechos fundamentales, buscará unir en un mismo discurso, el discurso del derecho y el discurso de la moral. Aceptar la dualidad del derecho no es aceptar su división tajante y desvinculada. La hermenéutica busca abandonar la dicotomía del derecho y la moral, para fundamentar el discurso de fundamentación y aplicación, en uno solo que predique más que la confusión, la *coexistencia comunicable entre las parcelas de la moral y del derecho*; principalmente en una hermenéutica analógica que avale una interpretación real y concreta, sin caer en dogmatismos ingenuos, ni tampoco en relativismos caóticos.⁴⁶⁵

Gadamer establecerá las bases, para que la interpretación del derecho, como problema hermenéutico fundamental, no sea un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que “comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión”.⁴⁶⁶

3) La autodeterminación de los sujetos de derecho

El pensamiento moderno del iusnaturalismo racionalista, atribuyó al concepto de dignidad humana, una vinculación indisoluble con la autonomía moral absoluta de dictarse normas a sí mismo; lo cual conduce, a la disgregación horizontal y vertical de la sociedad, y a la insolidaridad hacia los más débiles.⁴⁶⁷

La dignidad humana de la posmodernidad, generará un debate acentuado en el concepto de dignidad ligado al de libertad. La controversia estriba en relacionar a la dignidad y sus derivaciones en la personalidad del individuo, la esfera de libertad del titular de los derechos fundamentales. Si bien, la persona no será cuestionada en cuanto la disminución de la dignidad, como principio absoluto de protección en caso de conflicto entre derechos; el debate contemporáneo apuesta más por la proyección de la personalidad, a todos los ámbitos de la libertad como extensión y alcance de la dignidad humana. Por ende, el derecho de libertad, ligado a la dignidad humana y a la personalidad como derivación de aquella, acentuará

⁴⁶³ Ese dualismo es sostenido dentro del ámbito filosófico español, entre otros, por Gregorio Peces Barba. Véase CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op.cit., p. 161.

⁴⁶⁴ *Idem*.

⁴⁶⁵ Véase *Supra* “Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la *realidad coexistencial entre el derecho y la moral*.”

⁴⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 378.

⁴⁶⁷ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 165-167.

más la dicotomía entre norma y derecho fundamental.⁴⁶⁸

4) El formalismo procedimental en los derechos humanos

Los derechos humanos solo adquieren estatuto científico mediante la positivación y hasta entonces no pasan de ser valores impermeables a un conocimiento objetivo, como un auténtico *factum* frente al Derecho. La diferenciación entre un derecho y otro se llevará a cabo, partiendo de que cada derecho humano no reconoce más límites que los que le imponga su titular (principio de autonomía), excepto que su ejercicio afecte los derechos también en principio ilimitados de otras personas (principio de universalidad).⁴⁶⁹

A través de esa concepción, los derechos se vuelven como instrumentos o herramientas para satisfacer los deseos y aspiraciones de los individuos para conseguir los fines planteados por la autonomía de la voluntad, sin considerar la legitimación del medio relacionado con el fin; con ello una conexión entre un utilitarismo y el formalismo jurídico⁴⁷⁰, al atender únicamente a la satisfacción de las necesidades de la sociedad liberal, para legitimarlos a través de los procedimientos formales del derecho y proteger los intereses del individualismo económico.

5) El conflictivismo en los derechos fundamentales

Para Juan Cianciardo, la tesis toral del derecho moderno lo constituye el conflictivismo de los derechos fundamentales, que considera que el conocimiento del derecho debe centrarse en un conocimiento exacto, dejando de lado la razón práctica y sus derivaciones morales en criterios de corrección de los actos humanos. Los derechos humanos, por tanto, fueron concebidos como expresión de un hipotético derecho general de libertad, cuyo estatuto cognoscitivo dependía exclusivamente de la positivización estatal, único modo de reducirlos a “hechos”.⁴⁷¹

Es decir, el derecho moderno, en lugar de reconocer la existencia de núcleos deontológicos, como cualidades indisponibles del ser humano; concibió a los derechos como “hechos morales”, reducibles a fórmulas axiomáticas en las que necesariamente colisionan con las libertades de otra persona; el juzgador no tienen más que constatar esos “hechos” y es-

⁴⁶⁸ Fundamental para entender el debate contemporáneo en relación con la dignidad humana. Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad humana*, 2ª ed., Civitas-Thomson, Madrid, 2007.

⁴⁶⁹ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op.cit.*, pp. 167-168.

⁴⁷⁰ BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁷¹ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op.cit.*, pp. 169-171.

tablecer *reglas de precedencia condicionada* para determinar cuál derecho prevalece en perjuicio de otro.

El tratamiento dogmático de los derechos, bajo el esquema positivista, debía prescindir por completo de toda valoración, y su definición y alcance debía llevarse a cabo con base en el más puro formalismo: debía asegurar tanta libertad a cada uno como fuera posible -esquema si bien teóricamente coherente-, sin considerar que en la práctica se generaría un mundo jurídico plagado de conflictos entre los diferentes derechos.

Las libertades desteleologizadas, y transformadas en derechos, ya se trate de derechos naturales o de derechos positivados por vía constitucional, se enfrentan unas a otras: “derecho de información o derecho al honor”; “libertad de la mujer o vida del feto”; “libertad de empresa o justicia social”; y más recientemente: “ecología o desarrollo”; “ecología o vida humana”, etc., por lo cual el conocimiento exacto, disyuntivo o excluyente que exige el positivismo conlleva la desaparición de la analogía y complementariedad que necesariamente debe imperar en la interpretación de los derechos fundamentales.⁴⁷²

La carencia de criterios materiales de justicia, impide resolver los conflictos entre derechos, sin que se considere un criterio de corrección que tome en cuenta una aplicación hermenéutica de la analogía de los derechos. El formalismo se manifiesta impotente para el tratamiento de problemas que le son extraños dentro de las coordenadas de la modernidad; sin una ontología a la cual el operador jurídico pueda acudir y tenga la capacidad de conocer esos principios que ordenan las relaciones humanas con base en un criterio de legitimidad material, permanece incomprensible y degenera en imposición, en el mejor de los casos, de la mayoría, atendiendo de forma excluyente en un criterio de legitimidad formal.⁴⁷³

El derecho de la posmodernidad reclamará del positivismo jurídico, que cualquier contenido no puede ser derecho y que debe atender a valoraciones de tipo axiológico. Pero ahora el debate se traslada a que “los derechos pueden tener cualquier contenido, siempre que no choque con la libertad de otro”, cuando sabemos que la autonomía de la voluntad es la que fija ese contenido y sin un criterio claro e indisponible de sus límites.

6) Coercitividad unilateral y monológica de la autonomía del sujeto

Una de las consecuencias del conflictivismo, es que el Derecho se conciba como una imposición de su fuerza coercitiva, quedando a la discrecionalidad del juzgador, con base en *jerarquías móviles* a su capricho y sin razonar con fundamento en la realidad objetiva de los valores materiales

⁴⁷² *Idem.*

⁴⁷³ Cfr. COTTA, Sergio, *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, trad. Ismael Peidro Pastor, EUNSA, Pamplona, 1987, pp. 29-79.

de justicia.

Si bien es cierto, resulta imposible jerarquizar de manera previa desde la Constitución los derechos fundamentales, esa *jerarquía móvil*⁴⁷⁴ a la que hace referencia teóricos como Guastini, se adscriben a una posición escéptica de la interpretación, así como del método de la ponderación de principios; para Guastini no existe una interpretación Constitucional especial, en la cual se reconozcan principios y valores, sino la simple y crasa elección por el aplicador del derecho, del significado subjetivo de la norma.⁴⁷⁵

7) La disponibilidad de un derecho en pro de un “bien mayor”

La asepsia material y axiológica de la valoración moral, genera la inevitable postergación de un derecho fundamental a favor de otro, para lo cual acarrea de manera necesaria que nos encontremos en las coordenadas del conflictivismo. Carlos Santiago Nino deja de manifiesto y de forma muy clara, el inevitable conflicto entre derechos y la postergación de uno de ellos a favor del otro.

*[...] hay casos en los que el conflicto de derechos no puede disolverse o resolverse y no hay más remedio que optar entre los derechos en conflicto. Una posición liberal deontológica debe enfrentar estas situaciones con la percepción de que hay derechos que resultan violados, percepción que tiene implicaciones respecto de la cautela con que debe procederse, de la necesidad de oír, en lo posible, a los afectados, de la necesidad de indemnizarlos cuando ello es factible, etcétera. La combinación del principio de inviolabilidad de la persona con el de autonomía implica que, cuando una violación de derechos es inevitable para no violar otros derechos, hay que optar por la menor violación, y ello conlleva sacrificar el bien de menor jerarquía —en función de su centralidad para la autonomía— independientemente, dentro de límites razonables, del número de personas que detentan los bienes de una y otra jerarquía [...]*⁴⁷⁶

Si bien es cierto que aceptamos una *jerarquía móvil*, no apriorística, para resolver conflictos entre derechos fundamentales, conforme a la concepción de Nino, esa jerarquía se define como conflictivista; pues cuando es necesario “violiar” un derecho, se opta por la menor violación, lo cual confirma que un derecho se puede menoscabar a favor de otro de “mayor” importancia. Sin embargo, para nosotros, cuando resulta un conflicto entre derechos, para resolverlo, es necesario introducirnos en un discurso filosófico en el que se advierta el bien humano que está detrás de la norma jurí-

⁴⁷⁴ Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op. cit., p. 170.

⁴⁷⁵ Para una explicación clara del escepticismo de Guastini con respecto a la interpretación constitucional y la ponderación de los derechos fundamentales Véase MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 159-163.

⁴⁷⁶ NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 483-484.

dica iusfundamental. Por lo cual, si entendemos los bienes humanos, como cualidades indisponibles de las personas que se enfrentan en el litigio constitucional, entendemos sus límites y extensiones razonables, desde una perspectiva no conflictivista.⁴⁷⁷

6. LA PARADOJA DEL DERECHO MODERNO: EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO HIJO LEGÍTIMO DEL DERECHO NATURAL RACIONALISTA

La ausencia de criterios ontológicos para la fundamentación y legitimación del derecho, genera el formalismo jurídico, y con él, necesariamente deviene en la identificación entre Derecho y fuerza coercitiva; si el hombre es plenamente autónomo y la naturaleza humana nada puede decir sobre el contenido del Derecho, éste queda en manos del poder, de la autonomía y libertad del titular del derecho: será el más fuerte quien decidirá sin ningún control qué es lo justo y lo injusto: “si mi libertad carece de límites intrínsecos, impuestos por mi naturaleza, es el otro el que aparece como freno y límite a mi libertad y por tanto como enemigo”.⁴⁷⁸

El discurso sobre los derechos humanos se ve reducido a argumentaciones acerca de la conveniencia o inconveniencia de respetar ciertos criterios axiológicos que en principio obedecen a criterios formales, sobre los cuales, en última instancia, casi nada puede decirse: tanto da, para el conflictivismo, respaldar unos valores como otros⁴⁷⁹, sin que sea el derecho el que disponga de parámetros objetivos en los cuales el operador jurídico, pueda orientar su interpretación cuando determina el límite de esas libertades a través de razonamientos plausibles en relación con el contorno y el alcance de un derecho fundamental.

El iusnaturalismo racionalista y el positivismo hablan un mismo lenguaje: el *discurso filosófico del iluminismo jurídico*, que ha discutido por más de doscientos años, tesis que parten de los mismos fundamentos antropológicos, epistemológicos y jurídicos. En el fondo, yace la idea del esta-

⁴⁷⁷ Nuestra propuesta de solución de conflictos entre derechos fundamentales se sitúa desde una versión no conflictivista en el *principio de concordancia práctica* que formula Konrad Hesse, influenciado de manera muy importante por la hermenéutica de Gadamer. El principio de concordancia práctica alude medularmente a que “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos *deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad*. Allí donde se produzcan colisiones *no se debe*, a través de una precipitada “ponderación de bienes” o incluso abstracta “ponderación de valores”, *el uno a costa del otro*.” HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 67. Las cursivas son nuestras. *Infra* (2) Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista: el aporte de Gadamer a la hermenéutica constitucional de Konrad Hesse”.

⁴⁷⁸ BALLESTEROS, Jesús, “Estudio introductorio”, en COTTA, Sergio, *Itinerarios humanos del derecho*, 2a. ed., Pamplona, EUNSA, 1978, p. 14.

⁴⁷⁹ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 172-173.

do de naturaleza pesimista de Thomas Hobbes, de que el hombre es el lobo del hombre (*Homo homini lupus*). Es una incongruencia mayúscula, que los puntos controversia, sean las mismas bases del derecho moderno para fundamentar las normas positivas, en tanto deber moral de obediencia del derecho (positivismo ético) con independencia de su contenido moral y como emanación de derecho justo; por el solo hecho de haber sido emitido conforme al proceso de producción normativa, por la autoridad legitimada democráticamente: el legislador.

En otras palabras, el positivismo jurídico fue el que inició el debate en contra del iusnaturalismo racionalista. Las críticas a las que se refería la doctrina kelseniana principalmente, iban encaminadas a cuestionar los mismos fundamentos sobre los cuales se cimentó el positivismo. La idea del derecho moderno desde su teoría “pura”, se sostiene en el reduccionismo científico, la primacía del método y el rechazo de la razón práctica; la autonomía y la libertad absoluta del sujeto, así como todos los elementos que ya quedaron mencionados, fueron las bases fundamentales sobre las cuales se cimentó el positivismo.

El origen del contractualismo político, es el derecho natural racionalista. Por lo cual, el positivismo en su crítica al derecho natural, luchaba con su sombra, levantando sobre sí mismo y sobre la polémica, *cortinas de humo* en las que a simple vista no se lograba avistar, el *leviatán de dos cabezas* que resguardaba los ideales de libertad, igualdad y fraternidad del proyecto ilustrado, centrados sobre todo en el progreso económico. No es casualidad que el derecho de propiedad se haya considerado por John Locke como una extensión del derecho a la vida, y con ello la protección del bien máspreciado de la clase burguesa.

Por ello se puede afirmar válidamente que el hijo legítimo del derecho natural racionalista es el positivismo jurídico que nació en el periodo ilustrado, como una transformación natural de sus bases ideológicas y sobre todo, como la filosofía que buscaba dar fundamento a la prevalencia de los derechos de la naciente burguesía liberal.

La paradoja del positivismo jurídico de nuestros días, ha sido el *enfoque metodológico avalorativo*; una fuente social que se describe, sin valorar su contenido. Coincidimos con Cianciardo -desde un enfoque hermenéutico- cuando afirma que la aproximación positivista a los derechos fundamentales será muy cercana a la del iusnaturalismo racionalista, sobre las nociones modernas de autonomía y libertad;⁴⁸⁰ en la época de la modernidad del sujeto cartesiano, constituyen la misma fundamentación tanto para el iusnaturalismo racionalista, como para el positivismo: la reducción de la realidad humana a axiomas de conducta. La hermenéutica iusfilosófica se presenta como la *tercera vía*, como opción de *disolución de dicha dialéc-*

⁴⁸⁰ Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op.cit., p. 160-161.

tica.⁴⁸¹

El establecimiento de una nómina nutrida de derechos fundamentales en la Constitución, el principio de supremacía constitucional, el control de constitucionalidad, y ahora, el control de convencionalidad, han sido los principios que rigen el paradigma de la Constitución en el derecho contemporáneo, como razones que permiten controlar el ejercicio a los abusos del poder y tutelar a las minorías frente al gobierno de las mayorías. La paradoja que subsiste, ante el planteamiento de las constituciones contemporáneas, con una enumeración abundante de derechos humanos, así como las garantías procesales para su cumplimiento, es que se siga sosteniendo la visión avalorativa y neutral del positivismo metodológico; esto es, que el derecho sea considerado como un hecho simple, al cual se le prohíbe toda valoración, con la consideración de que el derecho sólo describe los hechos que nacen de las fuentes sociales.⁴⁸²

La postura del derecho neutral, pero al mismo tiempo crítico de sus contenidos, deviene en incongruente y arbitrario; al final, si la valoración resulta contingente –por ende la relación derecho y moral–, el operador jurídico tendrá plena discreción para introducir principios y valores morales en el discurso jurídico de justificación de las decisiones judiciales.⁴⁸³

CONCLUSIONES

1. La Ley Fundamental de Bonn y el nacimiento de los tribunales constitucionales: el Bundesverfassungsgericht.

A) Un factor esencial para el éxito de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, fue la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) a través de su jurisprudencia; la práctica jurisdiccional y los criterios del máximo órgano decisor de conflictos, han dado vida y vigor a los derechos fundamentales y a los principios rectores del Estado constitucional y democrático de la Alemania contemporánea.

B) Una de las sentencias más citadas por su carácter fundamental, fue la del caso *Lüth* del año 1958, en las que determina el TCFA diversos paradigmas interpretativos de la Constitución:

⁴⁸¹ *Infra*, “La hermenéutica jurídica como *tercera vía*: entre positivismo jurídico y derecho natural”

⁴⁸² *Cfr.* CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 160.

⁴⁸³ FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, *op. cit.*, pp. 314-318.

a) Que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado; sino encarna un *orden objetivo de valores* (*objektive Wertordnung*).

b) La consecuencia de que los valores o principios fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino para todos los ámbitos del Derecho, estableciendo y convalidando con este criterio el famoso concepto de *Drittwirkung* (eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares).

2. La Segunda Guerra Mundial y el régimen nazi

1) La doctrina del nazismo ¿positivismo o iusnaturalismo?

A) Sin abundar en la polémica de la justificación iusfilosófica del nazismo, es necesario dejar de lado los apasionamientos irracionales, cuando se ataca con virulencia y desmesura tanto a la postura iusnaturalista como a la iuspositivista, como las doctrinas que dieron el fundamento jurídico y justificación de las injusticias que se perpetraron en nombre del derecho en los regímenes totalitarios como el nacionalsocialismo de Alemania.

B) Implicar tanto al positivismo como al derecho natural con el nazismo, constituye una simplificación apresurada que descuida hechos notorios, y soslaya la complejidad y exigencia de matices que inciden en esta cuestión, obedece más a las circunstancias históricas y políticas de la época, con una fuerte dosis de fanatismo colectivo.

2) La banalidad del mal y la instrumentalización del derecho: Hannah Arendt y el individuo Eichmann.

A) Para Arendt, Eichmann no era el “monstruo”, el “pozo de maldad” que era considerado por la mayor parte de la prensa. Los actos de Eichmann no eran disculpables, ni él inocente, pero estos actos no fueron realizados porque Eichmann estuviese dotado de una inmensa capacidad para la crueldad, sino por ser un burócrata, un operario dentro de un sistema basado en los actos de exterminio.

B) Sobre este análisis Arendt acuñó la expresión *banalidad del mal* para expresar que algunos individuos actúan dentro de las reglas del sistema al que pertenecen sin reflexionar sobre sus actos. No se preocupan por las consecuencias de sus actos, sólo por el cumplimiento de las órdenes. La tortura, la ejecución de seres humanos o la práctica de actos *malvados*, no son consideradas a partir de sus efectos o de su resultado final, con tal que las órdenes para ejecutarlos provengan de estamentos superiores.

3. La fórmula Radbruch: la injusticia extrema no es derecho

1) La fórmula Radbruch y los Juicios de Núremberg.

A) Luego de los horrores del nacionalsocialismo y la Segunda Guerra Mundial, Radbruch cambió su credo relativista y positivista para afirmar al derecho como ciencia de la cultura y valorativamente plena.

B) En 1946 construyó su famosa *fórmula de la insoportabilidad*, la cual, de manera sintética, expresa: *la injusticia extrema no es Derecho*, misma que en su obra *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* señala: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, *a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse “como falso derecho” y ceder el paso a la justicia.*”

2) *La fórmula Radbruch y su reformulación por Robert Alexy.*

A) En la versión alexyana el argumento de la injusticia se traduce cuando se traspasa un *umbral de justicia* y alcanza una medida insoportable, de tal suerte que sea catalogada como una injusticia extrema y por ende no se puede considerar derecho.

B) Alexy complementa su análisis de la injusticia extrema con el argumento de los principios, el cual resulta aplicable para situaciones de la vida cotidiana normal, a diferencia del estado de cosas que prima en situaciones extraordinarias de injusticia extrema como en el régimen nazi.

4. *Los presupuestos de la modernidad en el derecho: el origen del conflictivismo*

1) *El cientificismo acrítico de la modernidad.*

A) El derecho moderno, está sustentado en ficciones, mitologías y reduccionismos. La ficción de la seguridad jurídica, la mitología de la ley y el reduccionismo de la pureza metódica, son los paradigmas fundamentales en los que el derecho moderno de la codificación y del principio de legalidad, encumbraron la más crasa impostura en contra del derecho.

B) La ficción más importante para el positivismo es que el derecho podría tener cualquier contenido en función de su carácter meramente descriptivo, tal y como llegó a afirmar la más acabada expresión del derecho racionalista: *la teoría pura del derecho* de Hans Kelsen.

C) El conocimiento de la modernidad, se centra en una *epistemología reduccionista*, que desconfía de las posibilidades de la razón humana para conocer la corrección o incorrección de sus actos, desde el punto de vista de la razón práctica que pregona la filosofía moral de carácter objetivista; cercena notablemente el objeto del conocimiento científico y en sus notas esenciales se sintetiza el programa científico de la modernidad.

D) Con la modernidad se inició un afán de exactitud, precisión y demostrabilidad “segura” en todos los ámbitos de la vida humana. En ese contexto Heidegger cuestionará la correlación ciencia-técnica. No es la ciencia la que engendra a la técnica, como su mera consecuencia práctica; es la técnica la que ha engendrado a la ciencia, estableciendo un inhumano *primado del hacer sobre el pensar*.

E) No es coincidencia que para Kelsen, la ciencia del derecho sea una

disciplina meramente descriptiva en la que no se pueda mezclar ningún tipo de valor moral o de política: una ciencia “pura”.

2) *Metodismo reduccionista de la ciencia.*

A) Descartes cuando formula su *Discurso del Método*, alude de forma representativa al derecho, y en lo particular a las leyes que emiten los Estados para su mejor organización: *la multiplicidad de leyes y preceptos normativos que se deduzcan de la lógica, podría ser suplida con las reglas del método, a las que se deberá ceñir el aplicador de tal modo que ni por una sola vez fueran incumplidas bajo ningún pretexto.*

B) Descartes deja en claro el enfoque *monológico y unívoco* bajo el cual, cualquier ciencia que se precie de serlo, deberá cumplir con las reglas del método de forma absoluta y sin excepción alguna, para considerarse como conocimiento verdadero.

C) Las reglas del método a las que refiere Descartes, de manera muy resumida consisten en las siguientes.

1. *La duda metódica.* Para Descartes el método científico se distinguía por poner en duda todo lo que en principio se presentaba como verdadero: “lo que con toda evidencia no reconociese como tal, evitando cuidadosamente la precipitación y los prejuicios, y *no aceptando como cierto sino lo presente a mi espíritu de manera tan clara y distinta que acerca de su certeza no pudiera haber la menor duda.*”

2. *Fragmentación del razonamiento práctico.* La segunda regla establece que para resolver un problema con el que tropieza la inteligencia al investigar la verdad, es necesario *dividir cada una de las dificultades en tantas partes como fuera necesario para resolverlas.*

3. *Complejización progresiva.* Para la tercera regla del método científico cartesiano, *el conocimiento debe ser ordenado*, empezando siempre por los más sencillos, elevándose por grados hasta llegar a los más compuestos, y *suponiendo un orden en aquellos que no lo tenían por naturaleza.*

4. *La prevención del funcionalismo sistémico de Hans Kelsen y Niklas Luhmann.* El pensamiento complejo, puede desembocar en *funcionalismo sistémico* en los términos planteados por la teoría de sistemas de la sociedad de Niklas Luhmann, o bien reafirmar el positivismo sistemático de la teoría pura kelseniana.

5. *El sistema jurídico y su reduccionismo científico.* La última regla del método, consiste en hacer *enumeraciones tan completas y generales*, que proporcionan la seguridad de no haber incurrido en ninguna omisión.

3) *Separación entre ser y deber ser o de la indebida transición ontológica de la metafísica: la falacia naturalista.*

A) Se trata de la indebida transición del *ser* al *deber ser*; describir lo que una cosa es, para prescribir como *debe ser*.

B) En el constitucionalismo contemporáneo no-positivista como el neo-constitucionalismo, el derecho y la moral si bien están vinculados, -y por ende, *ser y deber ser-*, la apuesta de la *teoría hermenéutica de los derechos*

fundamentales, es la coexistencialidad y complementariedad.

C) La vinculación meramente conceptual entre derecho y moral, bien de forma contingente o necesaria, podría repetir los defectos de la razón ilustrada de seguir fijando en la relación sujeto-objeto, entre juzgador y norma; el mismo metodismo ilustrado que dio origen al enfoque metodológico reduccionista de la ciencia moderna.

4) *El desconocimiento de la razón práctica por la razón teórica.* La separación radical entre *ser* y *deber ser* produjo, entre otras consecuencias, la desaparición de la razón práctica que permitía al hombre el conocimiento del buen obrar en el ámbito moral.

5) *Autonomía del sujeto de la modernidad.*

A) En la modernidad cada hombre se autoconstituye como legislador de sí mismo, con el único límite de no afectar a otras libertades como la suya. El hombre será realmente libre si no está sujeto al mundo, sino tampoco a sus semejantes: con Kant se sostiene que, cada hombre, es decir, cada individuo, constituye la única instancia legitimada para dictarse normas a sí mismo.

B) Cada sujeto en una situación ideal, al margen de las relaciones y condiciones sociales conocidas, no tiene ninguna obligación con respecto a los demás, porque el hombre aislado sólo se tiene a sí mismo y él, por un poder o por derecho que les es innato, sólo domina sobre sí mismo.

6) *Instanteísmo del sujeto moderno y la negación de la tradición.* La libertad de los modernos se sustenta en gran medida en el instanteísmo, que es la actitud del hombre que no se encuentra obligado con su pasado ni con su futuro, que se considera libre respecto de todo lo que no sea el instante presente.

7) *El contractualismo artificial.*

A) El Contractualismo político es el resultado de considerar desde una epistemología moderna, la nueva noción de hombre en su relación con la sociedad.

B) Las ideas de Locke y Rousseau, partían de la base que el hombre no podía quedar en un estado de naturaleza, sino que era necesario un pacto hipotético, en el que necesariamente tendrían que sacrificar alguno de sus derechos, a cambio de que el Estado administre su libertad.

8) *El mercantilismo utilitarista de la burguesía liberal.*

A) Si el *citoyen* fue el modelo del hombre que creó al Estado y lo dotó de bases racionales a través del contrato; la economía engendrará al *bourgeois* que será el que configure las relaciones del individuo para satisfacer las necesidades materiales.

B) El cambio de mentalidad del hombre moderno lo lleva a valorar más el éxito, que la intención puesta en su actividad. El progreso dependiente

del mercado ya no es valor un neutro, había que encauzar el egoísmo natural incontrolable de los individuos. Pronto el derecho de propiedad se convertiría, desde Locke, en derecho natural y modelo de los restantes derechos.

9) *El nacimiento de los derechos humanos.*

A) Los derechos humanos nacieron en la época moderna como una derivación del derecho subjetivo de libertad; de una libertad entendida en términos absolutos, como ausencia total de condicionamientos, desvinculada del hombre y de la verdad.

B) Es así como surge el problema de los conflictos entre derechos, esto es, el *conflictivismo jurídico*; la vocación expansiva –como refiere Alexy– de los derechos fundamentales produce, inevitablemente, que cada vez que exista un litigio se interprete que las dos partes que intervienen en él, tienen realmente un derecho que reclamar.

5. *Problemas epistemológicos del positivismo jurídico.*

Los problemas derivados del positivismo jurídico, son una consecuencia del triunfo de la epistemología moderna. Los derechos humanos como dimensión deontológica y axiológica del ordenamiento jurídico, traerá bastantes problemas al positivismo jurídico para la traducción de sus implicaciones prácticas, como para la forma de aproximarse al derecho; principalmente cuando se interpretan las normas iusfundamentales, que impliquen la ponderación de contenidos de valor.

1) *Los derechos humanos y su asimilación en el positivismo jurídico.* De forma paradójica, se fraguó desde el iusnaturalismo racionalista, la fundamentación de los derechos humanos en el positivismo jurídico.

2) *Imposibilidad positivista de fundamentación de los derechos y fragmentación del discurso jurídico.*

A) El reduccionismo epistemológico del positivismo originó el dualismo entre moral y derecho.

B) La visión del positivismo en materia de los derechos humanos, redundaba en esa dualidad; antes de ser positivizados por el legislador, los derechos pertenecen al campo de la moral, del *deber ser*, dentro del cual, no hay discurso racional posible para una epistemología positivista.

C) Por lo cual, antes de la positivización de los derechos, estos no gozan de carácter jurídico ni son, por tanto, eficaces.

3) *La autodeterminación de los sujetos de derecho.* El pensamiento moderno del iusnaturalismo racionalista, atribuyó al concepto de dignidad humana, una vinculación indisoluble con la autonomía moral absoluta de dictarse normas a sí mismo; lo cual conduce, a la disgregación horizontal y vertical de la sociedad, y a la insolidaridad hacia los más débiles.

4) *El formalismo procedimental en los derechos humanos.*

A) Los derechos humanos solo adquieren estatuto científico mediante la positivación y hasta entonces no pasan de ser valores impermeables a

un conocimiento objetivo, como un auténtico *factum* frente al Derecho.

B) La diferenciación entre un derecho y otro se llevará a cabo, partiendo de que cada derecho humano no reconoce más límites que los que le imponga su titular (principio de autonomía), excepto que su ejercicio afecte los derechos también en principio ilimitados de otras personas (principio de universalidad).

5) *El conflictivismo en los derechos fundamentales.*

A) Para Juan Cianciardo, la tesis toral del derecho moderno lo constituye el conflictivismo de los derechos fundamentales, que considera que el conocimiento del derecho debe centrarse en un conocimiento exacto, dejando de lado la razón práctica y sus derivaciones morales en criterios de corrección de los actos humanos.

B) Los derechos humanos, por tanto, fueron concebidos como expresión de un hipotético derecho general de libertad, cuyo estatuto cognoscitivo dependía exclusivamente de la positivización estatal, único modo de reducirlos a “hechos”.

C) La carencia de criterios materiales de justicia, impide resolver los conflictos entre derechos, sin que se considere un criterio de corrección que tome en cuenta una aplicación hermenéutica de la analogía de los derechos y de los bienes humanos que protegen.

6) *Coercitividad unilateral y monológica de la autonomía del sujeto.*

A) Una de las consecuencias del conflictivismo, es que el Derecho se conciba como una imposición de su fuerza coercitiva, quedando a la discrecionalidad del juzgador, con base en *jerarquías móviles* a su capricho y sin razonar con fundamento en la realidad objetiva de los valores materiales de justicia.

B) cuando es necesario “violiar” un derecho, se opta por la menor violación, lo cual confirma que un derecho se puede menoscabar a favor de otro de “mayor” importancia.

6. *La paradoja del derecho moderno: el positivismo jurídico como hijo legítimo del derecho natural racionalista.*

A) El origen del contractualismo político, es el derecho natural racionalista. Por lo cual, el positivismo en su crítica al derecho natural, luchaba con su sombra, levantando sobre sí mismo y sobre la polémica, *cortinas de humo* en las que a simple vista no se lograba avistar, el *leviatán de dos cabezas* que resguardaba los ideales de libertad, igualdad y fraternidad del proyecto ilustrado, centrados sobre todo en el progreso económico.

B) No es casualidad que el derecho de propiedad se haya considerado por John Locke como una extensión del derecho a la vida, y con ello la protección del bien máspreciado de la clase burguesa.

C) *Por ello se puede afirmar válidamente que el hijo legítimo del derecho natural racionalista es el positivismo jurídico que nació en el periodo ilustrado, como una transformación natural de sus bases ideológicas y sobre todo, como la filosofía que buscaba dar fundamento a la prevalencia de los dere-*

chos de la naciente burguesía liberal.

CAPÍTULO CUARTO
LA CONDICIÓN POSMODERNA DEL DERECHO

SUMARIO: 1. La condición posmoderna en el derecho: 1) La mo-

modernidad como presupuesto de lo posmoderno. 2) La posmodernidad: el fin de los grandes relatos y la *koiné* del pensamiento occidental. 3) La condición posmoderna en el derecho: Jean François Lyotard: A) El fin de los grandes relatos: “*sed operativos, es decir, commensurables, o desapareced*”. B) Del *homo sapiens* al *homo videns*: el origen del *meme* como unidad mínima de conocimiento. C) La verdad performativa de la ley en la era de las tecnologías de la Información. 2. Crítica de la hermenéutica iusfilosófica a la posmodernidad: 1) La facticidad del Estado Posmoderno: Paolo Grossi y el orden jurídico incardinado en la sociedad. 2) La crisis del Estado moderno y sus pilares fundamentales: la ley, las fuentes del derecho y la jerarquía normativa. 3) La Constitución posmoderna y el desencanto de la codificación. 4) El derecho posmoderno y la hermenéutica del espacio común Europeo en el diálogo jurisprudencial. 3. Prevenciones al derecho posmoderno: 1) Crítica de la razón constructiva y sistemática de los relatos. 2) Pérdida de la noción de sujeto o subjetividad sin sujeto. 3) Ausencia de fundamento o inverificabilidad de la experiencia jurídica. 4. El Estado constitucional: un proyecto incompleto de la modernidad

La filosofía de la posmodernidad pretende reestructurar las bases desde las cuales, surgen los postulados filosóficos de la razón ilustrada que dio origen al mismo liberalismo burgués; y que en su momento desencadenaron las revoluciones, tanto norteamericana como francesa.

La posmodernidad, representa el fin de los grandes relatos y la koiné del pensamiento occidental. En palabras del ideólogo más importante de la posmodernidad, Jean François Lyotard, en *La condición posmoderna* cuestiona los grandes relatos de la modernidad, tales como socialismo, capitalismo y cualquier otra cosmovisión totalizante.

En ese orden de ideas es que la irrupción del posmodernismo viene aparejada con la crisis del estado, la crisis de la ley y la crisis de las fuentes del derecho, para plantear la nueva función del operador jurídico.

La novedad de la *Constitución posmoderna*, consiste en que la sociedad con sus valores e intereses, *irrumpe en un texto autorizado sin filtros de ninguna clase, hasta el extremo de que se puede contemplar ese texto como el fiel espejo de dicha sociedad.*

A la luz del paradigma hermenéutico de Gadamer, citamos a Paolo Grossi como el gran jurista que ha logrado traducir la transformación del derecho, en lo particular del *derecho común europeo y el diálogo jurisprudencial entre tribunales constitucionales e internacionales.*

Carlos I. Massini nos advierte del derecho posmoderno, pues principalmente en el ámbito de lo ético-jurídico, significa una *desfundamentación* del orden normativo: la razón moderna que lo justificaba racionalmente desaparece y la autoridad resulta sospechosa como encubridora de *dominación del sujeto: sujetar a los sujetos* según Foucault.

Con Rodolfo Vigo reafirmamos la confianza en el Estado de Derecho constitucional, sin dejar de advertir que en el proceso desencadenado por el mismo, se generan dudas e inquietudes, que resulta imprescindible

prestarles atención. *El Estado constitucional es un proyecto incompleto*, el proyecto ilustrado de libertad, igualdad y fraternidad desde las aspiraciones de la revolución francesa y norteamericana.

1. LA CONDICIÓN POSMODERNA EN EL DERECHO

1) La modernidad como presupuesto de lo posmoderno

¿Ha fracasado la razón ilustrada que heredamos de la Edad moderna, ante la impotencia de dar respuestas a los problemas centrales del hombre? ¿Se puede seguir hablando de un proyecto universal de progreso totalizante después de la Segunda Guerra Mundial? Por estas preguntas, así como por sus derivaciones en las distintas parcelas de la realidad, la posmodernidad es un tema sumamente complejo y multidisciplinario, que no se puede tomar con una simple muestra de rechazo o de trivialidad académica. Los pensadores de la posmodernidad pertenecen al ámbito de la filosofía, la literatura, la sociología, el arte, así como de cualquier otra disciplina que bajo una visión amplia, se pregunte por el fenómeno posmoderno, en las que desde luego se encuentra el derecho.

Para Mauricio Beuchot, el fenómeno posmoderno, en ocasiones llamado *tardomodernidad*, ha recibido muchas connotaciones, pero en general puede entenderse principalmente como una reacción contra la modernidad. Los puntos de discusión en los que se centra la crítica de la posmodernidad hacia la modernidad, han sido de muy distinta índole, y en ocasiones no se tiene muy en claro sus postulados esenciales. Sin embargo, en términos generales la filosofía posmoderna más conocida y más característica, constituye la que se ha formulado en el contexto de las más célebres críticas a la modernidad en filósofos como Jean François Lyotard, Gilles Deleuze, Jacques Derrida, Emmanuel Levinas, Gianni Vattimo y Richard Rorty.⁴⁸⁴

Las nuevas corrientes teóricas y filosóficas, mantienen encendida la discusión respecto del alcance de las conclusiones a las que se llegaron con posterioridad al término de la Segunda Conflagración Mundial dentro de las ciencias, la filosofía, la ética, la política y el derecho. Habermas confirma que *la modernidad es un proyecto incompleto*⁴⁸⁵; en lugar de abandonar la modernidad y su proyecto como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de los programas extravagantes que han tratado de negar la modernidad.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ BEUCHOT, Mauricio, *Historia de la filosofía en la posmodernidad*, 2ª ed., Torres, México, 2009, p. 8

⁴⁸⁵ Véase HABERMAS, Jürgen, "La modernidad, un proyecto incompleto" en HABERMAS, Jürgen, *et. al.*, *La posmodernidad, op. cit.*, 2008.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 32.

El proyecto de la modernidad todavía no se ha completado, apunta a una nueva vinculación diferenciada de la cultura moderna con una praxis cotidiana que todavía depende de herencias vitales, pero que se empobrecería a través del mero tradicionalismo.

Sin embargo, para Habermas, esta nueva conexión solo puede establecerse bajo la condición de que la modernización social será también guiada por una dirección diferente; la gente ha de llegar a ser capaz de desarrollar instituciones propias que pongan límites a la dinámica interna y a los imperativos de un sistema económico casi autónomo y sus complementos administrativos.⁴⁸⁷

La posmodernidad es una nueva forma de ver la modernidad y al proyecto ilustrado con sus principales postulados de la libertad, igualdad y fraternidad. La modernidad que empezó con la Revolución Francesa, no concluyó sus aspiraciones racionales, de conceder al hombre la oportunidad de conocerse como un ente capaz de transformar la realidad sin auto-destruirse.

Desde el proyecto ilustrado hasta la utopía marxista, la razón se forjó en un *factor de cambio para transformar la realidad*⁴⁸⁸, pero esa transformación en ningún momento concibió un límite o fundamento de esa libertad desde la misma razón.

Cuando se critica a la modernidad desde claves posmodernistas, se parte desde la misma modernidad; pero con la pretensión de elaborar una visión de la realidad particularista desde una sociedad pluricultural. Es decir, *no se es posmoderno si antes no se parte de las categorías de la modernidad*. Por ello las estructuras posmodernas pretenden reestructurar las bases desde las cuales, surgen los postulados filosóficos de la razón ilustrada que dio origen al mismo liberalismo burgués; que se desencadenó desde las revoluciones, tanto norteamericana como francesa.

Lo que es común en la filosofía posmoderna, es la visión pesimista del hombre y de la razón ilustrada que desde el periodo de las luces, ofreció una opción política y jurídica para la ordenación de la sociedad con los valores del progreso, la igualdad, la libertad y el desarrollo del individuo con dirección exclusiva del Estado. Esa propuesta de la realidad, fue proporcionada desde un conocimiento abstracto y formal; como mera declaración con escasos efectos prácticos en las constituciones, en el ordenamiento jurídico en general, así como en las resoluciones jurisdiccionales.

La cuestión tiene como corolario, la seria incongruencia sobre la que se cierne el uso de esa misma razón ilustrada, como la causante de generar las graves injusticias de la maquinaria genocida del nacionalsocialismo en la Segunda Guerra Mundial; que inició en Alemania, con Hitler como su lí-

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁸⁸ Véase MARX, Carlos, *Tesis sobre Feuerbach*, Bruselas, 1845. La tesis 11° postula: “Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo.”

der indiscutible, elegido democráticamente.

De modo que para la filosofía posmoderna, la razón ilustrada se vuelve sospechosa de encubrir los más viles propósitos de dominación y de control por parte del poder despótico en perjuicio del pensamiento del hombre libre y su esperanza de justicia como lo denuncia Max Horkheimer⁴⁸⁹ desde la teoría crítica.

La *dialéctica de la ilustración*⁴⁹⁰, como la denominaron Max Horkheimer y Theodor W. Adorno, expresa la conciencia de la densa complejidad de los procesos que dieron lugar a la modernidad y que desde ahora están a punto de superarla sin llevar consigo esos momentos de verdad. Es decir, la posmodernidad conlleva una ambigüedad insalvable: los cambios que requiere el mundo occidental, no se pueden realizar sin los valores que la ilustración configuraron para la identidad de nuestra cultura (libertad, igualdad y fraternidad); pero a la vez, esos cambios pueden dar lugar a su liquidación y definitiva culminación. El proceso de cambio y desarrollo que prometió la razón ilustrada, sin un panorama cierto y verdadero, fue una encubridora dominación política y económica del poder instrumental de la burguesía liberal.

El pesimismo, la desilusión y la sospecha en la ideología burguesa que dio nacimiento a la Edad Moderna como visión estratégica de protección de la propiedad individual, han marcado sin duda alguna los desarrollos teóricos tanto en la filosofía, el derecho y la política, para la ardua tarea de arrancar los vestigios que dieron fundamento ideológico a los totalitarismos que provocaron la Segunda Guerra Mundial. Lo que es una realidad incuestionable, es que la razón ilustrada de la modernidad ha llegado a su fin y la idea de progreso y desarrollo se encuentran en una crisis endémica –como adelantamos con Kaufmann-⁴⁹¹, para lo cual la hermenéutica filosófica hace un análisis desapasionado de los derroteros que el derecho posmoderno deba tomar, para reformular la idea de progreso y bienestar de las sociedades globalizadas de los Estados constitucionalizados.

Por otra parte, el mismo Habermas⁴⁹² citando a Octavio Paz -a quien lo considera como un compañero de viaje de la modernidad-, la vanguardia de 1967 en todo el mundo, repite las acciones y gestos de 1917, en el que se experimentaba el fin de la idea de lo moderno desde la poesía, la literatura y la cultura en general, en los siguientes términos:

Desde su origen la poesía moderna ha sido una reacción frente, hacia y contra

⁴⁸⁹ HORKHEIMER, Max, *Crítica de la razón instrumental*, op. cit.

⁴⁹⁰ HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor W., *Dialéctica de la ilustración, Fragmentos filosóficos*, 9ª ed., introducción y traducción de Juan José Sánchez, Trotta, Madrid, 2009.

⁴⁹¹ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, op. cit., pp. 3 y ss.

⁴⁹² HABERMAS, Jürgen, “La modernidad, un proyecto incompleto” en HABERMAS, Jürgen, *et. al., op. cit.*, p. 23 y 29.

la modernidad: la Ilustración, la razón crítica, el liberalismo, el positivismo y el marxismo. De ahí la ambigüedad de sus relaciones —casi siempre iniciadas por una adhesión entusiasta seguida por un brusco rompimiento— con los movimientos revolucionarios de la modernidad, desde la Revolución francesa a la rusa. En su disputa con el racionalismo moderno, los poetas redescubren una tradición tan antigua como el hombre mismo y que, transmitida por el neoplatonismo renacentista y las sectas y corrientes herméticas y ocultistas de los siglos XVI y XVII, atraviesa el siglo XVIII, penetra en el XIX y llega hasta nuestros días. *Me refiero a la analogía, a la visión del universo como un sistema de correspondencias y a la visión del lenguaje como el doble del universo.*⁴⁹³

En otro lugar, Octavio Paz, refiriéndose al contexto histórico y político cultural de América Latina, hace referencia a una especie de “normalización” de la filosofía en general, con una influencia determinante para la filosofía del derecho en lo particular. La modernidad en Latinoamérica, había nacido como una proyección de la visión universal de la monarquía hispánica, que adopta una pluralidad de naciones y que se sustentaba en una filosofía: el neotomismo.

Esa construcción política y la filosofía que justificaba fueron disipadas por la historia, pero los cimientos, la fundación —la lengua, la cultura, las creencias básicas— resistieron a los cambios. Después concebimos un proyecto no menos universal: la modernidad republicana y democrática. La realización de ese proyecto exigía una *crítica radical de nuestro pasado y de nuestra cultura. Tras muchas vicisitudes hemos penetrado en el mundo moderno. Vivimos en un periodo de transición e ignoro cuál será el resultado de ese gran proceso de cambio. En todo caso, puedo decir que nuestra suerte será la de la modernidad [...] y la modernidad está en crisis.*⁴⁹⁴

La posmodernidad marca el punto de quiebre con la razón ilustrada de la modernidad. La desilusión de la razón ilustrada desde la posguerra, trae como consecuencia necesaria el resquebrajamiento del “gran relato” que unifique las aspiraciones de las sociedades modernas globalizadas, con fuertes acentos de multiculturalidad. La propuesta posmoderna de Constitución, se encuentra alejada —ya no de hace poco—, como proyecto totalizante que de forma estática presuponga todas las respuestas a los conflictos que aquejan a las sociedades de nuestro tiempo.

La pretensión de unidad y de coherencia que formula la Constitución contemporánea se centra más en proyecciones de un sistema jurídico más modesto en cuanto a sus aspiraciones de ordenar la realidad desde un punto de vista abstracto; pero a la vez más complejo y sofisticado en cuanto a la exigencia de una interpretación y argumentación jurídica de las normas de derecho fundamental en el plano concreto, y de la que es propicia la herme-

⁴⁹³ PAZ, Octavio, prefacio a *Los Hijos del limo (Del romanticismo a la vanguardia)*, Seix Barral, Barcelona, 1974. Las cursivas son nuestras.

⁴⁹⁴ PAZ, Octavio, *Huellas del peregrino*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, pp. 209-210. Las cursivas son nuestras.

néutica filosófica para la concreción de los principios jurídicos que contienen.

2) La posmodernidad: el fin de los grandes relatos y la *koiné* del pensamiento occidental

Como lo veremos en el siguiente epígrafe, Jean François Lyotard conceptualiza a la *condición posmoderna*, como el fin de “grandes relatos” de la modernidad, tales como la emancipación del ciudadano, la realización del espíritu, la sociedad sin clases; todos ellos han quedado deslegitimados con el fracaso de la racionalidad ilustrada a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando se instrumentalizaron los saberes humanos para manipular al hombre y más grave aún, para exterminarlo.

En ese contexto, resulta complicado aplicar la terminología posmoderna al derecho contemporáneo, en virtud de que el término *posmodernidad* alude a diversas concepciones e impresiones que la actualidad exige del concepto. Como también la falta de un marco teórico válido, para poder analizar extensivamente todos los hechos que se van dando a lo largo de ese proceso, con el principal obstáculo proveniente de la falta de un sistema, una totalidad, un orden, una unidad, en definitiva coherencia.

Sin embargo, el término en cuestión ha sido utilizado por los teóricos del neoconstitucionalismo y en general del constitucionalismo contemporáneo positivista o no positivista, para dar cuenta del particularismo y constructivismo moral, así como la contextualidad que exige la indeterminación de las normas de derecho fundamental en el proceso *argumentativo-ponderativo*, producto del paradigma del Estado constitucional de las sociedades occidentales pluralistas.⁴⁹⁵

En la actualidad, puede hablarse de una posmodernidad en el Derecho (particularismo), con la paradoja de la preexistencia de un proceso de integración de un derecho global o derecho común (universalismo); a nivel económico, financiero, así como político ante el marco de integración de la Unión Europea principalmente, no sin soslayar sus complicaciones actuales.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ Véase NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio “Una introducción al constitucionalismo posmoderno y al pluralismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31 n° 1, 2004 pp. 115-136; ALDUNATE LIZANA, Eduardo “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo” en *Revista de derecho*, VOL. XXIII - n° 1 - Julio 2010, pp. 79-102.

⁴⁹⁶ Para una visión muy completa del proceso de constitucionalización de Europa, con las participaciones de Peter Häberle, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale Véase CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004. La salida de la Gran Bretaña de la Unión Europea –conocido dicho proceso como el Brexit–, así como la victoria de Donald Trump en los Estados Unidos, nos enfrenta a problemáticas inadvertidas para el futuro del orden jurídico y de la justicia constitucional, tanto nacional como regional en dicho continente; los efectos económicos, políticos, sociales y de cualquier otra índole, están aún por verse.

La paradoja del particularismo jurídico⁴⁹⁷, se origina en la obligación que tiene el juez constitucional de resolver los casos difíciles para integrarlos en las jurisprudencias nacionales, sin dejar de lado el diálogo jurisprudencial que se gesta en el control de convencionalidad de los derechos humanos; el juez nacional debe aplicar los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno, además de acatar las interpretaciones que las cortes internacionales de derechos humanos, lo que implica una fuerte pretensión de universalidad.

En ese contexto, Mauricio Beuchot, deja patente esa complejidad en lo que ha ocurrido en la filosofía posmoderna como la sostenida por Gianni Vattimo, cuando considera este último, que la hermenéutica se encuentra dentro del pensamiento posmoderno, como en los hermeneutas de la talla de Paul Ricoeur. Sin bien no incluye a Hans-Georg Gadamer, Vattimo considera de manera infundada, que la hermenéutica se encuentra colocada en el contexto posmoderno por haber sido crítica de la modernidad, además de que la hermenéutica ha pasado a ser la *koiné* de la posmodernidad, la *episteme* del mundo contemporáneo.⁴⁹⁸

La hermenéutica es la koiné del pensamiento occidental; el puente argumentativo que une la tradición anglosajona de la filosofía analítica con la filosofía continental europea, representada principalmente en la hermenéutica filosófica.

Por ello Vattimo habla de ese lugar privilegiado en el que se encuentra la hermenéutica; pues su posición se la ha ganado a pulso, ente la necesaria inclusión de una disciplina que de forma universal designa un lenguaje común válido para los operadores de la comunicación, en la interpretación de los textos de cualquier naturaleza.⁴⁹⁹

Que la hermenéutica sea tal *koiné*, se sostiene sólo, desde el punto de vista de la descripción factual. En el pasado gran parte de las discusiones filosóficas, la crítica literaria o la metodología de las ciencias humanas, tenían que rendir cuentas al marxismo o al estructuralismo, sin que por ello tuvieran que aceptar sus tesis; ahora la hermenéutica parece haber asumido esa misma posición central.

Cuando Gadamer publica *Verdad y método* (1960), la hermenéutica era un término especializado, que designaba aún, para la cultura común, una disciplina particular ligada a la interpretación de los textos literarios, jurídicos o teológicos; hoy el término ha adquirido, sin embargo, un significado filosófico mucho más amplio.⁵⁰⁰

La hermenéutica designa, bien como una disciplina filosófica específica, ya una determinada orientación teórica, o simplemente una “corriente”;

⁴⁹⁷ Véase BOUVIER, Hernán, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁴⁹⁸ BEUCHOT, Mauricio, *Historia de la filosofía en la posmodernidad*, op. cit., p. 10.

⁴⁹⁹ VATTIMO, Gianni, *Ética de la interpretación*, op. cit., pp. 55-56.

⁵⁰⁰ *Idem*.

pero en todos estos sentidos -y en ocasiones con una cierta ambigüedad inevitable- se reconoce de hecho, una centralidad que se testimonia por la presencia misma del término, de las temáticas hermenéuticas que buscan establecer con la filosofía un nuevo vínculo.⁵⁰¹

El hecho de haberse convertido en *idioma común hegemónico*, plantea plausiblemente a la hermenéutica unas exigencias y objetivos que son nuevos, con respecto, por ejemplo, al plan gadameriano de 1960; en relación a estas exigencias y objetivos es comprensible que la hermenéutica deba redefinirse, reduciendo la indeterminación en la que, justo en cuanto *koiné*, ha llegado a encontrarse.

Por ello Vattimo habla de que con frecuencia se ha designado a la “filosofía del lenguaje”, durante muchos años era análoga al concepto de *filosofía analítica* en el ámbito anglosajón; en la cultura americana de los últimos años, por hermenéutica se entiende más o menos toda la *filosofía europeo-continental contemporánea*, es decir: lo que antes, y en el mismo ámbito cultural, se ponía bajo el rótulo de *fenomenología* o de *existencialismo*, así son hermeneutas no sólo Gadamer o Ricoeur, sino también Derrida y Foucault, por ejemplo, o Apel y Habermas.⁵⁰²

Sin embargo -y como bien lo afirma Beuchot-, no resulta consistente adjudicar cualquier tipo de hermenéutica a la posmodernidad, sino una hermenéutica más precisa como la del mismo Vattimo, que pretende despojarse de elementos centrales de la hermenéutica como la referencia y la verdad (nihilismo hermenéutico), que para Gadamer y Ricoeur, no han sido dejadas de lado (universalidad de la hermenéutica). Por ello “No todo posmoderno es hermeneuta, ni todo hermeneuta es posmoderno; por eso hay que ejemplificar, para precisar un poco más.”⁵⁰³

Para nuestro estudio, resulta una cuestión primordial que desde la hermenéutica jurídica y filosófica, se plantean problemas tan complejos del sistema jurídico constitucionalizado, como el de la traducción de las normas iusfundamentales, cuyos valores es necesario concretarlos. Tales problemáticas, son las que se suscitan en las sociedades posmodernas que reclaman una noción de verdad, asequible a la necesidad de justificación práctica de las decisiones que impactan a esa misma sociedad, en sus bienes más preciados como la vida, la propiedad y la libertad.

El contexto posmoderno de la pérdida de legitimidad del derecho para cuestionar ¿Qué es lo que permite hoy decir que una ley es justa, un enunciado verdadero? Dicho cuestionamiento pone en el centro de la discusión del debate jurídico el concepto mismo de derecho y su relación con la moral, y de su metodología y epistemología para conocerlo y reconocerlo como válido y por tanto como justo.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 56.

⁵⁰² *Ibidem*, pp. 56-57.

⁵⁰³ BEUCHOT, Mauricio, *Historia de la filosofía en la posmodernidad*, op. cit., p. 10.

⁵⁰⁴ *Idem*.

3) La condición posmoderna en el derecho: Jean François Lyotard

A) El fin de los grandes relatos: “*sed operativos, es decir, conmensurables, o desapareced*”

En palabras del ideólogo más importante de la posmodernidad, Jean François Lyotard, en *La condición posmoderna* cuestiona los grandes relatos de la modernidad, tales como la emancipación del ciudadano, la realización del espíritu, la sociedad sin clases. Los grandes relatos han llegado a su fin: tales *metarrelatos* sirvieron para que la edad moderna legitimaran sus saberes y sus actos. La posmodernidad viene a cuestionar la fundamentación de los “grandes relatos”, en tanto a que han agotado su sentido de legitimación.⁵⁰⁵

El hombre posmoderno ya no cree en ellos. En cambio los “decididores” actuales, le ofrecen como perspectiva el incremento del poder, la pacificación por la transferencia comunicacional. Es decir, el intercambio de la verdad, por la facilitación de la información en tanto sujeto capaz de controlar su destino, con base en esa misma información. Ese hombre sabe que el saber, cuando se convierte en mercancía informacional, es una fuente de ganancias y un medio de decidir; por lo que ahora *la pregunta fundamental se traslada de la verdad y su constatación, a la transmisión de la información y su control por esos decididores que la detentan.*⁵⁰⁶ La verdad se vuelve una mercancía, ya no por su contenido, sino porque en sí misma representa una información susceptible de asignarle un valor económico.

Para Lyotard la ciencia se encuentra en una pugna de origen con los grandes relatos de la modernidad, pues aquella obedece a sus propios criterios racionales para juzgar a los relatos, que en ocasiones son tildados de “fábulas” o cuentos sin fundamento en la experiencia y su constatación racional a través del *método de la experiencia*. Sin embargo, la ciencia mantiene la *paradoja inicial* en la que no se reduce a enunciar regularidades útiles y buscar lo verdadero.

Por el contrario, debe legitimar sus reglas del juego y mantener sobre su propio estatuto, un discurso de legitimación a través de un pensamiento filosófico, por ello formula de manera necesaria una *filosofía de la ciencia*; para Lyotard la filosofía que deriva en un *metadiscurso*, en el que recurre explícitamente a diversos relatos, según sea su interpretación de la realidad; “como la dialéctica del Espíritu, *la hermenéutica del sentido*, la

⁵⁰⁵ LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna*, 10ª ed., trad. Mariano Antolín Rato, Catedra, Barcelona, 2008, pp. 9 y ss. Para un análisis muy esencial de la filosofía posmoderna en la obra de Jean-François Lyotard en BEUCHOT, Mauricio, “Jean-François Lyotard (1924-1998) La posmodernidad diferente” en BEUCHOT, Mauricio, *Historia de la filosofía en la posmodernidad*, op. cit., p. 109 y ss.

⁵⁰⁶ LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna*, op.cit., pp. 9 y ss

emancipación del sujeto razonante o trabajador, se decide llamar “moderna” a la ciencia que se refiere a ellos para legitimarse.”⁵⁰⁷

En este aspecto resaltamos, la referencia a la *hermenéutica del sentido* con Lyotard, para cuestionar si la hermenéutica filosófica constituye un metarrelato; sin embargo, el cuestionamiento de Lyotard resulta infundado ante la pretensión de universalidad de la hermenéutica, pues los postulados de esta se refieren más a la naturaleza propia de la existencia humana en el acto de interpretar, y no tanto, la formulación de discursos alternativos que “legitimen” sus resultados desde los procedimientos metodológicos formales de la ciencia moderna.

En efecto, podríamos advertir en Lyotard una insistencia en el aspecto metodológico de la ciencia, en el cual, el procedimiento formal de fundamentación del discurso científico, incide en la “hermenéutica del sentido” como un “metarrelato” o “metadiscurso”; sin embargo, la hermenéutica no busca en el discurso racional, un método “alternativo” (meta-discurso) al acto mismo de interpretar los textos de cualquier naturaleza, ni tampoco establecer una serie de reglas o preceptivas a través de las cuales se legitiman sus conclusiones.

Por ende, el “método” de la hermenéutica –al que nos referimos a lo largo del estudio–, sostiene de manera coherente con la pretensión gadame-riana, el aspecto antimetodológico de la ciencia originaria de la filosofía. La hermenéutica, no busca establecer un método para la comprensión de los textos, sino las condiciones por las cuales el sujeto comprende; en cuya realidad interpretada ya se encuentra el sujeto como modo natural de ser: el *horizonte de comprensión*.

Ahora bien, para explicar lo anterior –el metadiscurso formal de la ciencia–, Lyotard proporciona un ejemplo específico del derecho, en el caso de la regla del consenso entre el *destinador* (legislador) y el *destinatario* (particulares) de un *enunciado con valor de verdad* (ley) será considerada aceptable si se inscribe en la perspectiva de una unanimidad posible de los espíritus razonantes: ese era el *relato de las Luces*, donde el héroe del saber trabaja para un buen fin épico-político, la paz universal.⁵⁰⁸

En suma, el proyecto de la burguesía liberal que concibe a los principios de libertad, igualdad y fraternidad como principios ingenuamente autónomos y no excluyentes. Es así como ese metarrelato implica su fundamentación en una filosofía de la historia como una *idea totalizante* de la razón al más puro sentido metafísico hegeliano, por el que se está cuestionando la validez de las instituciones que rigen el tejido social: también ellas exigen ser legitimadas. De ese modo, la justicia se encuentra referida al gran relato, al mismo título que la verdad, o sea, un *metarrelato ilustrado*.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ *Idem.*

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pp. 9-10.

⁵⁰⁹ *Idem.*

Para Lyotard, en un esfuerzo simplificador se tiene por “postmoderna”, la incredulidad con respecto a esos metarrelatos como un efecto del progreso de las ciencias, pero a la vez, el presupuesto de la ciencia es el mismo concepto legitimador de progreso. Es por ello que ante la *deshabilitación del dispositivo metanarrativo de legitimación*, corresponde especialmente la crisis de la filosofía metafísica, y la de la institución universitaria que dependía de ella. Lyotard afirma que lo posmoderno no forma combinaciones lingüísticas necesariamente estables y las propiedades de las que formamos no son necesariamente comunicables; inclusive, corrientes como el estructuralismo (Claude Lévi-Strauss) o la teoría de sistemas (Luhmann) –conocidas como filosofías posmodernas– constituyen una antropología newtoniana.⁵¹⁰

Lyotard pone en la *tecnología pragmatista* un acento esencial en el desarrollo y puesta en práctica de la posmodernidad, en desmedro de la filosofía y de la búsqueda por la verdad. Después de los grandes relatos, la legitimidad forma parte de ese nuevo sistema comunicacional y su operatividad tecnológica; no permite juzgar acerca de lo verdadero y de lo justo. El consenso se reformula y es el disenso lo que lleva a cabo la invención de esas nuevas verdades, que justifica su implementación en la pragmática de particularidades lingüísticas que en antropologías filosóficas.⁵¹¹ Es en ese aspecto que hemos resaltado que para la filosofía analítica sea más importante el lenguaje del discurso normativo que el contenido sustancial del derecho, como lo viene a proponer la hermenéutica.⁵¹²

El saber posmoderno no sólo es el instrumento de los poderes como medio de sensibilización ante las diferencias, así como en la capacidad de soportar lo inconmensurable: *lo posmoderno más que recurrir a los expertos, recurre a los inventores*. En esa reinención comunicacional, los decididores intentan adecuar esos esbozos de sociabilidad a matrices de *input/output*, según una lógica que implica la conmensurabilidad de los elementos y la determinabilidad del todo. La aspiración del sujeto comunicacional se vuelca al incremento del poder y su legitimación, tanto en materia de justicia social como de verdad científica, con la finalidad de optimizar las actuaciones del sistema: *la eficacia*. La aplicación del paradigma posmoderno se implementa en los *juegos del lenguaje* con cierto terror, blando o duro, con una conclusión lapidaria –desconcertante a nuestro parecer–: “*sed operativos, es decir, conmensurables, o desapareced.*”⁵¹³

La posmodernidad tiene una fecha de nacimiento, con la llamada época postindustrial, desde fines de los años 50’s, que para Europa señalan el fin de su reconstrucción después de la Segunda Guerra Mundial. El saber

⁵¹⁰ *Ibidem*, p.10.

⁵¹¹ *Idem*.

⁵¹² *Infra* “3. Hermenéutica filosófica y filosofía analítica”.

⁵¹³ LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna, op.cit.*, p. 10. Las cursivas son nuestras.

científico y tecnológico que acompaña a la era posmoderna, es una clase de discurso que se apoya en el lenguaje especializado de distintas disciplinas: la fonología y las teorías lingüísticas, los problemas de la comunicación y la cibernética, las álgebras modernas y la informática, los ordenadores y sus lenguajes, los problemas de traducción de los lenguajes y la búsqueda de compatibilidades entre *lenguajes-máquinas*, los problemas de la memorización y los bancos de datos, la telemática y la puesta a punto de terminales “inteligentes”, la *paradojología*: la lista no es exhaustiva.⁵¹⁴

La incidencia de esas transformaciones tecnológicas sobre el saber parece que debe de ser considerable. El saber se encuentra o se encontrará afectado en dos principales funciones: *la investigación y la transmisión de conocimientos*. Para la primera, un ejemplo accesible es la genética, que debe su paradigma teórico a la cibernética. Para la segunda, se sabe que al normalizar, miniaturizar y comercializar los aparatos, se modifican ya hoy en día las operaciones de adquisición, clasificación, posibilidad de disposición y de explotación de los conocimientos.⁵¹⁵

B) Del *homo sapiens* al *homo videns*: el origen del *meme* como unidad mínima de conocimiento

La multiplicación de los medios electrónicos de información, ha afectado y afectará a la circulación de los conocimientos tanto como lo ha hecho el desarrollo de los medios de circulación de hombres primero (transporte), de sonidos e imágenes después (*media*). Lyotard de forma visionaria, afirmó desde 1984 en que escribió *La Condición Posmoderna*: el futuro del intercambio de datos desde la perspectiva de los sistemas económicos y tecnológicos se centrará en las “nuevas posibilidades de diseminación de la memoria, en particular gracias a los semiconductores y a los *láser*s [...] Cada uno podrá muy pronto *almacenar a bajo precio la información donde quiera, y disponer de un aumento de la capacidad de tratamiento autónomo.*”⁵¹⁶

La naturaleza del saber sufrirá una transformación general, cuando la información pueda ser transmitida pueda ser traducible de forma operativa y los eventuales resultados sean homologados a un lenguaje de máquina. Los “productores” del saber, lo mismo que sus utilizadores, deben y deberán poseer los medios de traducir a esos lenguajes lo que buscan, los unos al inventar, los otros al aprender, como bien lo ha demostrado la hegemonía de la informática, se impone una cierta lógica, y, por tanto, un

⁵¹⁴ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁵¹⁵ *Idem*.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 15. La existencia de computadoras personales, memorias portátiles con alta capacidad de almacenamiento, *lap tops*, teléfonos inteligentes (*Smartphones*), *videojuegos (virtuales o de realidad aumentada)* y cualquier otro “*gadget*” o dispositivo electrónico móvil de almacenamiento y transferencia de información, confirman los pronósticos de Lyotard.

conjunto de prescripciones que se refieran a los enunciados aceptados como “de saber”.⁵¹⁷ Es así que en la era de la información, el lenguaje de la máquina impera sobre el lenguaje humano; se trata del imperio del significado binario del saber, en caracteres y símbolos que poco o nada tienen que ver sobre valores y principios de la existencia humana; es la transformación del *homo sapiens* en *homo informaticus*.

Como resultado de esa tecnologización del saber a través de las herramientas informáticas, se puede constatar de manera por demás evidente el presagio hecho realidad que afirmaba Lyotard, en cuanto a la potente exteriorización del saber con respecto al “sabiente”, en cualquier punto en que éste se encuentre en el proceso de conocimiento. En consecuencia el antiguo principio de que la adquisición del saber es indisociable de la formación (*Bildung*) del espíritu, e incluso de la persona, cae y caerá todavía más en desuso. “Esa relación de los proveedores y de los usuarios del conocimiento con el saber tiende y tenderá cada vez más a revestir la forma que los productores y los consumidores de mercancías mantienen con estas últimas, es decir, la forma valor.”⁵¹⁸

En ese contexto, Giovanni Sartori ya nos prevenía de la *revolución multimedia*, como un proceso que tiene numerosas ramificaciones (Internet, ordenadores personales, ciberespacio) y que, sin embargo, se caracteriza por un común denominador: *tele-ver*, y, como consecuencia, nuestro *video-vivir*. Sartori centra su atención en cómo la televisión –ahora con más fuerza el internet- ha transformado la cultura a través del vídeo, del *homo sapiens*, producto de la cultura escrita, a un *homo videns*; para el cual la palabra está destronada por la imagen⁵¹⁹, es decir, la secuencia de imágenes con audio, que da cuenta de manera instantánea de un acontecimiento, ha descartado la trasmisión de los saberes a través de la palabra escrita.

En ese sentido, todo acaba siendo visualizado. Pero ¿qué sucede con lo no visualizable (que es la mayor parte)? En primer lugar nos planteemos quién controla los medios de comunicación –en palabras de Lyotard los decididores-, no nos percatamos de que es el instrumento en sí mismo y por sí mismo lo que se nos ha escapado de las manos; en muchas ocasiones la misma televisión estimula la violencia, y también de que informe poco y mal, o bien de que sea *culturalmente regresiva*; aún más, *el acto de tele-ver está cambiando la naturaleza del hombre*. El mundo en el que vivimos se apoya sobre los frágiles hombros del “vídeo-niño”: un novísimo ejemplar de ser humano educado en el *tele-ver* –delante de un televisor- incluso antes de saber leer y escribir.⁵²⁰

La primacía de la imagen, la preponderancia de lo visible sobre inteli-

⁵¹⁷ *Ibidem*, pp. 15-16.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁵¹⁹ SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Buenos Aires, 1998, p. 11.

⁵²⁰ *Ibidem*, pp. 11-12.

ble, lo cual nos lleva a un ver sin entender; la vídeo-política, y el poder político de la televisión es la *paideia* (la educación cívica), en el crecimiento del *vídeo-niño*, en los procesos formadores de la opinión pública y en cuanto saber pasa, y no pasa, a través de los canales de la comunicación de masas. Sartori cita a Baudrillard cuando afirma “La información, en lugar de transformar la masa en energía, produce todavía más masa”. *La televisión, a diferencia de los instrumentos de comunicación que la han precedido (hasta la radio), destruye más saber y más entendimiento del que transmite.*⁵²¹

Sin embargo, los medios de información transmiten sólo aquello que nos mueve en determinada dirección, omite los temas más relevantes para la humanidad y su progreso cultural y educativo; selecciona y discrimina entre el mundo de la información, sólo aquello que vende por su nivel de popularidad, perdiendo de vista lo realmente importante. En este contexto afirma Sartori.

Lo que podemos ver en la televisión es lo que “mueve” los sentimientos y las emociones: asesinatos, violencia, disparos, arrestos, protestas, lamentos; y en otro orden de cosas: terremotos, incendios, aluviones e incidentes varios. *En suma, lo visible nos aprisiona en lo visible. Para el hombre que puede ver (y ya está), lo que no ve no existe. La amputación es inmensa, y empeora a causa del porqué y del cómo la televisión elige ese detalle visible, entre otros cien o mil acontecimientos igualmente dignos de consideración.*

*A fuerza de subinformar, y a la vez de destacar y exagerar las noticias locales, terminamos por “perder de vista” el mundo y casi ya no interesarnos por él. La necedad de los públicos educados por la televisión queda bien ejemplificada por el caso de Estados Unidos, donde la retransmisión de la caída del muro de Berlín en 1989 -probablemente el acontecimiento político más importante de este siglo (después de las guerras mundiales)- fue un fracaso televisivo. El índice de audiencia del acontecimiento mientras se ofrecía en directo por la cadena ABC, con dos importantes comentaristas, fue el más bajo entre todos los programas de esa franja horaria. Y la audiencia de la caída del muro de Berlín fue ampliamente superada (ese mismo año) por el estudiante chino frente al tanque en la plaza de Tiananmen, en Pekín: un evento de gran valor espectacular pero de escasa relevancia sustancial.*⁵²²

José Pablo Feinmann nos advertía en ese sentido: ¿Qué vemos por televisión cuando la televisión nos muestra la guerra de Irak, o cuando nos mostró la guerra del Golfo? Ahí hay un *sujeto comunicacional* que le da forma a una realidad que es la realidad que quiere que el mundo vea. En este contexto, el sujeto comunicacional podría representar la mirada del Imperio: *el Imperio bélico norteamericano quiere que el mundo vea sólo lo que el sujeto comunicacional constituye; le da forma a esos hechos que son nada menos que una guerra. El sujeto comunicacional funciona ahí como si*

⁵²¹ *Ibidem*, p. 12.

⁵²² *Ibidem*, pp. 84-85.

fuera el sujeto constituyente kantiano⁵²³ (el idealismo que postula: “solo hay un objeto para un sujeto”).

Feinmann relatando una famosa teoría de Jean Baudrillard -un filósofo posmoderno francés-, nos hizo reflexionar en ese aspecto: *La guerra del Golfo no ha tenido lugar*⁵²⁴. Pues en su concepto, no ha tenido lugar porque no vimos ni un solo muerto y veíamos como fuegos artificiales las bombas que caían sobre Bagdad. En realidad lo que ahí tuvo lugar fue una construcción que el sujeto comunicacional hizo sobre esa guerra. La construcción que hizo fue *transmitirle a todo el mundo como una guerra en la cual estallaban algunos fuegos de artificio y eso era todo lo que sabíamos. ¿Qué era la guerra en sí misma? Nunca lo supimos. Lo mismo con los acontecimientos de Irak: hay un sujeto comunicacional que constituye la realidad, le da forma y nos la entrega.*⁵²⁵

En ese orden de ideas, resulta relevante hacer referencia a lo que en la actualidad se conoce como el “meme” en las tecnologías de la información, en las redes sociales y en el internet en general. El nombre meme, tiene su origen en el concepto formulado por Richard Dawkins, quien en su libro *The Selfish Gene* (El gen egoísta) de 1976 expone la *hipótesis memética de la transmisión cultural*.⁵²⁶ Dawkins propone la existencia de dos procesadores informativos distintos en los seres humanos: el primer se desarrolla a partir del genoma gracias a la replicación de genes a través de las generaciones, y el segundo, actúa a nivel cerebral o psicológico, en el que se replica la *información cultural del individuo*, misma que es recibida por la educación, la enseñanza, la imitación o la simple asimilación.

La sociedad de la información es rapaz, no permite que un advenedizo pretenda salirse o hablar de manera distinta al *nuevo lenguaje cultural de la posmodernidad*, lo que se asemeja a un enjambre de abejas, en las mismas palabras de Dawkins: “La información se transmite con tanta eficiencia, mediante señales químicas y por la famosa “danza” de las abejas, que *la comunidad se comporta casi como si fuese una unidad con un sistema nervioso y órganos sensoriales propios. Los intrusos que vienen de fuera son reconocidos y rechazados con algo de la selectividad propia de un sistema de reacción de inmunidad de un cuerpo*”.⁵²⁷

⁵²³ Véase FEINMANN, José Pablo, “Hegel, el sujeto absoluto y la consolidación de la burguesía europea” en *Filosofía Aquí y Ahora I, encuentro 6*, [Programa audiovisual] Canal Encuentro del Ministerio de Educación de la República de Argentina, Proyecto de la Sociedad del Estado Educ.art, consultable en línea: <http://www.encuentro.gov.ar>

⁵²⁴ BAUDRILLARD, Jean, *La guerra del Golfo no ha tenido lugar*, trad. Thomas Kauf, Anagrama, Barcelona, 1991.

⁵²⁵ FEINMANN, José Pablo, “Hegel, el sujeto absoluto y la consolidación de la burguesía europea” en *Filosofía Aquí y Ahora I, encuentro 6, op. cit.*

⁵²⁶ DAWKINS, Richard, *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, trad. Juana Robles Suárez, Salvat, Barcelona, 1993.

⁵²⁷ *Ibidem*, pp. 193.194.

Dawkins nombra como “meme” a *la unidad mínima de información que se puede transmitir*; los memes conforman *la base mental de nuestra cultura*, como los genes conforman la primera base de nuestra vida. Posteriormente, Dawkins describió a los memes de Internet como un “secuestro de la idea original”, implicando que incluso el concepto de meme ha mutado y evolucionado por sí mismo, es decir, adquirió vida propia en el imaginario colectivo, ante la infinita creatividad de los cibernautas.⁵²⁸

Es así que la sociedad de las tecnologías de la información, han utilizado imágenes de personajes públicos, de películas, series de televisión, de las noticias o de los deportes, o cualquier otro personaje, producto o evento en el que se retratan sucesos, rostros tristes, alegres, enojados, etc., figuras, caricaturas y cualquier imagen que transmita una emoción de forma icónica o a través de cualquier grafía, para expresar precisamente su tristeza, enojo, alegría, o cualquier otro sentimiento.

El problema central es que a través de dicha transformación cultural, no se trasmite conocimiento, solamente emociones, y como tal, es información que a la vista de la sociedad de la información resulta “novedosa”, “entretenida”, “recreativa”, “valiosa” y para acceder a ella siempre se tiene que pagar un costo para acceder a ella, bien en el servicio (internet) o bien en la información misma. Sin embargo, muchas ocasiones esa información es una trivialidad, una novedad que se replica infinidad de veces en el ciberespacio y que a su vez es comentado en los círculos sociales o familiares.

Es decir, dicha unidad mínima de conocimiento icónico, logra su objetivo para replicar, imitar o mimetizar –por ello el término “meme”–, infinidad de veces su contenido chusco, grotesco o sarcástico; el *meme* ha logrado penetrar en el mundo de lo anónimo, del “se dice”, de la avidez de novedades por medio de la publicidad⁵²⁹, pero sin referir a un conocimiento que abone a la formación integral de la persona, a la cultura o a la tradición histórica.

Sin embargo, con la crítica que hacemos al *meme*, no pretendemos es-

⁵²⁸ Véase la conferencia en internet: DAWKINS, Richard, “Just for hits” en *You Tube*, publicado el 22 de junio de 2013 “Evolutionary biologist Richard Dawkins introduces the Saatchi & Saatchi New Directors' Showcase 2013 in Cannes and spreads his memes”. Consultado el 7 de Julio de 2016 en la siguiente liga:

<https://www.youtube.com/watch?v=GFn-ixX9edg>

⁵²⁹ Más adelante la referencia a Martin Heidegger, en su crítica a los chismes, la habladuría, al conocimiento inauténtico que se gesta en las sociedades modernas; en las que invade al saber filosófico la avidez de novedades con la incesante publicidad del mundo mediatizado de nuestros días. El “se dice”, es una forma de expresar de lo que la gente quiere en el inmenso mundo de la mercadotecnia del capitalismo global: se dice lo que hay que leer, se dice lo que hay que escuchar, se dice lo que hay que vestir, etc. *Cfr.* HEIDEGGER, Martin, *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*. Trad. de Jaime Aspiunza, Alianza, Madrid, 2008, pp. 17 y ss. *Infra* “5. Los principios como bienes humanos básicos reconocidos en la norma de derecho fundamental: John Finnis”

tigmatizar la facilidad con la cual se quiere comunicar algo de forma graciosa o sarcástica; pues a veces una imagen dice más que mil palabras. El problema es que el *meme* se convierta en la única vía de transmisión de “conocimiento”; y sólo sea a través de imágenes icónicas, la forma en la cual se pretendan comunicar ideas o argumentos, lo que evidentemente traería un empobrecimiento de la cultura y del saber científico y filosófico.

La formación como proceso integral de la educación, queda desorientado en relación a sus fines; ya no importa el contenido, que le hace al hombre enriquecer su conocimiento en plenitud para alcanzar la sabiduría. Para la era de la información, solo tiene valor el conocimiento de la información en sí misma, porque puede ser valorada en términos económicos, por la novedad que representa, el escándalo, la burla, el escarnio; y no tanto para conocer información valiosa para el desarrollo cultural, el progreso científico y en todo caso, la formación en valores y virtudes éticas y cívicas.

El saber que se tiene en la palma de la mano, la posibilidad de acceder a cualquier información que brinda el *ciberespacio* a través de cualquier *gadget*, confirma las “virtudes” del racionalismo moderno: el instanteísmo, la omnipresencia ante el universo de la información, el cual es sin duda una posición filosófica. La sensación de ser el *juez del universo*, flota en la cosmovisión posmoderna, al tener ante sus ojos *aquí y ahora*, el poder de acceder a la información y enterarse de una noticia al otro lado del mundo, con la rapidez en la que puede ser “colgada” en los canales de información.

Como consecuencia de dicha transformación cultural “El saber *es y será producido para ser vendido*, y es y será consumido para ser valorado en una nueva producción: en los dos casos, para ser cambiado. Deja de ser en sí mismo su propio fin, pierde su “valor de uso”.⁵³⁰ Pero el valor de uso que le asigna Lyotard, como valor netamente económico, constituye la transformación del saber, en un producto más del mercado; la muy conocida frase “la información es poder”, es porque precisamente puede ser valorada en términos económicos, o en su caso, si se trata de información privilegiada, tener una ventaja ilegítima sobre los contrincantes económicos y/o políticos.

Lyotard afirma con ello, la prevalencia de las tecnologías de la información sobre cualquier otro conocimiento y su capacidad operativa para ser transmitida o almacenada a través de cualquier dispositivo.⁵³¹ La formación de la persona, de su tradición, de su historia, para la posmodernidad, no es tan importante como el *comercio de las mercancías en la sociedad de*

⁵³⁰ LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna, op.cit.*, p. 16. Las cursivas son nuestras.

⁵³¹ El uso de las tecnologías de la información, ha modificado de forma paradigmática la forma en la que el hombre interpreta el mundo y su realidad circundante. La hermenéutica no está en contra de los avances tecnológicos, sino la prevalencia de la técnica sobre cualquier otro conocimiento, como el filosófico y ético, que reduzca el conocimiento de la realidad o niegue la posibilidad de conocerla bajo una linealidad totalizante, como erróneamente lo hizo la modernidad, a la que critica tanto la misma posmodernidad.

la información; las mercancías son saberes para ser vendidos, cuya moneda de cambio ya no es su valor para la formación de la persona o por el uso que esta le asigne, sino que *su valor estriba en la información que contiene en sí misma*, sea como valor de conocimiento para su venta, o como valor para producir otras mercancías.

El conocimiento se identifica con la información, y como tal, es “la mercancía” de una sociedad que ya no busca la formación del espíritu de la persona para su desarrollo humano y cultural, sino que el intercambio de información-producto-mercancía, se vuelve una finalidad en sí misma.

Liotard pondrá al estatuto del saber, como parte de aquel llamado fenómeno de la “informatización de la sociedad”; permite sacar a plena luz ciertos aspectos de la transformación del saber y sus efectos sobre los poderes públicos y sobre las instituciones civiles. Lyotard no hace más que confirmar el paradigma general del progreso de las ciencias y de las técnicas, al cual parecen servir de eco totalmente natural el crecimiento económico y el desarrollo del poder sociopolítico. Se admite como evidente que el saber científico y técnico se acumula, todo lo más que se discute es la forma de esta acumulación; unos la imaginan regular, continua y unánime, otros de forma periódica, discontinua y conflictiva.⁵³²

Con ello Lyotard de manera tal vez inconsciente o premeditada, no logra advertir la diferencia existente entre el conocimiento teórico de la ciencia y el conocimiento práctico de los saberes humanos, reiterando en consecuencia los errores de la modernidad al reducir el conocimiento de los saberes humanos a la ciencia y a la técnica; concretamente a la cibernética y a las tecnologías de la información.

C) La verdad performativa de la ley en la era de las tecnologías de la información

En ese contexto, -dice Lyotard- es imprescindible considerar, la duda de los científicos, cuando se trata de valorar el estatuto presente y futuro del saber científico en relación con el problema esencial, que es el de la *legitimación de la autoridad*. Así la ley civil, se dicta para que determinada categoría de ciudadanos deban realizar tal tipo de acción, en cuya legitimación reside en ese mismo proceso por el cual un legislador se encuentra autorizado a promulgar esa ley como una norma. El carácter de enunciado científico está sometido a la regla: “un enunciado debe presentar tal conjunto de condiciones para ser aceptado como científico.”⁵³³

La legitimación reside en el proceso legislativo a través del cual sigue las formas obligadas y predeterminadas para emitir el acto institucional de legislar; “es el proceso por el cual un “legislador” que se ocupa del discurso científico está autorizado a prescribir las condiciones convenidas (en gene-

⁵³² *Ibidem*, pp. 21-22.

⁵³³ *Ibidem*, p. 23.

ral, condiciones de consistencia interna y de verificación experimental) para que un enunciado forme parte de ese discurso, y pueda ser tenido en cuenta por la comunidad científica.”⁵³⁴

Con ello Lyotard asume la postura positivista, al sostener que lo que legitima a la ley es el proceso mismo, y como tal, debe tomarse como válido por seguir un procedimiento de creación y formación de la ley. Lyotard vendría a fundar la posmodernidad, de forma paradójica, sobre los mismos postulados epistemológicos del positivismo ético, en el cual *la justeza del contenido de la ley no se juzga en su contenido moral, sino en el cumplimiento del procedimiento de ley y de las formalidades que le revisten; en consecuencia su legitimación.*

Lyotard aduce que la comparación con el proceso científico y legislativo no es forzada, sino que desde Platón la cuestión de la legitimación de la ciencia se encuentra indisolublemente relacionada la legitimación del legislador. *El derecho a decidir lo que es verdadero no es independiente del derecho a decidir lo que es justo*, incluso si los enunciados sometidos respectivamente a una u otra autoridad son de naturaleza diferente.

En la actualidad ese hermanamiento entre el tipo de lenguaje que se llama ciencia y ese otro que se llama ética y política: uno y otro proceden de una misma perspectiva o si se prefiere de una misma “elección”, y ésta se llama Occidente.⁵³⁵

Sin embargo, lo que no toma en consideración Lyotard, es la distinción entre una razón teórica, propia de las ciencias, y una razón práctica, propia del discurso moral a la que se adscriben las ciencias humanas en lo particular el derecho. La identificación entre lo justo y lo verdadero desde el mismo discurso de legitimación del proceso legislativo, es lo que en realidad confundió el normativismo legalista -bien iuspositivista o iusnaturalista racionalista-, entre una derivabilidad abstracta entre ser y deber ser, propia del positivismo ético, así como del iusnaturalismo racionalista al que más adelante trataremos.⁵³⁶

Las bases de la filosofía posmoderna que construye Lyotard, chocan de manera frontal con los principios y valores de las construcciones racionales sobre las cuales está cimentado el Estado constitucional de derecho. Empezando por la tradición liberal de las declaraciones de derechos que desde las revoluciones americana y francesa se gestaron y ahora con su renovación desde la proyección de la Constitución como auténtica norma jurídica operativa.

La posmodernidad cuestiona de manera determinante la idea de progreso y de igualdad que proyecta al individuo en el Estado de bienestar, como sujeto titular de derechos y obligaciones desde una perspectiva formal y abstracta sin mirar a la persona humana. El poder del *sujeto tecno-*

⁵³⁴ *Idem.*

⁵³⁵ *Idem.* Las cursivas son nuestras.

⁵³⁶ *Infra* “La historicidad del derecho”

lógico-comunicacional de la posmodernidad, no le interesa la verdad, sólo la información y por ende, hablamos de una ética sin moral, un derecho sin moral, o cualquier otra disciplina que impida que la información sea transmitida y transmisible sin atributos sustanciales que condicionen su contenido⁵³⁷: *la verdad performativa de la sociedad y del poder público, en la era de las tecnologías de la información*.

La hermenéutica filosófica, sale en defensa de los elementos rescatables del proyecto ilustrado, que dieron al ordenamiento jurídico de los estados contemporáneos constitucionalizados: el fenómeno de la codificación del derecho que facilitó la aplicación de las instituciones jurídicas y sus principios así como la configuración de los derechos humanos como esferas de protección establecidas desde el máximo ordenamiento fundamental del Estado; para posteriormente desarrollarlo en los ámbitos internacionales, enarbolando en última instancia, *la universalidad de la hermenéutica aplicada al derecho*.

2. CRÍTICA DE LA HERMENÉUTICA IUSFILOSÓFICA A LA POSMODERNIDAD

1) La facticidad del Estado Posmoderno: Paolo Grossi y el ordenamiento jurídico incardinado en la sociedad

Jacques de Chevallier sitúa el fenómeno del Estado posmoderno, en las sociedades contemporáneas de principios de este siglo XXI; se trata de una transformación profunda de sus principios de organización. El Estado ha entrado en una nueva era, en la cual la arquitectura social, en su totalidad, estaría en curso de redefinirse al precio de fuertes conmociones: la sociedad “moderna”, cuyos contornos se trazaron en Occidente antes de ser propagados a escala planetaria, tiende a dar paso a una sociedad nueva, que, aunque arraigada en la modernidad, presenta unas características diferentes, por lo tanto “posmoderna”. Los cambios que afectan al Estado son sólo uno de los aspectos de esta transformación y, como tales, son indisolubles de los movimientos de fondo que agitan “lo social”.⁵³⁸

El ingreso del Estado en la era de la posmodernidad se traduce en el cuestionamiento de sus atributos clásicos, sin que sea posible trazar los contornos de otro modelo: el Estado posmoderno se caracteriza por la in-

⁵³⁷ Ejemplos de estas construcciones éticas que separan el discurso moral del ético, o el jurídico de la moral; inclusive la ética jurídica sin la verdad, podría generar el más craso relativismo y nihilismo hermenéutico al momento de interpretar las normas de derecho fundamental. Véase SCARPELLI, Uberto, *Ética jurídica sin verdad*, Fontamara, México, 2007; CORTINA, Adela, *Ética sin moral*, 8° ed., Tecnos, Madrid, 2008. Algo muy similar – *mutatis mutandi*– propone Ronald Dworkin con la religión Véase DWORKIN, Ronald, *La religión sin Dios*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2013.

⁵³⁸ CHEVALLIER, Jacques, *El Estado posmoderno*, trad. Oswaldo Pérez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 13-29.

certidumbre, la complejidad y la indeterminación. Para analizarlo, es posible percibir una serie de aspectos que simbolizan la marca, el indicio, la señal tangible de esta nueva indeterminación: la reconfiguración del Estado y las transformaciones de la concepción del derecho conllevan un movimiento más profundo de redefinición del vínculo político.⁵³⁹

Paolo Grossi, por su parte, ha señalado desde una perspectiva histórica, la crisis del Estado y la ley, que se manifiesta a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en una época de transición. La posmodernidad es un nuevo tiempo de crisis que afecta en lo particular a Occidente, y para ello Grossi la explica a partir de la centralidad de los juristas y de la recuperación de la sociedad como auténtica forjadora del derecho, somos una posible “alternativa a la era de la globalización”.⁵⁴⁰

Grossi pone especial énfasis en la obra de Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*⁵⁴¹, en el que condensa sus principales reflexiones respecto del Estado y la sociedad, y las eleva a teoría general; la verdad elemental es que el derecho, incluso cuando desde una primera aproximación, se muestra ante nosotros bajo su aspecto de “norma”, antes de ser tal “norma”, es organización, o lo que es lo mismo, *ordenación de lo social*.

El reconocimiento de dicha realidad, no es más que llevar a cabo una auténtica revolución copernicana en la ciencia jurídica, ya que significaba que la génesis del derecho se producía desde “abajo”; es decir, desde las raíces de la sociedad que emerge a la superficie. Por consiguiente, el derecho no es, genéticamente hablando, más que la *auto-ordenación* efectuada por la propia sociedad, la cual, *auto-ordenándose*, se salva de un suicidio más que probable.⁵⁴² La sociedad se “normaliza” por la convicción de que el derecho es costumbre positivizada, sabe que lo jurídico es parte de la vida en sociedad; por lo cual para el derecho, es condición de una sociedad ordenada en torno a un bien común.

De manera enfática refiere Grossi a la obra de Santi Romano: ¡El derecho como ordenamiento! No se trata de un simple cambio de terminología o una elección nominal inocua; nos encontramos ante un cambio sustancial del objeto de observación y de un importante desplazamiento del eje sobre el que gira todo el universo jurídico. Un desplazamiento que, se podría decir, se produce *del Estado a la sociedad*. Porque aunque en una sociedad evolucionada, como es la del vigésimo siglo, el Estado permanezca como productor normal del derecho a través de sus reglas generales, abstractas y rígidas, ya no es, sin embargo, el productor necesario. El derecho recuperaba la pluralidad y la factualidad. Pluralidad, porque el punto de partida está en esa realidad plural y compleja que es la sociedad, la cual se

⁵³⁹ *Idem*.

⁵⁴⁰ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit. pp. 16-19.

⁵⁴¹ ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, trad. de la 2ª ed Sebastián Martín Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

⁵⁴² GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit. p. 28.

manifiesta en una pluralidad de fuentes que, a su vez, están en plena conformidad con las múltiples y diversas articulaciones que presenta la misma.⁵⁴³

El Estado ahoga a la sociedad con la diversidad de fuentes jurídicas, cuando lo que en realidad norma la conducta de los individuos en comunidad, es precisamente esa *red compleja de interrelaciones* que misma sociedad teje en el día con día de la vida cotidiana; o bien, en la conformación de relaciones de expertos en actividades específicas de la vida económica, como los negocios, los fabricantes, los productores, etc.

Como analizaremos más adelante⁵⁴⁴, Grossi nos revela, a la luz del *orden jurídico medieval*, toda la singularidad de un universo jurídico provisto de valores peculiarísimos; separado de lo moderno por un profunda ruptura en la medida que está concebido, sentido, construido con una función y un espacio absolutamente singulares en relación con lo social. El orden jurídico medieval se vio representado como *un Derecho sin Estado*⁵⁴⁵, que sin vincularse mutuamente en las manifestaciones del poder político, permanece en estrecha alianza con la sociedad civil en toda su complejidad y sin fragmentarse en soberanías (como en el derecho moderno), sino con una amplia *koiné* unitaria y articulada autonomía sin fragmentarse. En suma, es un derecho medieval, auténticamente europeo, que porta en sí muchas manifestaciones autónomas pero al que tales autonomías jamás le hacen perder su calidad de tejido esencialmente supranacional.⁵⁴⁶

2) La crisis del Estado moderno y sus pilares fundamentales: la ley y el sistema jurídico

La irrupción del posmodernismo viene aparejada con la crisis del estado, la crisis de la ley, la crisis de las fuentes del derecho, para plantear la nueva función del intérprete de la ley; por lo cual podemos apreciar en la obra de Grossi un planteamiento netamente hermenéutico en cuanto a la renovación del Estado, de la sociedad y del derecho a la luz de su interpretación por el operador jurídico.⁵⁴⁷

Grossi realiza una crítica a la modernidad, en tanto que la civilización jurídica que propone, el Estado y el derecho casi eran la misma cosa; la

⁵⁴³ *Ibidem*, pp. 28-29.

⁵⁴⁴ *Infra* “La tradición jurídica de occidente: el derecho romano, el ordenamiento jurídico medieval y el Estado constitucional de derecho”.

⁵⁴⁵ Un artículo específico sobre el tema Véase GROSSI, Paolo “Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval” en *Derecho, sociedad, Estado*, El Colegio de Michoacán - Escuela Libre de Derecho - Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2004, pp. 15-33.

⁵⁴⁶ Véase GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trads. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 14.

⁵⁴⁷ Una obra en la que Grossi se dedica especialmente para desmantelar los mitos de la modernidad. GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, *op. cit.*

crisis del Estado a la que se refería Santi Romano y que había proclamado solemnemente, no podía más que invertir y sacudir el orden de las fuentes y, dentro de estas, la función de la fuente del derecho por antonomasia: la ley.⁵⁴⁸

El concepto de ordenamiento jurídico no tiene la misma connotación que el de sistema jurídico; aquel, el ordenamiento jurídico tienen sustento en la vivencia misma de las relaciones sociales y su carácter eminentemente práctico en las tradiciones y costumbres de los pueblos; el sistema jurídico, por su parte, es una construcción del racionalismo jurídico, que en muchas ocasiones se encuentra deslindado de las verdaderas aspiraciones de la sociedad. Así como las virtudes del sistema jurídico de la completitud y la coherencia, las ficciones que van emparentadas a dicha institución jurídica, conlleva el desconocimiento de muchas realidades humanas que escapan de dicho constructo racionalista.

Para atemperar el rigor de la ley, la equidad es entendida como la actitud del derecho de medirse de un modo cercano con la justicia y donde *lo factual triunfa sobre lo formal, lo particular sobre lo general y lo concreto sobre lo abstracto*. No obstante dicha concepción de la equidad, constituía para todo legalismo estatalista y formalista, *un monstruo terrible porque echaba por tierra la compacta y firme muralla existente entre el derecho y el no-derecho; arrasaba la nítida frontera con el mundo de los hechos y ensalzaba la función del juez humillando al legislador*.⁵⁴⁹

Invocando a Vittorio Scialoja, Grossi depara en que la equidad era un *instrumento precioso para el legislador*, pero se oponía tajantemente a dejada en manos del juez o del intérprete de la ley; argumentaba que la equidad es un conjunto de fuerzas y valores ajenos al universo jurídico, únicamente el legislador está en posición de sustraerla del terreno de la moral y los usos consuetudinarios y convertirla en derecho. Por otra parte, las nuevas teorías jurídicas, en tono con la posmodernidad, consideraban a la equidad como “la expresión misma de la historicidad del derecho” y, lo que todavía es más relevante, identifican en ella “la verdadera positividad del derecho”; o bien “una anticipación del futuro, un futuro que se hace presente”.⁵⁵⁰ En ese contexto, la equidad atempera el rigor de la ley; establece excepciones normativas donde la formalidad del sistema jurídico no logra llegar.

Ahora bien, por lo que refiere a la interpretación jurídica, la modernidad, fuertemente influenciada por las profundas desconfianzas de la Ilustración, la había confinado dentro de los límites de un ejercicio de mera lógica deductiva, con lo que el intérprete se convirtió en un exégeta pasivo de

⁵⁴⁸ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit., p. 30.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pp. 31-32. La metodología de la historia del derecho y su importancia en la formación del jurista contemporáneo Véase GROSSI, Paolo “El punto y la línea (historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo)” en *Derecho, sociedad, Estado*, op. cit., pp. 77-97.

la voluntad que transmitía el texto normativo.⁵⁵¹ De modo que, el procedimiento de formación del derecho se clausuraba totalmente con la promulgación de la norma; luego el texto legal, al encontrarse encerrado dentro de la segura coraza de una *artificialidad pétrea*, ya era inatacable e inmune ante las posibles vicisitudes de cualquier clase.⁵⁵²

Las consolidaciones jurídicas y la intensa *dinámica socio-económico-técnica*, hacían más patente la necesidad de solucionar los problemas de las lagunas legales. La modernidad había planteado la imposibilidad de un sistema legal incompleto, con su articuladísima organicidad, era autosuficiente y, asimismo, capaz de rellenar con sus propios recursos *endolegales* las escasas lagunas que, poco a poco, pudieran presentarse.⁵⁵³

Sin embargo, los juristas posmodernos, no comparten en absoluto este *irreal juego de sombras* al que se refería la modernidad con la apariencia de perfección del sistema jurídico; sobre todo para aquellos que se adhirieron a las novedosas exposiciones idealistas. Las conclusiones son drásticas, pues el sistema legal ya estaba fuera del tiempo de los *mitos indiscutibles* y, por tanto, alejado de la servil veneración de la tradición del iluminismo jurídico; el jurista de la modernidad, firmemente persuadido por el extremadamente rígido principio de la división de poderes, lo consideraba como el eje cardinal de la civilización jurídica burguesa.⁵⁵⁴

El itinerario del derecho posmoderno y su factualidad, se presenta como un completo redescubrimiento de los hechos estructurales, económicos y sociales; sin embargo, ese nuevo camino, abandona la cándida vestidura de la pureza, que le resulta asfixiante y se reviste de carnalidad. Una de las aportaciones más vigorosas en este sentido procede de la tragedia de la guerra, que convierte en funesta la segunda década del siglo; las excepcionales necesidades de los Estados beligerantes requieren leyes excepcionales, plagadas de toscos contenidos factuales, ya que su fin es conseguir *resultados concretos y particulares, tanto en el plano económico como en el social*; por ejemplo las leyes sobre el derecho del trabajo y el derecho agrario, en tanto disciplinas autónomas e individualizadas dentro del sistema jurídico.⁵⁵⁵

Por otra parte, el carácter posmoderno de la nueva Constitución, con una carga de valores importante incide a fondo en la sociedad y en el Estado, incluso en una de las corrientes más vitalistas de la modernidad político-jurídica y sobre la herencia más positiva que transmitió al tiempo posmoderno.

⁵⁵¹ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit., pp. 32-33.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 33.

⁵⁵³ *Idem*.

⁵⁵⁴ *Idem*. Grossi se ocupa del tema de la formación epistemológica del jurista moderno y su proyección innovadora. GROSSI, Paolo "La formación del jurista y la exigencia de una reflexión epistemológica innovadora" en *Derecho, sociedad, Estado*, op. cit., pp. 183-224.

⁵⁵⁵ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit., pp. 35-42.

De manera específica, Grossi se refiere al *constitucionalismo*, como ese extraordinario movimiento de pensamiento y acción que pretendía conseguir el resultado de definir la libertad del individuo en un “papel”; donde se fijaban los límites que no podía vulnerar quien ejercía el poder supremo y donde se protegía en un recinto seguro la vida del individuo dentro del Estado. Durante la modernidad, aquel *vicio iusnaturalista* que había invadido y dejado su impronta en el edificio del derecho civil, invadió asimismo al constitucionalismo, encontrando en él su primera manifestación y su expresión más singular.⁵⁵⁶

Ese iusnaturalismo tenía como objetivo prevaleciente ofrecer al constitucionalismo un fundamento fuerte y seguro arraigado en el terreno filosófico-político. El estado de naturaleza estaba ahí, es decir, en una enrarecida edad meta-histórica previa a la reunión de los individuos en una comunidad política, pero en la que, sin embargo, viven individuos que disfrutaban plenamente del patrimonio, de los derechos subjetivos que le había concedido una deidad benéfica. Dicho estado de naturaleza, construyó una barrera que el poder, diferente al que el particular tiene sobre sí mismo, no puede vulnerar.⁵⁵⁷

El estado de naturaleza al que se refiere Grossi, es el responsable de la artificialidad sobre la que se fraguó el estado moderno. El vicio de la abstracción de la ley, al que iba dirigido, el destinatario de las normas; el *remedo* de hombre al que perfilaba las “estatuas” que moldeaba un individuo construido en un laboratorio. Ante la inexistencia de los vínculos comunitarios que dan arraigo a la sociedad, en la búsqueda de proyectos comunes, fue sustituida por un auténtico soberano de naturaleza física, del que se podía prefigurar una imagen extremadamente vaga y difusa de la divinidad propugnada por el panteísmo moderno.

Damos la palabra a Grossi, que de manera magistral señala el fenómeno de la modernidad y su artificialidad en el estado de naturaleza por el que transita el hombre y su “imagen” prefigurativa en los moldes del racionalismo: *la religión secular del estado moderno*.

El vicio de toda esta admirable construcción [del iusnaturalismo racionalista] radica, justamente, en su total artificialidad. Porque es un artificio el estado de naturaleza, al igual que lo es el individuo que vive en él, ya que todo eso sobrevuela muy por encima (o más allá) de la historia humana. Incluso cuando se tiene la pretensión de condicionar esta historia. En todo caso, el resultado, como es bien sabido, no es más que un producto de laboratorio, una fantasmagoría hecha de paisajes y sujetos que jamás existieron sobre la faz de la tie-

⁵⁵⁶ *Ibidem*, pp. 42-43. Si bien Grossi se refiere al iusnaturalismo como un vicio, es necesario dejar en claro que al tipo de iusnaturalismo al que alude, es al iusnaturalismo racionalista que incurre en falacia, como el que nos referimos en el presente estudio: el *iusnaturalismo “esencialista” que preferimos llamarlo “fiscalista”*. El desarrollo de la cuestión *Infra* “Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la realidad coexistencial entre el derecho y la moral.”

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 43.

rra, pero en la cual todos debían creer y dar por buena. *Este laboratorio horneó criaturas marcadas por el vicio que ya conocemos: la abstracción.* Y, naturalmente, el ciudadano beneficiado por tan encomiable esfuerzo *no es el hombre de carne y hueso: es una suerte de remedo de hombre*, cual se tratase de estatuas modeladas todas ellas en un mismo estudio y todas ellas reproduciendo la misma imagen.

Lo que se puede -y debe-; decir de un movimiento como este, fue lo que permitió avanzar un gran paso adelante con respecto a una sociedad *-la medieval y posmedieval-* en la que el particular solo se pensaba y podía pensarse *inmerso dentro de una densa red de comunidades.* Porque únicamente en el interior de las mismas podía alcanzar protección y las condiciones esenciales y suficientes para su subsistencia. En contraposición, *en el estado de naturaleza*, ese particular se perfila como un individuo situado en un paisaje en el que son inexistentes los vínculos comunitarios y donde aparece como *un auténtico soberano de la naturaleza física, aportando así una imagen fiel de la generosa - aunque también extremadamente vaga y difusa- divinidad propugnada por el panteísmo moderno.*⁵⁵⁸

Grossi descifra a partir del derecho a la igualdad en las primeras constituciones de la Revolución Francesa y Norteamericana, una igualdad ficticia, la igualdad de todos ante la ley; una igualdad formal que no presta la más mínima atención al plano factual, *razón por la cual se deja a cada uno el privilegio de su riqueza o la desgracia de su miseria.* Las declaraciones de derechos, en tanto primeras expresiones del constitucionalismo moderno que se produjeron durante los siglos XVII y XVIII, no son más que catálogos de situaciones subjetivas protegidas, “catecismos” filosófico-políticos, destinadas a sobrevolar sobre la sociedad a causa de su deliberada abstracción. Sin embargo, permanece intacto, por debajo de la sociedad, en la realidad de los hechos socioeconómicos, la plataforma de un Estado rígidamente censitario y, en consecuencia, rígidamente monoclasista. Así pues, la referida abstracción de las “declaraciones” iusnaturalistas, es la mejor aliada de quien quiere conservar inmutable, la ordenación individualista y propietaria de la vida económica moderna.⁵⁵⁹

En ese mismo orden de ideas, John Henry Merryman habla del carácter secular de la revolución europea, cuya máxima aportación fue sin duda alguna, llevar a otra dimensión el movimiento hacia el positivismo estatal. La concepción del origen divino del poder de la autoridad, perdía toda su vitalidad; para convertirse en la teoría del poder legislativo que residía en el estado. La controversia entre los partidarios del derecho natural y los positivistas legales se decidió en favor de los positivistas desde el surgimiento del estado moderno: todos los estados occidentales son positivistas.⁵⁶⁰

La concentración de todo el derecho en un conjunto de leyes como lo

⁵⁵⁸ *Ibidem*, pp. 43-44.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, pp. 44-45.

⁵⁶⁰ MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 2ª ed., 13ª reimp., trad. Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, pp. 48-49.

fue el Código Civil de Napoleón Bonaparte de 1804, constituyó por mucho ese *ius commune*, que buscaba concentrar de una forma fácil y sistemática las instituciones jurídicas que imponía el imperio francés en sus conquistas. Ese proceso de codificación y regularización tenía como finalidad el imponer por la fuerza de las armas, una visión del mundo propia de la modernidad y de todo el devenir histórico que de forma necesaria se establecía⁵⁶¹: la glorificación del estado nacional que forjaba un nuevo derecho sin antecedente alguno, el derecho naciente del estado secular.

Sin embargo, grandes juristas, que redactaron el Código Civil francés aceptaban que los códigos no podían establecerlo todo, en alusión al *Landrecht* Prusiano 1794 que contenía cerca de diecisiete mil disposiciones detalladas que establecían reglas precisas para gobernar. De importancia determinante para la hermenéutica, nos referimos a Etienne-Marie Portalis, uno de los compiladores de dicho Código, en quien existía una constante preocupación realista por evitar los extremos de la ideología racionalista; consideraba preferible considerar las disposiciones del código como principios o máximas “féconds en conséquences” (fecundo o fructífero en consecuencias), que deberán ser desarrollados por los jueces y otros juristas.⁵⁶²

En Alemania la idea de codificación no rindió los frutos esperados, pues a diferencia de muchos países de Europa y América Latina, la influencia de Savigny fue determinante en oponerse a dichos esfuerzos; como defensor de la “escuela histórica”, sostenía que Alemania haría mal en tratar de elaborar un código civil basado en los principios del derecho natural secular, pues el derecho de un pueblo es un producto orgánico históricamente determinado del desarrollo de ese pueblo, una expresión del *Volkgeist* (el espíritu del pueblo).⁵⁶³

Enseguida, citamos un párrafo fundamental, para entender el proceso hermenéutico de los principios jurídicos que hacen funcionar al sistema legal, y no al revés; de supuestos principios o ideas del hombre, de su “naturaleza” (el hombre es el lobo del hombre, el buen salvaje, etc.), que de forma teórica o especulativa se establecen en la leyes. Los cuales constituyen simples axiomas que pretenden crear el derecho, de situaciones *ex profeso, ad hoc*, sin acudir a la realidad histórica del derecho centrada en la tradición de los pueblos: una historia incardinada en el horizonte de comprensión de la sociedad misma, en sus costumbres y en su orden objetivo de valores que le dan sentido a esa tradición.

En consecuencia, El Código Civil alemán de 1896 no tiene nada de revolucionario. No trataba de abolir el derecho anterior y sustituirlo por un nuevo sistema legal; por el contrario, *se trataba de codificar los*

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 49-71.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 66.

⁵⁶³ *Ibidem*, pp. 67-68.

*principios del derecho alemán que surgirían de un cuidadoso estudio histórico del sistema legal alemán, en lugar de tratar de descubrir los verdaderos principios del derecho a partir de ciertos supuestos acerca de la naturaleza del hombre como lo hicieron los franceses bajo la influencia del derecho natural secular, los alemanes trataron de encontrar los principios fundamentales del derecho alemán mediante el estudio científico de los datos del derecho alemán: el sistema alemán existente en su contexto histórico.*⁵⁶⁴

3) La Constitución posmoderna y el desencanto de la codificación

Después de la “Gran Guerra” (Primera Guerra Mundial), en el momento de la definitiva desaparición del “mundo de ayer”, se puede apreciar en la Constitución de Weimar en Alemania -tras el desastre del viejo imperio guillermino-, lo nuevo tomó cuerpo en un texto constitucional que encontró su propia tipicidad cuando una asamblea pluriclasista se persuadió de que su misión consistía en individualizar el rostro de todo un pueblo, y de hacerla, además, con una fiel y perfecta objetividad. Esa *nueva Constitución*, lejos de presentarse como un fruto elitista que se impone desde lo alto al terreno bajo de la sociedad, es la lectura de esa sociedad; en que es más un acto de conocimiento que de voluntad y en que, sobre todo, es un acto de la razón.⁵⁶⁵

La novedad de la *Constitución posmoderna*, consiste en que la sociedad con sus valores e intereses, *irrumpe en un texto autorizado sin filtros de ninguna clase, hasta el extremo de que se puede contemplar ese texto como el fiel espejo de la misma*; la Constitución formal, esto es, el texto donde se recogen sus principios esenciales, no es más que una certificación de aquella *Constitución material* que está presente en el seno de la comunidad, en aquellas raíces profundas donde, en la indistinción social, comienza a consolidarse y a tomar fuerza y vigor, a través de un espontáneo proceso de diferenciación y especificación, el carácter histórico fundamental de una realidad política que aún está en periodo de gestación.⁵⁶⁶

El ejemplo de la Constitución de la República de Weimar, se manifiesta de manera ejemplar como una Constitución posmoderna, así como las que aparecieron con posterioridad –como la “carta” italiana de 1948- a lo largo del siglo. La novedad que aportaba es su estructura: ya no existe la *estática enrarecida y hueca* idea de un catálogo de normas, sino que se trata de

⁵⁶⁴ *Ibidem*, pp. 69.

⁵⁶⁵ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit., pp. 45-46.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 46. Grossi refiere al gran jurista italiano, Constantino Mortati, un fiel intérprete de su tiempo, a quien debemos la creación de la innovadora noción de “constitución en sentido material”, que utilizó en una serie de reflexiones maduradas a lo largo de los años treinta y que aparecen en el extenso volumen que publicó en 1940. Véase MORTATI, Constantino, *La Constitución en sentido material*, trad. y estudio preliminar de Almudena Bergareche Gros, Epílogo de Gustavo Zagrebelsky, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

un conjunto orgánico de principios y reglas inferidas de la atenta observación de la *vida individual y social del ciudadano de la calle a la que, finalmente, se consigue ordenar de un modo adecuado*. Dicha Constitución ya no presupone los artificios del poder que el “clarividente” Santi Romano había denunciado a principios del siglo: *hay, por el contrario, principios y reglas cuyo fundamento son los hechos de la vida, de la vida concreta*.⁵⁶⁷

La nueva Constitución no solo amplía de una manera sobresaliente su perspectiva y su campo de acción, sino que acabará por convertirse en una suerte de *breviario jurídico del ciudadano*; al lado de la salvaguardia del mismo, la nueva Constitución se refiere a personas y comunidades intermedias, a escuelas y educación, a religión y economía, a salud y medioambiente, al trabajo y la propiedad, incluso antes de dedicar su correspondiente espacio al necesario aparato organizador del Estado democrático. Dichas razones son por las que, la nueva Constitución, a pesar de estar toda ella impregnada de un formidable valor político, se presenta como *norma jurídica fundamental que expresa en plenitud, a la vez que compendia, el emblema jurídico de un pueblo tal y como aparece y se presenta en un momento determinado de su historia*. Dicha Constitución se convierte en *fuerza de inspiración de un auténtico pluralismo jurídico, lo que hace mediante la individualización y valoración, al lado de la realidad benéfica e insustituible del Estado, de las fuerzas culturales y sociales sobre las que se basa la articulación de la sociedad*.⁵⁶⁸

El pueblo al que se refiere la nueva Constitución no es una masa amorfa y anónima en la que los humanos no difieren en demasía de “las hormigas que viven en un hormiguero”. *El ciudadano particular es aquí un sujeto al que se le reconoce una doble dimensión: individualidad y socialidad*. Se le reconoce la calidad de ser humano, como una criatura relacional y no como un ente caracterizado por su insularidad; como titular de derechos, pero también de deberes hacia el otro, hacia los demás y que, justamente por la existencia de estos deberes, se encuentra inmerso en una *red de relaciones que lo vinculan al otro y a los demás*. Además este sujeto se contempla asimismo como parte integrante de formaciones sociales cuya misión no sólo consiste en no sofocar la vida del mismo, sino en alimentar y robustecer este tejido congenial al ser humano y en integrar y desarrollar su potencialidad en esa comunidad a la que pertenece.⁵⁶⁹

Una de las primeras consecuencias que se derivan de la Constitución posmoderna, consiste en la revolución copernicana que supuso el desplazamiento de la mirada del jurista perspicaz, el jurista atento a los cambios y a *los movimientos que se deslizaban desde el Estado hacia la sociedad*, para descubrir ahí la esencia del derecho en su función de ordenación. No obstante, también se puede percibir otra consecuencia igualmente revolu-

⁵⁶⁷ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit., pp. 46-47.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 48.

cionaria; *la readquisición de la historicidad del derecho, e “historicidad”, significa una sustanciosa recuperación por parte del orden jurídico.* Es, en definitiva, el reencuentro, la salvífica adherencia y conexión con el cuerpo social que se ha de ordenar. En suma, la recuperación de los caracteres que la modernidad había arrinconado y de cuyo carácter no natural había incluso persuadido a la conciencia colectiva de los juristas teóricos y prácticos, recurriendo para ello a su empalagosa mitología⁵⁷⁰: *la mitología jurídica de la modernidad.*⁵⁷¹

El reino -y el culto- de la abstracción y la rigidez, sazonadas con una astuta propaganda cuyo fin era no sacar a la luz y divulgar *el valor estratégico que poseía para la civilización burguesa.* Un valor que únicamente sería revelado mediante el continuado y constante proceso de desmitificación que recorre todo el siglo xx. *La crisis del Estado, de la ley, de la jerarquía de las fuentes es, asimismo, crisis de los pseudocaracteres que tan artificialmente se habían atribuido al derecho moderno. De ese modo, discurría en una dirección radicalmente contraria a la abstracción y rigidez, la progresiva y creciente recuperación de la historicidad reclamaba la concreción, la elasticidad y el dinamismo.*⁵⁷²

Zagrebelsky habla de la diferencia entre el significado de la ley y los derechos, pues si bien se decía liberal la Revolución francesa, no estableció en su *Déclaration*, que la ley se encontraba sujeta al control de los derechos. El mejor intento del modelo dogmático legalista por reconocer la separación entre la ley y el derecho, fueron los “derechos públicos subjetivos”, pero sin representar una sustancia material ajena a la ley pues encontraban su extensión y alcance en la “forma jurídica”, la forma de la ley. La garantía de los Derechos se reducía a la “reserva de ley”.⁵⁷³

Por el contrario, con el fenómeno de la codificación “se produjo el control de la legalidad de los derechos, cuya verdadera “Constitución”, jurídicamente operante no fue la *Déclaration*, sino el *Code civil* al que se le llamaba con frecuencia la *Constitución de la burguesía liberal.*⁵⁷⁴ Es así que en Francia y en los países en los que tuvo influencia su tradición civilista, se haya atribuido a los jueces la posición de “servicio pasivo” a la ley, por lo cual no se habría podido asignar a los jueces la tarea de controlar los actos del legislador; pues no tenían un fundamento propio e independiente de la ley para contrariar a la máxima potestad soberana del legislador.⁵⁷⁵

A partir de 1945 el occidente de la Europa continental permanecían los viejos-códigos. Ocurre en Francia, donde se mantiene la gloriosa y más que secular continuidad de los Códigos napoleónicos; en la Alemania Federal, donde se acepta plenamente el Código Civil Alemán (BGB) de cuño pandec-

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 50-51.

⁵⁷¹ Véase *Supra* “7. La mitología jurídica de la modernidad a través del método”.

⁵⁷² GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno, op. cit.*, p. 51.

⁵⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, pp. 47 y 48.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁷⁵ *Idem*.

tístico tras haber sido rechazado por el nacionalsocialismo, y donde se mantiene, precisamente, por su acrisolado individualismo. En Italia se conserva y continúa la vigencia de los Códigos proyectados y elaborados durante las dos décadas del régimen autoritario. No obstante, la razón de la continuidad de tales Códigos, es que se mantenían vivos, como se trataran de *leyes/madre*, sobre todo a la elevada calidad de su articulación técnica y teórica, o lo que es lo mismo, a la muy oportuna y pertinente circunstancia de presentarse como el fruto y resultado final de proyectos normativos arraigados sobre sólidos fundamentos científicos.⁵⁷⁶

Tal es el caso que los propios Códigos “fascistas” italianos pudieron, tras la eliminación de las pocas injerencias impuestas por el Régimen, afrontar con éxito la confrontación con el nuevo sistema de la democracia parlamentaria, debido al admirable trabajo de las mejores cabezas y los representantes más preclaros de la ciencia jurídica italiana del momento. Piero Calamandrei se refirió a dicha tarea, como la “limpieza” de “disposiciones aisladas o fácilmente aislables” y, por consiguiente, fáciles de alejar y de desprenderse de ellas “como de esos parásitos que se extraen con pinzas y se tiran a la basura”.⁵⁷⁷

Después de haber reconocido los productos legislativos bien respaldados por el largo periodo de vigencia, a su vez basada en la profundidad y solidez técnica y científica de dichos *Códigos de la modernidad*; estos cuerpos normativos en seguida se vieron avocados a combatir con la celeridad del movimiento socioeconómico y la intensidad de un cambio que afectaba por igual a la costumbre, la economía y la técnica. La insuficiencia de los Códigos y la aparición de lagunas, se quiso resolver a través de la proliferación de leyes especiales; toda una *elefantiasis normativa* relegó a los Códigos a un rincón, consiguió que el ordenamiento positivo perdiera el mérito de la simplicidad y certeza en los que se fundaban la antigua y legítima gloria y honor del derecho moderno. Las normas especiales estaban ligadas a *hechos contingentes*, no respondían a un criterio orgánico y, en consecuencia, tenían una vida efímera. Tras haber comprobado los incontables efectos producidos por la descodificación, algún jurista permanecía en la confianza en el legislador -característica de la Ilustración-, defiende que ese *amasijo de leyes especiales equivale a un florecimiento de microsistemas legislativos, siguen constituyendo apreciación deformadoras de la realidad. En consecuencia, no sólo no rellena las múltiples lagunas ni sirve para encauzar y diseñar un orden jurídico capaz de responder a los requerimientos y exigencias que han aflorado y siguen surgiendo, sino que contribuye a imposibilitar la subsanación y, después, la superación de la crisis del moderno sistema de fuentes del derecho.*⁵⁷⁸

El fenómeno de la codificación y su posterior desencanto, en realidad

⁵⁷⁶ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit., pp. 51-52.

⁵⁷⁷ *Idem.*

⁵⁷⁸ *Ibidem*, pp. 52-54.

constituía la crisis de la ley; ya venía arrastrándose de tiempo y, en realidad, no era más que la crisis de un instrumento normativo que había sido ideado y diseñado como general, rígido y abstracto. El ordenamiento jurídico, orientado como está, a ordenar la vida y a modelarse sobre ésta y al compás de su desarrollo, encuentra dentro de sí mismo su propio camino, sus instrumentos y sus normas y, como sucede a menudo en las épocas de transición; no puede sino separarse de aquel orden oficial petrificado en textos autorizados pero, al mismo tiempo, alejados del curso de la experiencia.⁵⁷⁹

A pesar de que el legislador posmoderno llevó a cabo grandes modificaciones en el marco de las Disposiciones Preliminares de los códigos que nacieron de la ilustración; ha mantenido, sin embargo, intactas la certeza mito de la ley y los dogmas de la modernidad jurídica: jerarquía de fuentes, solución de antinomias y lagunas y sobre interpretación de leyes. *El ordenamiento jurídico está vivo, ha recorrido imparable la vía trazada por la propia experiencia y, de una manera lenta pero progresiva, ha ido desplazando el eje que lo sostenía hacia otras fuentes más cualificadas y capacitadas para asegurar el salvamento jurídico de la sociedad a lo largo de su camino.*⁵⁸⁰

4) El derecho posmoderno y la hermenéutica del espacio común Europeo en el diálogo jurisprudencial

En las últimas décadas, el derecho posmoderno se ha caracterizado por el derrumbamiento de gran envergadura de las construcciones jurídicas modernas; de tal forma que el edificio que se había construido creyendo que iba a durar eternamente, debió ceder a los requerimientos de un tiempo histórico que transcurre con una extremada rapidez. La sólida piedra utilizada por los modernos se reveló tan frágil como la arcilla. La fuente “ley” muestra ahora sus carencias, a la hora de ordenar la convulsa sociedad del final del milenio y comienzos del siglo XXI; toda ella atravesada por movimientos y cambios tan intensos como vertiginosos. Ante esas circunstancias, el legislador permanece distante, haciendo oídos sordos y, a menudo, impotente; seducido y sometido a los enervantes juegos de la partidocracia, no puede negar la existencia de un cuerpo social que continúa vivo, que vive dinámicamente y que advierte la exigencia cotidiana de una vestimenta jurídica que se adecue de una manera no forzada a los hechos de la vida⁵⁸¹; un derecho capaz de ordenar la dinámica del cuerpo social, y por tanto, un *derecho vivo*.

La necesidad de que el derecho sea efectivo, genera una carga y una obligación sobre la *jurisprudencia práctica*; cuya posición natural está en

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 54.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁸¹ *Idem*.

primera línea de la trinchera, allí donde el ciudadano de la calle pide justicia. En ese mismo sentido, se constata la necesidad de una ciencia jurídica atenta y volcada hacia el futuro de la experiencia y, de una manera aún más directa, en la simple *praxis de los hombres de negocios*, donde la acuñación de los nuevos instrumentos jurídicos, han evolucionado ante los requerimientos del mercado.⁵⁸² Las transacciones comerciales en pleno siglo XXI, así como la inmediatez de las tecnologías de la información, darán cuenta de forma patente de la dinámica jurídica en la que se gesta la evolución del derecho posmoderno.

Para efectos de nuestro estudio, Paolo Grossi nos advertirá el desencadenamiento de consecuencias de enorme importancia del derecho posmoderno, en la medida que se resquebraja completamente el edificio jurídico de la modernidad. La consecuencia es lapidaria en la concepción del ordenamiento jurídico, cuando su escisión es impostergable en dos planos: el de la *validez* y el de la *efectividad*. Dichos planos son imposibles de conciliar dada la ausencia de coincidencias desde las coordenadas del derecho moderno. Por lo cual, la transición por la que hemos pasado y que incide en nuestro presente y futuro, realiza una *labor de adecuación*; únicamente puede recaer sobre *fuentes dúctiles, significadas por su naturaleza elástica y su concreción*. Esto es, fuentes que llegan a ser concretas o idóneas para ordenar el caso específico, precisamente porque poseen esa elasticidad para la solución de los problemas jurídicos.⁵⁸³

Derivado de la problemática que representa el cambio de paradigma del derecho posmoderno en la doctrina, la praxis y la jurisprudencia de los prácticos del derecho, Paolo Grossi se pregunta ¿podemos seguir considerando que la *interpretación/aplicación* no son más que un simple apéndice, ajeno al proceso de formación de la regla jurídica? Si se actúa soslayando ese planteamiento, se está eludiendo la colisión entre el texto y la vida concreta del hombre; entre la inmovilidad de lo ordenado y lo mandado, la movilidad de la sociedad. Dichos retos plantean una nueva consciencia epistemológica, más compleja y depurada, informando a la ciencia jurídica sobre la forma de dinamizar sus contenidos. Algunos juristas se han mostrado previsores y sensibles hacia una nueva cultura; una nueva corriente de pensamiento filosófico que habitualmente denominamos *hermenéutica*.⁵⁸⁴

⁵⁸² *Ibidem*, p. 55-56.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 56. En ese aspecto Zagrebelsky nos hace referencia a la ductilidad de la Constitución de forma muy elocuente en su obra más representativa, el derecho dúctil: “La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que deben convivir”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁸⁴ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, *op. cit.* pp. 57-58.

No es la primera vez que Grossi hace alusión a la *impronta hermenéutica* en la doctrina jurídica contemporánea; ya había hecho mención a la relevancia de la *interpretación-aplicación*, en los nuevos confines de la positividad del derecho. Específicamente Grossi refiere a la iniciativa de Giuseppe Zaccaria cuando se introduce en el *sanctasanctorum* del moderno derecho burgués; es decir, en el recinto de las fuentes, que se parece mucho a aquel *espacio sagrado donde sólo una alta jerarquía sacerdotal podía entrar*. La invitación de Zaccaria no fue del todo aceptada por los estudiosos del derecho positivo, envueltos todavía en la capa protectora del normativismo legalista. En lo particular, esta invitación fue expresamente rechazado: el de “desplazar el acento sobre la dimensión hermenéutica” como componente interna, esencial de la positividad de la norma.⁵⁸⁵

*La conquista que queda por lograr, es la conquista de la teoría hermenéutica; la cual ha dado pasos gigantescos a lo largo del siglo XX, con un indudable acercamiento entre el momento normativo y el momento interpretativo-aplicativo. La hermenéutica es el único instrumento para quitarle al derecho el repugnante esmalte potestativo y autoritario tradicional; es necesario concebir su producción como un procedimiento que no termina con la aprobación de la norma sino que tiene un momento subsiguiente: el interpretativo. La interpretación es un momento propio de la formación de la realidad compleja de la norma, es un momento esencial de la positividad de la misma norma, condición necesaria para la concreción de su positividad.*⁵⁸⁶

Para adentrarnos en la mirada del hermeneuta, es necesario un enfoque que no reduzca la interpretación a una dimensión meramente cognoscitiva; sino que la tome como vida de la norma en el tiempo y en el espacio, encarnación de la norma en cuanto ejercicio, práctica, uso. Es decir, adoptar un enfoque no meramente pasivo, ni tampoco al solo protagonista monocrático en tanto titular del poder, sino una pluralidad compacta de sujetos. La hermenéutica interpela al jurista para construir el derecho, a los que con implícito desprecio, los ilustrados han llamado los destinatarios de la norma.

El sentido del derecho debe recuperar la función interpretativa, pues este *es aplicación más que norma*; no debe quedar inmovilizada en un mandato, más aún si el mandato encuentra su propia inmovilización en un texto. La regla jurídica que deviene y queda en texto impreso, corre el riesgo de alejarse de la vida fáctica. De igual forma, el derecho es ordenamiento; más allá del cambio terminológico, su autoridad está en los contenidos que compone y que propone; su actualización está en ser lectura objetiva de la realidad, intento de racionalización de la realidad. Es una autoridad que nace de abajo, que hace que se acepte y observe espontáneamente por la sociedad; la observancia pierde así lo repugnante de la coerción, para que el *derecho-ordenamiento* llegue hasta el hombre de la calle y

⁵⁸⁵ GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, op. cit., pp. 58-59.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 59.

puede reconciliarse en su concreción práctica y material de la vida cotidiana.⁵⁸⁷

Además de Zaccaria, Paolo Grossi recobra el sentido de la problemática de la *interpretación-aplicación*, en uno de los filósofos que han marcado fuertemente el pensamiento filosófico contemporáneo. El padre de la hermenéutica y sus aplicaciones prácticas como la hermenéutica jurídica como ejemplo paradigmático de la hermenéutica general: Hans-Georg Gadamer, quien inicia un fértil diálogo, si bien era filósofo de profesión, se encontraba interesado de manera paradigmática en la experiencia jurídica, además de ser poseedor de excelentes conocimientos jurídicos.⁵⁸⁸

Gadamer es el promotor de una operación cultural que resulta extremadamente útil a la comunidad jurídica, no solo ha implantado en la interpretación jurídica *la provechosa impostación de la hermenéutica general*; sino que ha subrayado la naturaleza ejemplificadora de la hermenéutica jurídica, elevándola al grado de *modelo para realizar operaciones intelectuales análogas en otros ámbitos científicos*. En el marco de ese grandioso compendio del pensamiento gadameriano que es *Verdad y Método*, dedica dentro de uno de los capítulos más importantes, al *significado paradigmático de la hermenéutica jurídica*.⁵⁸⁹

Grossi corrobora a la luz del programa hermenéutico gadameriano, que aquello que en la actualidad nosotros denominamos *hermenéutica sin adjetivos*, consiste en una renovación metodológica que tiende a superar los cánones establecidos por la hermenéutica clásica; intentando adentrarse en la relación real que existe entre un texto y el intérprete del mismo. La pretensión de la hermenéutica, es la de individualizar el significado auténtico de cada proceso interpretativo, en contraposición a lo que se hacía en la visión tradicional donde la relación y el significado estaban mal entendidos y desnaturalizados; a lo que se aspira es a observar con una mirada más crítica el viejo dominio del texto y la vieja pasividad del intérprete, con la convicción de que el texto no es una realidad autosuficiente o neutral, sino más bien incompleta e inacabada, cuya completitud y acabamiento únicamente se conseguirán mediante la interpretación.⁵⁹⁰

La interpretación que no puede resolverse mediante una operación exclusivamente cognoscitiva, bajo las coordenadas de la hermenéutica es an-

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁵⁸⁸ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit. pp. 56-57.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 57. Gadamer señala en un párrafo ya resaltado con anterioridad, en relación con el caso de la hermenéutica como caso paradigmático del significado general de la hermenéutica: “El caso de la hermenéutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y producir así la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo” por ende “la tarea de la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso, esto es, en su aplicación”. GADAMER. Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 401.

⁵⁹⁰ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit., p. 57.

te todo, el *fenómeno de la comprensión*; entendiendo ésta según el significado preciso de intermediación entre el mensaje contenido en un texto, expulsado del devenir por *mor* de la inmovilización propia del mandamiento escrito, y la actualidad en la que se encuentra sumergido un intérprete poseedor de un patrimonio de convicciones personales propias de su tiempo (horizonte de comprensión). En suma, *el mensaje hermenéutico fija el centro de atención en el intérprete y lo aprecia en cuanto autor principal de una labor intelectual de valor exquisitamente intermediario*.⁵⁹¹

Cuando nos adentramos por el nuevo sendero abierto por la hermenéutica, significa asimismo aportar unos fundamentos metodológicos que eran imprescindibles para la revalorización de la interpretación y del intérprete. Los fundamentos que, antes de formular deseos en la mente de los juristas, ya estaban en las cosas; en los vacíos sin rellenar por el legislador, en las apremiantes exigencias de suplencias, en el sentido mismo de la historia. De manera afortunada para la ciencia jurídica la nueva visión liberalizadora, el codiciado salvamento de un orden jurídico que desde el punto de vista “oficial” empezaba a resultar caótico.⁵⁹²

A la luz del paradigma hermenéutico de Gadamer, Grossi concibe al mercado europeo común como un laboratorio que proporciona un arsenal muy innovador, que implica un cambio radical de mentalidad en la cultura jurídica. Europa avanza como una unidad política y jurídica, se ha transformado en un terreno extraordinario donde se consume la ósmosis entre dos distintos planetas. Así como en la perspectiva hermenéutica iusfundamental, el puente que salva las distancias entre el *common law* y el *civil law*, es el *derecho común europeo*; pues lejos de insistir en posiciones antagónicas entre ambas tradiciones jurídicas, a los que una tenaz y perseverante tradición veía intrincadas posiciones antagónicas; ahora convergen los modos singulares de concebir el derecho en las relaciones entre el derecho, Estado y Sociedad. Es decir, por un lado, el estatismo, el legalismo y el formalismo; por el otro, judicialismo, historicismo y empirismo.⁵⁹³

La consecuencia de la comunicación de tradiciones desde el derecho común europeo, es el desconocimiento de la rigidísima separación de poderes que depositaba y avalaba el monopolio de la producción del derecho en manos del legislador. En ese aspecto, la función lenta pero progresiva, en la construcción de un ordenamiento jurídico europeo, la desempeña un órgano judicial: el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Recurriendo a

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp. 57-58.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 58.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 59. Grossi realiza el análisis de la historia del derecho en Europa con el fin de poner el acento desde las raíces medievales hasta el derecho comunitario actual en una obra específica; el derecho europeo tiene un vínculo profundo en las raíces de la sociedad. En ese contexto para Grossi el derecho expresa una mentalidad, la costumbre y los valores de una civilización que la ordena y la salva en la formulación de instituciones que permiten la convivencia pacífica de todos los ciudadanos GROSSI, Paolo, *Europa y el derecho*, trad. Luigi Giuliani, Crítica, Barcelona, 2008.

aquella aproximación casuística típica de todos los jueces, no solamente ha resuelto las cuestiones que se le dirigían, sino que ha contribuido en gran medida a la formación de un nuevo orden jurídico⁵⁹⁴, un espacio jurídico común, a lo que nosotros hemos llamado el *diálogo jurisprudencial entre tribunales*.⁵⁹⁵

Los poderes económicos que producen derecho por encima y más allá de los Estados, así como el que surge de las uniones supraestatales, hacen que nos encontremos ante un derecho sumergido en la factualidad económica, de la que es una expresión fiel la dinámica social posmoderna; de igual forma nos encontramos ante una juridicidad que no solo rechaza una proyección territorial preestablecida por el Estado nacional, sino que por el contrario, se identifica con una proyección sin límites y que, por esto mismo, es tendencialmente global. Estas razones son suficientes para situar el fenómeno de la globalización en un tiempo posmoderno.⁵⁹⁶

En ese contexto, la crisis del Estado y de la ley, dejó tras de sí unos ajustes nuevos e indisciplinados del capitalismo maduro, dando lugar a la aparición de iniciativas espontáneas procedentes de las grandes empresas multinacionales, realizadas en colaboración con cualificadísimos bufetes jurídicos. Todas estas iniciativas, se encuentran destinadas a acuñar y a definir técnicamente proyectos jurídicos orientados a ordenar una vida económica sometida a continuas mutaciones. Las operaciones del tráfico económico se llevan a cabo en ámbitos cada vez más amplios y con frecuencia globales, precisando para ello una utilización profesional de las técnicas informáticas; las cuales, una vez desmaterializado el propio objeto, son capaces de superar las fronteras propias de las organizaciones políticas, para ofrecer a los poderes económicos el codiciado fin de una proyección global.⁵⁹⁷

El producto final es que el panorama jurídico se complica. La compleja inercia del legislador y la consiguiente pluralidad y atipicidad de las fuentes del derecho global, hacen que nazcan nuevos canales alternos a los oficiales; las fuentes jurídicas de los derechos de los Estados y de las organizaciones supraestatales e internacionales, ya no son las únicas, pues nacen y prosperan otros canales de naturaleza privada. El derecho posmoderno está, en verdad, plagado de protagonistas. La crisis que pluraliza y despoja de su tipicidad a las fuentes del derecho, supuso una fuerte y violenta conmoción para el jurista que estaba acostumbrado al férreo legalismo que redundaba en una jerarquía de las fuentes, tan sofocante como

⁵⁹⁴ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit., p. 59.

⁵⁹⁵ Para el análisis del fenómeno del diálogo común entre tribunales Véase el epígrafe “Hacia un *derecho constitucional común interamericano* como paradigma del control de convencionalidad: entre diálogos jurisprudenciales y sinergias normativas” en FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 323-360.

⁵⁹⁶ GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, op. cit. pp. 60-61.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 61.

tranquilizadora para la experiencia jurídica. Dicha estructura jerárquica, si bien garantizaba el orden y la certeza, ya desde hace algunas décadas, el jurista actual debe saldar cuentas con una aglomeración de fuentes confusa y desordenada.⁵⁹⁸

El derecho posmoderno está acostumbrado a los cambios y mutaciones; porque es plenamente consciente de que el desorden y la confusión son el precio que hay que pagar para desatar los lazos con el pasado reciente y proyectarse y prepararse para el camino de la refundación. En la actualidad se está llevando a cabo la demolición del edificio jurídico de la modernidad, para proceder a la reedificación del derecho bajo el paradigma de la Constitución normativa desde la misma realidad factual de la sociedad, lo cual sin duda es una etapa difícil pero fértil; la ética de la responsabilidad será para nosotros la única brújula orientadora para los tiempos borrascosos, que ineludiblemente acompañan al fenómeno jurídico de la posmodernidad.⁵⁹⁹

3. PREVENCIÓNES AL DERECHO POSMODERNO

De los postulados que Jean François Lyotard ha formulado en su calidad de principal ideólogo de la filosofía posmoderna, así como de las magistrales apreciaciones de Paolo Grossi, se pueden advertir diversas ideas centrales que nos prevendrán respecto de exageraciones y reticencias de la corriente filosófica del posmodernismo. De dichos planteos, se pueden deducir diversas críticas -apoyadas en Carlos I. Massini-, con repercusiones ineludibles para el derecho, pero reformuladas desde la hermenéutica iusfilosófica, para una conformación del derecho en clave ontológica, universalista y analógica:

1) Crítica de la razón constructiva y sistemática de los relatos

Uno de los principales puntos de la crítica posmoderna al pensamiento de la modernidad, radica en la negación de las posibilidades sistematizadoras y constructivas de la realidad que habían sido atribuidas a la razón. El contexto actual de la filosofía viene definido por la crítica del paradigma moderno de una razón totalizadora. Conforme a lo señalado por Lyotard, la ruptura con la razón totalizadora supone el abandono de los *grandes relatos*, de las grandes narraciones, del discurso con pretensiones de universalidad, y el retorno de las *historias pequeñas* o *relatos cortos* (Innerarity). Se ha perdido credibilidad en la idea de un discurso, consenso, historia o progreso en singular: en su lugar aparece una pluralidad de ámbitos del discurso y de las narraciones. La razón constructiva, sistemática y universalista de la modernidad, atacada como “torturadora” y “encubridora” de la

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 62.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, pp. 62-63.

realidad, resulta sustituida en la perspectiva posmoderna por una “arqueología del saber” (Foucault) y que desemboca finalmente en un irracionalismo anárquico, descontextualizado y anónimo.⁶⁰⁰

En el ámbito de lo ético-jurídico, esto significa una *des-fundamentación* del orden normativo: la razón moderna que lo justificaba racionalmente desaparece y la autoridad que imponía los imperativos -en el caso del imperativismo decimonónico- resulta sospechosa como encubridora de *dominación del sujeto: sujetar a los sujetos* decía Foucault. En consecuencia, el derecho se reduce a meras estructuras anónimas del lenguaje, que ocultan y canonizan estructuras de opresión o dominio; el derecho, se reduce a “grafismos inventados por Occidente para sus producciones de regimentación social” (Kozieki). El derecho pasa a carecer de fundamento; “el derecho no puede sostenerse hoy en día sino en su propia positividad” (Ewald).⁶⁰¹

2) Pérdida de la noción de sujeto o subjetividad sin sujeto

El ataque a la noción moderna de sujeto es uno de los puntos centrales de la crítica posmoderna; Foucault la considera en *Les mots et les choses* (*Las palabras y las cosas*) un mero “invento del siglo XVIII” y los autores de esa corriente proponen la “liberación como sobrepasamiento del sujeto” (Renaut y Sosoe), es decir, sustituirlo por estructuras anónimas e inconscientes, en las que ese sujeto se difumina hasta desaparecer. El *postestructuralismo* “sustituye el trascendentalismo de la conciencia por el del inconsciente, bajo *la forma del discurso anónimo de las estructuras sociales, lingüísticas o simbólicas*” (Innerarity). Desde esta perspectiva, el sujeto ya no es más el dispensador de sentido de la realidad, en consecuencia el sentido inherente de la naturaleza clásica no reaparece, no existe ya lugar donde escrutar el sentido del derecho: éste termina por carecer de sentido.⁶⁰² Foucault anuncia la muerte del sujeto, *el hombre ha muerto*, señalará de manera categórica para desarrollar una hermenéutica alejada del concepto de racionalidad de la modernidad, pero descuidando muchos aspectos sustanciales en su giro copernicano.

Esta pérdida del sujeto significa, en el campo jurídico, la desaparición de las nociones de derecho subjetivo y de los derechos humanos, en definitiva, de la noción misma del derecho. El derecho y por lo tanto los derechos, son una realidad existencialmente no autónoma, que necesita de un sujeto existencialmente autónomo para sobrevivir; si excluimos a ese suje-

⁶⁰⁰ MASSINI CORREAS, Carlos I., “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, en *Doxa*, 21-II, 1998, pp. 293-295. Se excluyen del texto citas de los autores en los que a su vez Massini sustenta sus afirmaciones; para lo cual se remite al texto íntegro para su consulta electrónica en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>

⁶⁰¹ *Idem.*

⁶⁰² *Ibidem*, p. 295.

to, el derecho debe necesariamente desaparecer *por carencia de una base óntica en la cual inherir para poder ser: el ser desprovisto de lo óntico es el vacío mismo de la náusea*. Es por ello que uno de los traductores de la posmodernidad en el ámbito jurídico concluye afirmando que “el derecho no existe” (Ewald) y que “contrariamente a lo que sostiene el discurso habitual, no hay ninguna necesidad de referirse al hombre para resistir a la dominación” (Deleuze). La resistencia, por lo tanto, no es ya pensable en términos de derechos, en especial de derechos humanos, sino en el de relaciones de nudo poder: *el mundo jurídico se ha disuelto entonces en una red de relaciones meramente fácticas y sin sentido deóntico*.⁶⁰³

Resulta muy representativo en Lyotard esa pérdida del sujeto cognoscente, en cuanto a que además de que niega su existencia, la libertad la fundamenta en el vacío, lo que torna más extremo el nihilismo en el que se encuentran dichas libertades. Además, refrenda el más craso positivismo ético que identifica la voluntad del legislador y del ciudadano representado en la ley, con la voluntad de la justicia.

*El saber no encuentra su validez en sí mismo, en un sujeto que se desarrolla al actualizar sus posibilidades de conocimiento, sino en un sujeto práctico que es la humanidad. El principio del movimiento que anima al pueblo no es el saber en su autolegitimación, sino la libertad en su autofundación o, si se prefiere, en su autogestión. El sujeto es un sujeto concreto o supuestamente concreto, su epopeya es la de su emancipación con respecto a todo lo que le impide regirse por sí mismo. Se supone que las leyes que se dan son justas, no porque sean conformes a una naturaleza exterior, sino porque, por constitución, los legitimadores no son otros que los ciudadanos sometidos a las leyes y, en consecuencia, la voluntad de que la ley haga justicia, que es la del ciudadano, coincide con la voluntad del legislador, que es que la justicia haga ley.*⁶⁰⁴

3) Ausencia de fundamento o inverificabilidad de la experiencia jurídica

A) La verdad procedimental del poder y la información: la performatividad del derecho

Finalmente, los intentos modernos de fundamentación del derecho aparecen, en clave posmoderna, cuestionados en cuanto a meros encubridores de dominación. Por ello, los procesos de fundamentación o justificación racional de lo jurídico resultan sustituidos por una “arqueología” o

⁶⁰³ *Idem*.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 295-296. Las cursivas son nuestras.

“genealogía” (MacIntyre) del derecho, que busca develar su origen encubierto en *relaciones de mero poder*. Foucault ha llevado a cabo este proceso arqueológico respecto del derecho y en su libro *La verdad y las formas jurídicas* escribe lo siguiente:

[...] la función del análisis arqueológico sería, en primer lugar, descubrir las continuidades oscuras que hemos incorporado y, en segundo lugar, partiendo del estudio de su formación, comprobar la utilidad que han tenido y que aún siguen teniendo; es decir, cómo actúan en la actual economía de nuestras condiciones de existencia. En tercer lugar, el análisis histórico-arqueológico permitiría además determinar a qué sistema de poder están ligadas estas bases o continuidades y, por consiguiente, cómo abordarlas.⁶⁰⁵

Por su parte, Deleuze concluye que “el derecho no es sino el estado de paz que es el resultado de una guerra ganada: es la misma guerra y la estrategia de esta guerra en acto”. Dicho en otras palabras, el derecho se reduce, en última instancia, a relaciones de nudo poder o de guerra, y la única tarea valiosa a su respecto es la “arqueológica”, que permite descubrir *la realidad originaria del derecho*, desenmascarando los intentos justificatorios y, en definitiva, “liberándonos del pasado”. Por supuesto que tanto *la realidad jurídica que se resume en relaciones de poder*, como la resistencia a esas relaciones, también concebida como mera reacción fáctica o violenta, carecen de fundamento alguno -sea éste trascendente o inmanente- y tampoco lo necesitan; *se sostienen por sí mismos en cuanto poder fáctico*. Por lo tanto corresponde desechar como espurios, mistificadores o encubridores a todos los ensayos justificadores del derecho.⁶⁰⁶

Para Lyotard, lo importante no es, o no lo es solamente, legitimar enunciados denotativos, referidos a la verdad, como “la Tierra gira alrededor del sol, sino enunciados prescriptivos, referidos a lo justo, como: “hay que destruir Cartago”, o “el salario mínimo debe fijarse en x francos”. Desde esta perspectiva, el saber positivo no tiene más papel que el de informar al sujeto práctico de la realidad en la cual se debe inscribir la ejecución de la prescripción. Es decir Lyotard plantea que la legitimación estriba sólo en un saber descriptivo, pues su única legitimidad es permitir que la moralidad se haga realidad, cuando el sujeto ejerce esa libertad y autonomía dentro de lo descrito como legítimo. La función crítica del saber, no tiene otra legitimidad final que servir a los fines a que aspira el sujeto práctico, que es la colectividad autónoma.⁶⁰⁷

Lyotard reduce la legitimidad en el mismo metodismo que incurrió la modernidad, de una razón práctica basada en un saber meramente descriptivo, así como la fundamentación de esa razón práctica solamente en la libertad humana y en su autonomía. No considera que el sujeto práctico

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 295-296.

⁶⁰⁶ *Idem*.

⁶⁰⁷ LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna*, op. cit., pp. 69-70.

ejerza su libertad de manera individual y por experiencia natural para la consecución de los bienes humanos. Si bien el sujeto cuando busca sus fines como sujeto práctico, no se pueden identificar sus aspiraciones con la colectividad, con lo cual Lyotard confirma el individualismo subjetivista en el que incurre el sujeto posmoderno, reiterando la autonomía del sujeto cartesiano centrado en el conocimiento científico-descriptivo.⁶⁰⁸

Por otra parte Lyotard considera que el procedimiento de legitimación, de la ciencia, la verdad y en general el conocimiento práctico de la ética, social y política, estriba en que la diferenciación entre el conocimiento especulativo y el conocimiento práctico, es pertinente por su competencia cognitiva. Sin embargo, mantiene el escepticismo en lo moral, cuando afirma que “Nada demuestra que, si un enunciado que describe lo que es una realidad es verdadero, el enunciado prescriptivo que tendrá necesariamente por efecto modificarla, sea justo.”⁶⁰⁹

Lyotard, separa el conocimiento práctico del especulativo, como si se tratasen de dos conjuntos de reglas autónomas, que determinan pertinencias diferentes, con la finalidad de atacar de manera indirecta la legitimidad del discurso de la ciencia, para revelarlo como un *juego de lenguaje* dotado de sus propias reglas. Este planteamiento tendría en las condiciones *a priori* del conocimiento en Kant, como un primer planteamiento, pero sin ninguna vocación de reglamentar el juego práctico.⁶¹⁰ El proceso de legitimación para Lyotard, estribará en el consenso de los destinatarios del mensaje, como juego del lenguaje “donde lo que se ventila no es la verdad, sino la *performatividad*, es decir la mejor relación input/output. El Estado y/o la empresa *abandona el relato de legitimación idealista o humanista* para justificar el nuevo objetivo: en la discusión de los socios capitalistas de hoy en día, *el único objetivo creíble es el poder.*”⁶¹¹

El discurso de la posmodernidad, consistirá en el discurso del poder, para constituir una legitimación; lo que *prima facie* parece impedirlo es la distinción hecha por la tradición entre la fuerza y el derecho, entre la fuerza y la sabiduría, es decir, entre lo que es fuerte, lo que es justo, y lo que es verdadero. Sin embargo Lyotard sostiene que esa inconmensurabilidad a la que refieren los juegos del lenguaje, que distingue por una parte el *juego denotativo*, donde la pertinencia refiere a lo verdadero/falso; por otra parte, el *juego prescriptivo* que procede de lo justo/injusto; el *juego técnico* donde el criterio es eficiente/ineficiente; y finalmente termina imperando *la eficacia de la técnica como discurso del poder.*⁶¹²

Por ende el criterio de la *performatividad*, el aumentar la capacidad de administrar la evidencia física de la información, aumenta en consecuen-

⁶⁰⁸ *Idem.*

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 76

⁶¹⁰ *Idem.*

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 86. Las cursivas son nuestras.

⁶¹² *Idem.*

cia la capacidad de tener razón: *el criterio técnico introducido masivamente en el saber científico no deja de tener influencia sobre el criterio de verdad con un parámetro objetivo de fundamentación.*⁶¹³

Lyotard traslada el criterio de certeza *técnico-científico* a la relación que existe entre *justicia y performatividad*: las oportunidades de que un orden sea considerado como justo aumentarían con las que tiene, de ser ejecutado, y éstas con la performatividad del “prescriptor” –“operador jurídico” en el caso de las teorías procedimentales de la justicia en el derecho-; Luhmann cree constatar en las sociedades postindustriales el reemplazamiento de la normatividad de las leyes por la *performatividad de procedimientos* y su horizonte, es la “realidad” que proporciona las pruebas para la argumentación científica. Los resultados para las prescripciones y las promesas de orden jurídico, ético y político, se apodera de unos y otras al apoderarse de la “realidad” que permiten las técnicas.⁶¹⁴

Esa *realidad técnica* “refuerza” la realidad formal y, por tanto, las oportunidades de que sean justas y tengan razón, de la que pueden disponer el saber científico y la autoridad decisoria, como forma de legitimación por el poder. *La performatividad y su verificación, legitiman la ciencia y el derecho por medio de su eficacia, y así recíprocamente; se autolegitiman como sistema regulado sobre la optimización de sus actuaciones, por lo que la regularidad y generalidad de la información proporciona el incremento del poder. Su autolegitimación, pasa ahora por la producción, la memorización, la accesibilidad y la operacionabilidad de las informaciones.*⁶¹⁵

Lyotard está dispuesto a abandonar los grandes relatos de legitimación, vida del espíritu y/o emancipación de legitimación de la humanidad, y “tolerar” el reemplazamiento parcial de enseñantes por máquinas, al perder el interés por el saber pertinente de la verdad. La pregunta que se plantea el profesionalista, la institución privada o el Estado, ya no es: ¿es eso verdad?, sino ¿para qué sirve? En el contexto de la mercantilización del saber, esta última pregunta, la mayoría de las veces, significa: ¿se puede vender? Y el contexto de argumentación del poder ¿es eficaz? Pues la disposición de una competencia performativa parecía que debiera ser el resultado vendible y por ende eficaz; lo que deja de tener competencia son los criterios como verdadero/falso, justo/injusto, derivándolo a la perspectiva de un vasto mercado de competencias operacionales para los detentadores del saber. Los bancos de datos que exceden la capacidad de cada utilizador, constituirán *la naturaleza para el hombre postmoderno*; la didáctica no consiste sólo en la transmisión de información, y la competencia de su performatividad, sino su capacidad de actualizar los datos pertinentes para el problema que hay que resolver “aquí y ahora” y ordenarles una estra-

⁶¹³ *Ibidem*, p. 87.

⁶¹⁴ *Ibidem*, pp. 86-87.

⁶¹⁵ *Ibidem*, pp. 87-88.

tegia eficiente.⁶¹⁶

De la descripción que hace Lyotard de la legitimación del saber, se advierte que el fundamento de la misma, se centra en la performatividad que logra la ciencia y la técnica, con *la única finalidad de acrecentar su poder y su eficacia, prescindiendo de la verdad: su operatividad*. Además, Lyotard incurre en el mismo reduccionismo metodológico de la ciencia moderna, en cuanto al razonamiento práctico como meramente descriptivo, encontrando el fundamento del saber, en el valor absoluto de la libertad humana y de su autonomía. *El escepticismo moral en el que basa su metodología, es la dicotomía entre la posibilidad de conocer la verdad, y su vinculación con la realización de la justicia, pues ésta solo es “performada” a través de los procedimientos de creación de las leyes*.

Centrado en la división del conocimiento práctico del especulativo –que si bien son autónomos–, Lyotard ataca al discurso positivista de la legitimidad de la ciencia, para revalorarlo a través del *juego de lenguaje con reglas autónomas*. La legitimación posmoderna estribará en el consenso de los destinatarios como juego del lenguaje, en el cual, la verdad no es la finalidad de ese discurso, sino el poder, y en la inconmensurabilidad de ese discurso, impera más el criterio técnico sobre el criterio de verdad. En ese aspecto, la *posmodernidad nihilista* de Lyotard, en la que fundamenta su ataque al positivismo, si bien parte de la distinción entre el saber práctico del especulativo, no se pueden disociar dichos conocimientos con la búsqueda de la verdad. El criterio técnico de la ciencia, termina por instrumentalizar ese conocimiento, para incrementar el poder y la consecuente disociación con la justicia, como única fuente de legitimación de ese discurso.

Por ende, justicia y performatividad, estarán ligadas a una *realidad técnica* en busca más del saber científico e informático, para legitimar la ciencia y el derecho por medio de su eficacia, en suma, su positividad. La propuesta posmoderna de Lyotard, nada tendría de novedosa con la *Teoría pura del derecho*. Si lo que Hans Kelsen propuso a través del normativismo del derecho como sistema cerrado de validez, a los criterios materiales de justicia, en el cual, el cumplimiento al procedimiento de creación de la ley, es el único criterio de validez; la performatividad del derecho a través de la técnica, que propone Lyotard, sería una mera adición secundaria, meras “apostillas” a la *Teoría pura del derecho*. La autolegitimación de la norma ya no sólo sería la eficacia positiva del proceso de creación de la norma por la autoridad competente, sino la posibilidad de transmitir esa información tecnificada, a los decididores y operadores jurídicos, y a sus destinatarios, tanto de la información como del cumplimiento de la norma.

La transmisión de la información de contenido jurídico, bien de los particulares o de las autoridades, complementará esa positividad a través de la ciencia informática, que se mueve dentro de ese *juego del lenguaje técni-*

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 94.

co, que garantiza su operatividad y accesibilidad a los *decididores* que detentan la información y que por ende detentan el poder. Si la información es poder, y los que la detentan, la emiten, la controlan, la procesan y la transmiten; el capital será el criterio de justicia y de legitimación para definir el *que, cuando y como* se trasmite esa información, lo que deviene en totalitario y excluyente de los que no tienen esa capacidad de detentación de la información. Los que no cuentan con esa capacidad de decidir en el juego del lenguaje técnico, porque no pueden acceder a la información, serán excluidos de la participación en la toma de decisiones, al no tener al alcance ni la información, ni la capacidad o competencia para traducir ese lenguaje técnico que crea ese poder detentador de la información.

Con el tiempo, será el poder de los que detentan la información operativa, los que determinarán el contenido técnico de las decisiones del poder público; actos administrativos, reglamentos, leyes, jurisprudencia y cualquier otro acto de autoridad, serán emitidos y estructurados de tal forma que atiendan a los parámetros establecidos en las reglas del juego del lenguaje técnico de los expertos e inventores, a capricho de los decididores, de los detentadores del poder informático.

Los distintos poderes del Estado, obedecerían a esos detentadores de la información como detentadores fácticos del poder; si la información que se puede vender, es la que determina los procesos de legitimación a través de los juegos del lenguaje técnico, los detentadores de esa información serán los competentes para determinar esa “verdad”. Una verdad técnica que esté controlada por los expertos o inventores de la información, que al fin de cuentas decidirán el contenido de esa verdad, contribuyendo a la disociación y alejamiento con la sociedad, que no tiene ni la capacidad, ni el poder de acceder a esa información; ni mucho menos la capacidad de modificarla, ni suprimirla, para ser tomada en cuenta en el proceso comunicativo, generando la disolución del vínculo social que mantiene unida a la comunidad política desde cierta homogeneidad.

El poder se autolegitima a través del dinero y el poder, de su capacidad de emitir, acceder y controlar esa información, como la única forma de verdad a la que puede aspirar el individuo, inmerso en la sociedad de las tecnologías de la información del mudo posmoderno y globalizado. *Si la información se genera para ser vendida, la “verdad técnica”, disociada de la justicia y de la sociedad, será controlada por los detentadores de la información, y determinada por los inventores y expertos, con la única finalidad de ser operativa y eficaz para el lenguaje técnico de la posmodernidad. La sentencia de Lyotard es lapidaria: ¡Sed operativos o desapareced!*⁶¹⁷

B) La posmodernidad de la hermenéutica iusfilosófica

El abandono de los grandes relatos de legitimación, bien socialismo o

⁶¹⁷ *Ibidem*, p.10.

liberalismo, que propone la posmodernidad de Lyotard, parece no tener rumbo claro y coherencia con la crítica a la modernidad, que inició con el término de la Segunda Guerra Mundial, y con el fin de la Guerra Fría. Si el discurso de legitimación performativa, centrado en la ciencia y en la técnica, hacen de la eficacia y operatividad en la transmisión de la información, el único parámetro de legitimación de las decisiones del poder político, la filosofía de la posmodernidad no tiene mucho que aportar. Por otra parte, si dichos criterios de corrección del derecho, se limitan una vez más a los aspectos formales o procedimentales de la verdad, no tendremos nuevamente algún criterio claro, para determinar si una decisión del poder con incidencia para los derechos fundamentales y su justificación, resulta correcta o incorrecta.

El posmodernismo critica al positivismo de la modernidad, en la deslegitimación del procedimiento decisorio que centraba en la ideología del poder imperante, como lo fue la ideología burguesa que nació desde la ilustración y que terminó en la Revolución Francesa ¿Cuál es el nuevo paradigma de legitimación que propone el posmodernismo, para superar los problemas por los cuales se criticaba a la modernidad?

La única adición a esa performatividad del derecho, es el abandono de la verdad, fundamento o la sujeción a una “verdad débil” –como lo propone Gianni Vattimo⁶¹⁸–, y el remplazo de la verdad por la operatividad de la información, su eficacia termina en un aspecto técnico, para el incremento de poder por parte de los detentadores y decididores de la información ¿Cuál sería la novedad del posmodernismo, si el principal cuestionamiento de la modernidad, es la instrumentalización de la razón?

Los problemas que se logran avizorar con la propuesta posmoderna en su versión nihilista, tienen trascendencia ineludible para el derecho. El cuestionamiento de los procedimientos de legitimación del discurso práctico, son en gran medida, los puntos neurálgicos en los que se basan los debates actuales en las colisiones entre derechos fundamentales. Es decir, la interpretación y justificación argumentativa, que los operadores jurídicos van a realizar con base en las normas constitucionales, son y serán puntos de encuentro y desencuentro, con las múltiples interpretaciones de esos derechos y su relación con la moral, bien de forma contingente o necesaria. Por ende, la discusión de la posmodernidad en el derecho –parafraseando a Laporta⁶¹⁹– *no es un tema ajeno al neoconstitucionalismo, sino es el tema en el que se encuentra la filosofía del derecho en el paradigma constitucional.*

⁶¹⁸ Para un análisis muy actualizado de la hermenéutica nihilista de la posmodernidad que sostiene Gianni Vattimo Véase VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, 5ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2007; VATTIMO, Gianni, *Adiós a la verdad*, trad. María Teresa D´Meza, Gedisa, Barcelona, 2010.

⁶¹⁹ Francisco Laporta afirma que “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está. Véase LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, op. cit., p. 7.

En la actualidad se denomina con una palabra de moda, *paradigma de cambio*, al referirse al cambio de lo moderno a lo posmoderno. Sin embargo, para Arthur Kaufmann, se debe tomar en serio, sobre todo en las raíces de este movimiento, el malestar ante lo moderno y especialmente frente a la ilustración; las preguntas que emergen continuamente ante el empuje arrollador de las nuevas tecnologías y los movimientos filosóficos y literarios posmodernos⁶²⁰, que en muchos casos no son sino el retorno a prácticas, intuiciones y supersticiones del pasado, no se puede simplemente despachar con un gesto de rechazo de forma gratuita sin un previo análisis.⁶²¹

Ciertamente lo posmoderno ha provocado corrientes que científicamente no pueden tomarse en serio, pero en lo esencial, sus enunciados contienen algunos datos que, para la situación actual, son justamente también significativos en la ciencia. Lo que nos interesa para el estudio de la hermenéutica de los derechos fundamentales, es el cargo decisivo de lo posmoderno contra lo moderno, esta “ilustración perenne” que ha dispuesto todo como puro señorío y utilidad del saber, consiste en que se ha demostrado incapaz de dar respuestas a los interrogantes que son verdaderamente de importancia para los hombres.⁶²² En concordancia con lo ya señalado con Gustav Radbruch, esa pregunta se plantea cuando la ley traspasa ese umbral de injusticia que no puede ser considerado derecho, en cuya respuesta no supo otorgar el sistema jurídico moderno del positivismo jurídico, tras el derrumbe del régimen totalitario del nacionalsocialismo en Alemania.⁶²³

Kaufmann no se considera un defensor de la posmodernidad y de ningún modo del irracionalismo o nihilismo que destruya la pretensión de universalidad de la hermenéutica iusfilosófica; la correcta caracterización de lo posmoderno como “una llave maestra poco utilizable para un riguroso análisis científico”. “En ningún caso luchar por la posmodernidad, sino antes bien, defender y conservar las verdaderas conquistas de la modernidad y el racionalismo. Precisamente por eso estimo inaplazable tomar también en serio semejantes advertencias, tal como se hacen por representantes serios de la posmodernidad.”⁶²⁴

Para Carlos Massini resulta conveniente considerar las más recientes aportaciones efectuadas en el campo de la filosofía y de la metodología, tales como la hermenéutica, la contemporánea metateoría de la ciencia y la filosofía analítica, *convenientemente criticadas en sus reduccionismos, sus*

⁶²⁰ Nos remitimos a las citas que realizamos de Lyotard en relación con la importancia de las nuevas ciencias y tecnologías, de la informática, cibernética y de la comercialización de los saberes y de la información, como incremento de poder y de control, en lugar de la búsqueda de la verdad y del fundamento de las instituciones y de los derechos.

⁶²¹ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, op. cit., p. 7.

⁶²² *Idem*.

⁶²³ *Supra* “La fórmula Radbruch: la injusticia extrema no es derecho”

⁶²⁴ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, op. cit., p. 15.

contradicciones y sus consecuencias indeseadas; es preferible, por lo tanto, correr el riesgo de repensar -desde su posición iusnaturalista-, los problemas que la vida social contemporánea, y en especial la jurídica, plantean agudamente al espíritu humano y resolverlos desde una perspectiva circunstanciada a exigencias del realismo objetivo: “*una perspectiva dialógica pero veritativa, plural pero no relativista, racional pero no sistemista, universalista pero abierta a la diversidad de las concreciones prudentiales de los principios de derecho natural.*”⁶²⁵

Massini acepta la ardua tarea, la complejidad y el riesgo que conllevan la revalorización de los postulados del derecho natural en el contexto de la crisis contemporánea que planteó el posmodernismo para la filosofía del derecho, pero también es verdad que no existe ni ha existido aventura humana que no revista esos caracteres.⁶²⁶

En el derecho posmoderno, se plantean dos propuestas muy actuales para rebatir al *funcionalismo del positivismo jurídico* renovado como el positivismo metodológico, que acepta ciertos criterios de valor moral en el derecho, pero de manera contingente. Se trata de las propuestas de la *Teoría de la justicia* de John Rawls y la teoría del discurso de Jürgen Habermas; la *teoría de la argumentación jurídica* y la *teoría de los derechos fundamentales* como principios que elabora Robert Alexy, tiene fuertes conexiones con la teoría discursiva de Habermas. Ambas teorías, tienen como común denominador, que son sostenidas por los más relevantes representantes del discurso ilustrado en filosofía moral y política contemporánea; ambas convergen también en una fundamentación de una teoría de la justicia que se apoya en una reconstrucción procedimental de sus presupuestos kantianos.⁶²⁷

Por lo que respecta al positivismo metodológico, la propuesta más acabada y estructurada desde el punto de vista de la filosofía, de la ciencia del derecho y de la política, resulta ser el garantismo de Luigi Ferrajoli. Sin menospreciar su magna obra contenida en su *Principia Iuris*, consideramos que el insistir en los postulados del positivismo, en cuanto a que los elementos morales del derecho no son necesarios, así como la irrelevancia de los principios jurídicos en relación con las reglas, se incurre de nueva cuenta en una versión débil de la pretensión de universalidad del derecho.

⁶²⁵ MASSINI CORREAS, Carlos I., “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, en *Doxa*, 21-II, 1998, pp. 300-301.

⁶²⁶ *Ibidem*.

⁶²⁷ HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. Gerard Vilar Roca, introducción Fernando Vallespín, Paidós, Barcelona, 1998. El debate Rawls-Habermas en palabras de Fernando Vallespín es una disputa de familia desde presupuestos kantianos. Sin embargo, mantienen diferencias muy singulares: el discurso habermasiano, más comunitarista con un mayor compromiso en la democracia y las virtudes del republicanismo de la participación política; Rawls, por su parte desde una visión individualista, insiste en su promoción de la justicia social, y subraya el problema de diseñar una teoría política en la que puedan reconocerse todas las concepciones filosóficas, políticas y morales de la sociedad pluralista.

Como más adelante se estudiará, el garantismo de Luigi Ferrajoli⁶²⁸, considera que la distinción entre reglas y principios resulta irrelevante, o inclusive, de manera premeditada rechaza su estudio; relega de la valoración jurídica una importante fuente de derecho, como lo son las dimensiones morales de justicia que contienen las normas de derecho fundamental. En ese sentido, el *constitucionalismo positivista* de Ferrajoli, no tiene mucha diferencia con el *nihilismo posmoderno* que pregona Lyotard, pues en ese sentido la performatividad y procedimentalidad del discurso jurídico, es lo que determina la corrección e incorrección de las respuestas en el derecho.

De manera complementaria a las teorías procedimentales de la justicia y al positivismo metodológico, la hermenéutica iusfilosófica propone una interpretación de esos contenidos materiales de justicia, desde el ámbito normativo de los principios jurídicos contenidos en las constituciones como derechos fundamentales. La hermenéutica no busca su “encasillamiento” en los eternos retornos del iusnaturalismo desde una visión legalista de la ley natural que descuide la adecuada dimensión fáctica y objetiva del derecho en el develamiento de los bienes humanos en los casos particulares.

La hermenéutica tampoco busca la renovación del positivismo jurídico en un *postpositivismo*, positivismo incluyente, garantismo, constitucionalismo positivista o cualquier filosofía jurídica que sigan apostando por los aspectos lingüísticos, lógicos y formales de las normas de derecho fundamental, como mera función descriptiva de la ciencia jurídica. El positivismo de nuestros días, continúa delegando a un segundo plano los contenidos materiales de justicia, que trascienden a los consensos legislativos e intersubjetivos de los operadores y participantes del discurso jurídico, para la aplicación de los principios que contienen derechos fundamentales.

La hermenéutica iusfilosófica, pretende en todo momento, no descuidar la dualidad del derecho: desde los contenidos formales del lenguaje como una teoría analítica del derecho que le imprima un *sentido lógico* a los principios, como bien lo propone la teoría de la argumentación jurídica; así como desde una hermenéutica iusfilosófica, que desarrolla sus postulados materiales de justicia como dimensiones de la moralidad. La hermenéutica le reconoce un *sentido dialógico* a esos principios, procurando siempre la comprensión del derecho en el mundo de la vida, en toda su complejidad con otras realidades como la filosofía, la moral, la ética y la política, prevalentemente.

Con Arthur Kaufmann, podemos sostener que no se trata de acusar a

⁶²⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Principia iuris. Una distinción teórica”, en AA. VV., *Derecho y democracia constitucional, Una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli, op. cit.*, pp. 376 y ss. De manera premeditada rechaza de forma sustancial dicha distinción, en tanto que los derechos fundamentales son reglas, sin necesidad de diferenciar la forma en que se aplican dichas disposiciones normativas con peligro de perder fuerza normativa con la ponderación.

la teoría analítica del derecho en una actitud irrazonable; solo se exige que esta se haga consciente de su carácter unilateral y adquiera de ahí la comprensión de que debe comunicarse con otras tendencias especialmente la hermenéutica: “La hermenéutica requiere la analítica, pues sin esta, sería ciega. Pero de otra parte, necesita también la analítica de la hermenéutica, pues sin esta, aquella sería vacía. Yo abogo por un *pluralismo en ciencia y filosofía*.”⁶²⁹

La hermenéutica que plantea la filosofía del derecho, hace un recuento de los daños en cuanto a la incapacidad del derecho moderno de corte racionalista, con principal apego a las doctrinas iusnaturalistas y positivistas de cuño normativista y legalista, que no pudieron dar respuesta plausible a los problemas concretos de injusticia extrema contenida en el mismo ordenamiento jurídico de la que se encargó Gustav Radbruch. Por ende la hermenéutica iusfilosófica mantiene fuertes pretensiones de universalidad y generalidad de las bases teóricas de la tradición moderna del derecho en su perspectiva sistemática del ordenamiento jurídico; sin embargo, busca complementar su eficacia y validez, desde una perspectiva del derecho que no descuide la aplicación concreta de las normas de derecho fundamental en los casos particulares.

En esa vertiente, el Estado constitucional que nació del derecho moderno, reconoce ciertas críticas de la visión posmoderna del derecho en cuanto al proceso analítico de diferenciación de los casos difíciles o complejos que conlleven esa toma de perspectiva de las teorías procedimentales y constructivistas de la justicia. Dichas teorías -se reconoce- dotan de los esquemas comunicativos del lenguaje intersubjetivo del discurso jurídico como lo concibe el positivismo metodológico y su referente en el constructivismo ético, sin caer en el escepticismo y el relativismo moral a ultranza. En suma, todo absolutismo jurídico en cuanto a la reducción o exclusión del aspecto formal o material del derecho, provoca un desequilibrio en la dualidad de sus normas y en su pretensión de universalidad.

La *hermenéutica iusfilosófica*, es la concreción fáctica y singular de la razón práctica del derecho en el caso concreto, en tanto configuración y particularización del acto de justicia, como dimensión y representación de la prudencia del juzgador, en busca del sentido moral de la norma contenida en los derechos fundamentales. Sin embargo, se mantiene la reticencia de caer en un particularismo o relativismo moral que conlleve el vaciamiento deontológico de las normas de derecho fundamental, en el que priva el consenso intersubjetivo de las normas, en un franco nihilismo posmoderno que se extravía en el laberinto del derecho de puras reglas.

4. EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN PROYECTO INCOMPLETO DE LA MODERNIDAD

⁶²⁹ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, op. cit., p. 17. Las cursivas son nuestras.

La finalidad de la actividad intelectual de la teoría y filosofía del derecho que nutre al neoconstitucionalismo y a la hermenéutica iusfilosófica, consiste en un esfuerzo desinteresado –desde el aspecto utilitarista o funcionalista- por descubrir los paradigmas a los que se deben dirigir los contenidos materiales de los derechos fundamentales. La hermenéutica de la Constitución propicia que se considere en cada caso, ese plexo fáctico y circunstanciado que ha forzado al derecho, a que los casos con particularidades especiales, sean considerados “casos difíciles”, en los que necesariamente conlleva un exigencia de razonabilidad de carácter prudencial, en la concreción de los derechos fundamentales.

No nos interesa centrarnos en denominaciones o conceptos indeterminados desde el punto de vista formal de manera privativa, sino en el contenido sustancial de la teleología del neoconstitucionalismo, como pretensión de validez universal de los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico; mediante un proceso de constitucionalización de las fuentes del derecho, para la lo cual la hermenéutica es una herramienta fundamental.

Asimismo, se busca la dilucidación de la confusión que se ha desencadenado, por mantener una visión relativista de la moral en la que se encerró el positivismo jurídico y a la que se adscriben el garantismo y el positivismo metodológico principalmente, cuando aluden a la contingencia abstracta de las relaciones entre el derecho y la moral. Las respuestas correctas en el derecho, no se encuentran en las elaboraciones teóricas de los doctrinarios, sino en la adecuación coherente de los principios de derecho fundamental en los casos particulares, sin renunciar desde luego a los paradigmas y directivas de interpretación que propugna la hermenéutica universalista iusfundamental.

En suma, sostenemos que la persistencia de las teorías que mantienen al derecho en el relativismo moral como el positivismo jurídico que sostiene un escepticismo ético, son quizá producto de los dogmas más absolutos a los que se han enfrentado las ciencias humanas; de la afirmación de que en materia de principios y valores morales *todo es relativo y nada es absoluto* –y si se analiza de forma sincera-, se puede advertir con claridad que estamos ante la presencia de confusiones de gran calado en cuanto a la forma de entender la suma complejidad que representa la relación de la moral dentro del ordenamiento fundamental del Estado de derecho.

La filosofía del derecho como tal, ha adquirido carta de naturalización en no más de dos siglos, en tanto que coincide con el nacimiento de la formulación de las bases del positivismo jurídico.⁶³⁰ Sin embargo –como señalamos con Alexy-, los problemas entre el derecho positivo y derecho natural han acompañado a la historia de la civilización desde hace dos mil años, como una narración de los problemas entre lo positivo y lo justo, en-

⁶³⁰ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, op. cit., P. 205

tre la ley y el derecho, entre el derecho y la moral; los problemas que plantea el neoconstitucionalismo no tienen como finalidad el resolverlos de una vez por todas en el establecimiento de una única respuesta correcta de forma abstracta.

El sostenimiento de una *respuesta correcta pétrea*, convertiría en *arrogancia científica o falsa dogmática*, a la posible aproximación que busca toda teoría del derecho sensata: el proyectar hacia el ordenamiento jurídico la protección de los derechos fundamentales que la Constitución, a través de la emisión de actos y leyes razonablemente justificados.

Para Miguel Villoro Toranzo, si bien es cierto que la teoría del derecho será un instrumento válido en la medida que nos acerca a entender de la mejor manera el derecho, dicha descripción no puede traspasar la realidad misma de la cosa observada, y por ende, será una mala teoría; si la respeta y la trata de interpretar, será una buena teoría: por lo tanto, la teoría general del derecho tendría un carácter artificial, pero no arbitrario.⁶³¹

Sin embargo, el ideal de que existe una respuesta correcta en el derecho, es una aproximación a la que solo se puede llegar a través del razonamiento práctico; y para ello la hermenéutica, la ha tomado como referente fundamental en el pensamiento tanto de Heidegger, como en Gadamer, sólo si se entiende plenamente el concepto de derecho como interpretación a partir de sus presupuestos filosóficos.⁶³²

Bajo esos presupuestos, estaremos en condiciones de llegar a buen puerto en la búsqueda de la verdad en términos del razonamiento práctico y con ello en la fundamentación de las respuestas jurídicas en tratándose de la interpretación y aplicación de las normas iusfundamentales.

Coincidimos con García Manrique cuando afirma que la construcción de una teoría de los derechos fundamentales como la de Robert Alexy puede entenderse como un paso firme hacia el cumplimiento de la promesa liberal de felicidad social, tan añeja como las revoluciones francesa o norteamericana de finales del siglo XVIII, inscrita en la Declaración de Independencia norteamericana de 1776 o en el Preámbulo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y ahora renovada por las constituciones contemporáneas, todavía liberales por mucho que su liberalismo pueda ser adjetivado de uno u otro modo.⁶³³

La promesa liberal que se encuentra inmersa en el proyecto ilustrado de las constituciones contemporáneas de la posguerra, está ahora documentada en los catálogos de derechos fundamentales de esos ordenamientos, cada vez más amplios y exigentes, cuya realización promete una so-

⁶³¹ VILLORO TORANZO, Miguel, *Teoría general del derecho. Lo que es. Su método*, 7ª ed., 1ª reimp., Porrúa, México, 2015.

⁶³² ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, 2ª reimp., Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, Bogotá, 2004, p. 4.

⁶³³ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo en "Presentación" a ALEXY, Robert, *et. al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Ricardo García Manrique (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 17.

ciudad justa en la que todos encuentren garantizado su bienestar y su autonomía en niveles equivalentes. Si se trata de una promesa factible, o sólo de un *noble sueño*, o, en el peor de los casos, de una nueva artimaña de los poderosos para perpetuar su posición de dominio, vendrá determinado, entre otras cosas, por la posibilidad de articular una interpretación unitaria, coherente y completa, y en última instancia moralmente satisfactoria, de los capítulos constitucionales en materia de derechos fundamentales.⁶³⁴

De la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy resultan tres características esenciales: a) Es una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn; b) Es una teoría jurídica; y c) Es una teoría general. De igual forma su teoría de los derechos fundamentales se sustenta en buena medida la jurisprudencia del TCFA. Sin embargo y dadas las semejanzas existentes entre las constituciones contemporáneas en cuanto a los catálogos de derechos fundamentales y, en particular, teniendo en cuenta la influencia del texto y la jurisprudencia constitucional -tanto española como alemana-, la teoría de los derechos fundamentales de Alexy permite aplicarla en buena parte sin alteraciones a un marco jurídico diferente del germano, en cuanto a que su carácter dogmático, por una parte, y general, por otra, hacen confluír en la obra de Alexy los intereses de todo tipo de juristas, que pueden discutir juntos en un terreno común a todos ellos, mostrando así que la cultura jurídica todavía puede ser unitaria en buena medida.⁶³⁵

Toda teoría que se precie de ser “posmoderna” que a su vez, exalte el carácter indeterminado de los principios y por ende la imposibilidad de llegar a respuestas correctas y objetivas en el derecho que no dependan de la libre voluntad de los operadores jurídicos; en el fondo alude a que el derecho puede tener cualquier contenido moral, lo que confirma el elemento central del escepticismo ético. Sin embargo, la rehabilitación de la razón práctica que conlleva el renacimiento del aspecto normativo de la Constitución, a través de la teoría de los principios -como la de Robert Alexy-, tiene en los operadores jurídicos, los forjadores del Estado de derecho constitucional. Los principios encuentran aplicación práctica en los *Tribunales constitucionales*, quienes logran actualizar ese pacto de convivencia esencial, que persiste en el proyecto ilustrado de las sociedades globalizadas, pero ahora desde una pretensión mesurada del sistema jurídico.

En esa tesitura -y en concordancia con Rodolfo Vigo- reafirmamos la confianza en el Estado de Derecho constitucional, sin dejar de advertir que en el proceso desencadenado por el mismo, se generan dudas e inquietudes, que resulta imprescindible prestarles atención en orden a procurar su

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 18.

⁶³⁵ *Idem*. Para advertir el alcance del concepto de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales en cuanto a la Ley Fundamental y su proyección normativa hacia el sistema jurídico de los Estados constitucionalizados Véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. en español, 1ª reimp., trad. y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 11 y ss.

control y correcta deducción, a efecto de ir introduciendo los cambios y modificaciones apropiados al modelo constitucional de Estado que queremos.⁶³⁶

En la posmodernidad se habla de una profunda crisis de las instituciones, en la que se transita por una etapa fundacional en la que lejos de implicar una inercia cargada de automatismo e irracionalidad, conlleva un compromiso social por parte de la comunidad científica: el velar por *las mejores instituciones*. Los autores neoconstitucionalistas son una cita forzosa en el debate contemporáneo, más allá de coincidencias o disidencias; en todos los casos el camino será el debate racional pensando con la mayor sinceridad posible, actitud que sin duda resulta la mejor para la sociedad a la que nos debemos como juristas.⁶³⁷

El Estado constitucional de derecho y la fuerza normativa de la constitución, han encontrado en el neoconstitucionalismo una rehabilitación de la filosofía práctica, de la argumentación y de la misma hermenéutica; para traducir los contenidos de los principios de derecho fundamental, en acciones concretas de deber ser. En esa intrincada función se encuentra la *hermenéutica iusfundamental*, como una llave que abre el panorama del horizonte de comprensión, de aquellos elementos rescatables que dieron origen al Estado constitucional contemporáneo; encontrar la legitimación de la fuerza normativa del derecho, solucionando previamente la paradoja existente entre el contexto de fundamentación de la modernidad y la posmodernidad: el discurso de la ética discursiva que respete los núcleos indisponibles de los derechos fundamentales.

El Estado constitucional es un proyecto incompleto y seguirá siéndolo; en los mismos operadores jurídicos, se centra la exigencia de cumplir el proyecto ilustrado de libertad, igualdad y fraternidad que desde la aspiración revolucionaria francesa y norteamericana, marcaron los rumbos de las constituciones modernas, hasta la era contemporánea del derecho posmoderno con la Segunda Guerra Mundial.⁶³⁸

El proyecto jamás concluye, pues los ideales de progreso y bienestar social, tendrán vigencia hasta que la misma humanidad deje de existir. La idea del hombre siempre nuevo y realizado en la consecución de la felicidad a través del ejercicio de sus libertades y derechos de forma autónoma e ilimitada, como satisfactores individuales –principalmente la propiedad–, ha dejado a la sociedad en franca contraposición con el proyecto ilustrado:

⁶³⁶ VIGO, Rodolfo Luis, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, en ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del (coord.), *Supremacía constitucional*, op. cit., p. 260.

⁶³⁷ *Idem*.

⁶³⁸ Una obra de referencia obligada para analizar la idea del Estado constitucional que se consolida en la Francia revolucionaria a partir de 1789, y su reformulación en el modelo actual de Estado europeo o norteamericano. HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, prol. Antonio López Pina, Trotta, Madrid, 1998.

*el mito del hombre nuevo.*⁶³⁹

No resta más que rescatar en lo justo y finito posible el ideario de la ilustración; y abandonar el reduccionismo científico de la modernidad. La hermenéutica tendrá la ardua tarea de interpretar la realidad de los Estados constitucionalizados, desde un aspecto más sustancial que procedimental; *el proyecto del Estado constitucional deberá ser hermenéutico, o no lo será en lo absoluto.*

CONCLUSIONES

1. La condición posmoderna en el derecho

1) La modernidad como presupuesto de lo posmoderno.

A) Cuando se critica a la modernidad desde claves posmodernistas, se parte desde la misma modernidad; pero con la pretensión de elaborar una visión de la realidad particularista desde una sociedad pluricultural. Es decir, *no se es posmoderno si antes no se parte de las categorías de la modernidad.*

B) Por ello las estructuras posmodernas pretenden reestructurar las bases desde las cuales, surgen los postulados filosóficos de la razón ilustrada que dio origen al mismo liberalismo burgués; que se desencadenó desde las revoluciones, tanto norteamericana como francesa.

2) La posmodernidad: el fin de los grandes relatos y la *koiné* del pensamiento occidental.

A) El fin de los grandes relatos llega con la Segunda Guerra mundial y el proceso de deslegitimación de la racionalidad moderna por haberla instrumentalizado en perjuicio de la humanidad.

B) La hermenéutica es la *koiné* del pensamiento occidental; el puente argumentativo que une la tradición anglosajona de la filosofía analítica con la filosofía continental europea, representada principalmente en la hermenéutica filosófica.

3) La condición posmoderna en el derecho: Jean François Lyotard.

A) En palabras del ideólogo más importante de la posmodernidad, Jean François Lyotard, en *La condición posmoderna* cuestiona los grandes relatos de la modernidad, tales como la emancipación del ciudadano, la reali-

⁶³⁹ Dalmacio Negro analiza de forma cuidadosa los principales antecedentes, concepciones y tendencias relacionados con la utopía del hombre nuevo. Dicho mito, íntimamente ligado a la religión secular de la modernidad, es identificado como uno de los dogmas fundamentales que han configurado la mentalidad de nuestro tiempo –artificial y reduccionista-, desde el siglo XIX hasta el siglo XXI. Véase NEGRO, Dalmacio, *El mito del hombre nuevo*, op. cit.

zación del espíritu, la sociedad sin clases.

B) Los grandes relatos han llegado a su fin: tales *metarrelatos* sirvieron para que la edad moderna legitimaran sus saberes y sus actos. La posmodernidad viene a cuestionar la fundamentación de los “grandes relatos”, en tanto a que han agotado su sentido de legitimación.

C) El saber posmoderno no sólo es el instrumento de los poderes como medio de sensibilización ante las diferencias, así como en la capacidad de soportar lo inconmensurable: *lo posmoderno más que recurrir a los expertos, recurre a los inventores*.

D) La aplicación del paradigma posmoderno implementa los *juegos del lenguaje* con cierto terror, blando o duro, con una conclusión lapidaria y desconcertante a la vez: “*sed operativos, es decir, conmensurables, o despareced*.”

E) Giovanni Sartori ya nos prevenía de la *revolución multimedia* que tiene el denominador común del *tele-ver*, y, como consecuencia, nuestro *video-vivir*; la televisión y el internet, han transformado la cultura a través del vídeo, del *homo sapiens*, producto de la cultura escrita, a un *homo videns*; la secuencia de imágenes con audio, que da cuenta de manera instantánea de un acontecimiento, ha descartado la trasmisión de los saberes a través de la palabra escrita.

F) El problema central de la transformación cultural, en representaciones gráficas e icónicas como el *meme* es que no se trasmite conocimiento, solamente emociones, y como tal, es información que a la vista de la sociedad de la información resulta “novedosa”, “entretenida”, “recreativa”, “valiosa” y para acceder a ella siempre se tiene que pagar un costo por el servicio (internet) o por la información misma.

G) El *meme* como *unidad mínima de conocimiento icónico*, logra su objetivo para replicar, imitar o mimetizar –por ello el término “meme”-, infinidad de veces su contenido chusco, grotesco o sarcástico; el *meme* ha logrado penetrar en el mundo de lo anónimo, del “se dice”, de la avidez de novedades por medio de la publicidad, pero sin referir a un conocimiento que abone a la formación integral de la persona, a la cultura o a la tradición histórica.

H) Sin embargo, con la crítica al *meme*, no pretendemos estigmatizar la facilidad con la cual se quiere comunicar algo de forma graciosa o sarcástica; el problema de fondo es que el *meme* se convierta en la única vía de trasmisión de “conocimiento” y sólo sea a través de imágenes icónicas, la forma en la cual se pretendan comunicar ideas o argumentos, lo que evidentemente traería un empobrecimiento de la cultura y del saber científico y filosófico.

2. Crítica de la hermenéutica iusfilosófica a la posmodernidad

1) *La facticidad del Estado Posmoderno: Paolo Grossi y el ordenamiento jurídico incardinado en la sociedad.*

A) Grossi con fundamento en Santi Romano, afirma que el derecho co-

mo ordenamiento jurídico que nace desde “abajo”, desde la misma vivencia de la sociedad, ha sufrido un desplazamiento por el derecho emanado *del Estado*; el cual ha sido representado por el sistema jurídico, en muchas ocasiones como un derecho que parte de la ficción y de su apariencia de perfección, como coherente y completo, sin lagunas y antinomias.

B) El *orden jurídico medieval*, reflejó toda la singularidad de un universo jurídico provisto de valores peculiarísimos. Separado de lo moderno por una profunda ruptura con el Estado, en la medida en que está construido desde la misma sociedad; *la sociedad es jurídica no porque el Estado emita leyes que regulen el orden social*. El orden jurídico medieval se vio representado como *un Derecho sin Estado*.

2) *La crisis del Estado moderno y sus pilares fundamentales: la ley y el sistema jurídico*.

A) La irrupción del posmodernismo viene aparejada con la crisis del estado, la crisis de la ley y la crisis de las fuentes del derecho, para plantear la nueva función del intérprete.

B) Por lo cual podemos apreciar en la obra de Grossi un planteamiento netamente hermenéutico en cuanto a la renovación del Estado, de la sociedad y del derecho a la luz de su interpretación por el operador jurídico.

3) *La Constitución posmoderna y el desencanto de la codificación*

A) La novedad de la *Constitución posmoderna*, consiste en que la sociedad con sus valores e intereses, *irrumpe en un texto autorizado sin filtros de ninguna clase, hasta el extremo de que se puede contemplar ese texto como el fiel espejo de la misma*; un conjunto orgánico de principios y reglas inferidas de la atenta observación de la *vida individual y social del ciudadano de la calle a la que, finalmente, se consigue ordenar de un modo adecuado*.

B) Dicha Constitución ya no presupone los artificios del poder que el “clarividente” Santi Romano había denunciado a principios del siglo: *hay, por el contrario, principios y reglas cuyo fundamento son los hechos de la vida, de la vida concreta*.

C) El fenómeno de la codificación y su posterior desencanto, en realidad constituía la crisis de la ley. Si bien es cierto, se han mantenido en las *Disposiciones Preliminares* de los códigos la jerarquía de fuentes, la solución de antinomias y lagunas con base en la interpretación de las leyes; *el ordenamiento jurídico está vivo, ha recorrido imparable la vía trazada por la propia experiencia y, de una manera lenta pero progresiva, ha ido desplazando el eje que lo sostenía hacia otras fuentes más cualificadas y capacitadas para asegurar el salvamento jurídico de la sociedad a lo largo de su camino*.

4) *El derecho posmoderno y la hermenéutica del espacio común Europeo en el diálogo jurisprudencial*.

A) A la luz del paradigma hermenéutico de Gadamer, Grossi concibe al

mercado europeo común como un laboratorio que proporciona un arsenal muy innovador, que implica un cambio radical de mentalidad en la cultura jurídica; Europa avanza como una unidad política y jurídica, se ha transformado en un terreno extraordinario donde se consuma la ósmosis entre dos distintos planetas.

B) Así como en la perspectiva hermenéutica iusfundamental, el puente que salva las distancias entre el *common law* y el *civil law*, es el *derecho común europeo*; pues lejos de insistir en posiciones antagónicas entre ambas tradiciones jurídicas, a los que una tenaz y perseverante tradición veía intrincadas posiciones antagónicas.

C) Ahora convergen los modos singulares de concebir el derecho en las relaciones entre el derecho, Estado y Sociedad. Es decir, por un lado, el estatismo, el legalismo y el formalismo; por el otro, judicialismo, historicismo y empirismo.

D) La consecuencia de la comunicación de tradiciones desde el derecho común europeo, es el desconocimiento de la rigidísima separación de poderes que depositaba y avalaba el monopolio de la producción del derecho en manos del legislador.

E) La función lenta pero progresiva, en la construcción de un ordenamiento jurídico europeo, la desempeña un órgano judicial: el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Recurriendo a aquella aproximación casuística típica de todos los jueces, no solamente ha resuelto las cuestiones que se le dirigían, sino que ha contribuido en gran medida a la formación de un nuevo orden jurídico, un espacio jurídico común, a lo que nosotros hemos llamado el *diálogo jurisprudencial entre tribunales*.

3. Prevenciones al derecho posmoderno.

De la mano de Carlos I. Massini, podemos proponer diversas prevenciones al derecho posmoderno en clave ontológica, universalista y analógica:

1) *Crítica de la razón constructiva y sistemática de los relatos.*

A) La razón constructiva, sistemática y universalista de la modernidad, atacada como “torturadora” y “encubridora” de la realidad, es sustituida por la perspectiva posmoderna por una “arqueología del saber” (Foucault) y que desemboca finalmente en un irracionalismo anárquico, descontextualizado y anónimo.

B) En el ámbito de lo ético-jurídico, esto significa una *desfundamentación* del orden normativo: la razón moderna que lo justificaba racionalmente desaparece y la autoridad resulta sospechosa como encubridora de *dominación del sujeto: sujetar a los sujetos* según Foucault.

C) El derecho pasa a carecer de fundamento, pues solo se sostiene nuevamente en su propia positividad, pero ahora sin ninguna “ideología” o cosmovisión que le dé justificación.

2) *Pérdida de la noción de sujeto o subjetividad sin sujeto.*

A) El sujeto ya no es más el dispensador de sentido de la realidad, en

consecuencia el sentido inherente de la naturaleza clásica no reaparece, no existe ya lugar donde escrutar el sentido del derecho: éste termina por carecer de sentido.

B) Foucault anuncia la muerte del sujeto, *el hombre ha muerto*; para lo cual desarrolla una hermenéutica alejada del concepto de racionalidad de la modernidad, pero descuidando muchos aspectos sustanciales en su giro copernicano.

C) Esta pérdida del sujeto significa, en el campo jurídico, la desaparición de las nociones de derecho subjetivo y de los derechos humanos, así como, en definitiva, de la noción misma del derecho.

D) El derecho debe necesariamente desaparecer *por carencia de una base óntica en la cual inherir para poder ser: el ser desprovisto de lo óntico es el vacío mismo de la náusea: el mundo jurídico se ha disuelto entonces en una red de relaciones meramente fácticas y sin sentido deóntico.*

3) *Ausencia de fundamento o inverificabilidad de la experiencia jurídica.*

A) *La verdad procedimental del poder y la información: la performatividad del derecho.*

a) Lyotard, separa el conocimiento práctico del especulativo, como si se tratasen de dos conjuntos de reglas autónomas.

b) Traslada el criterio de certeza *técnico-científico* a la relación que existe entre *justicia y performatividad*: la legitimación del saber y su fundamento, se centra en la performatividad que logra la ciencia y la técnica, con *la única finalidad de acrecentar su poder y su eficacia, prescindiendo de la verdad: su operatividad.*

c) *El escepticismo moral en el que Lyotard basa su metodología, es la dicotomía entre la posibilidad de conocer la verdad, y su vinculación con la realización de la justicia, pues ésta solo es “performada” a través de los procedimientos de creación de las leyes; muy parecido al postulado kelseniano del decisionismo jurídico.*

d) *Si la información se genera para ser vendida, la “verdad técnica”, disociada de la justicia y de la sociedad, será controlada por los detentadores de la información, y determinada por los inventores y expertos, con la única finalidad de ser operativa y eficaz para el lenguaje técnico de la posmodernidad: la sentencia de Lyotard es lapidaria: ¡Sed operativos o desapareced!*

B) *La posmodernidad de la hermenéutica iusfilosófica.*

a) La hermenéutica que plantea la filosofía del derecho, hace un recuento de los daños en cuanto a la incapacidad del derecho moderno de corte racionalista, de dar respuesta plausible a los problemas concretos de injusticia extrema contenida en el mismo ordenamiento jurídico de la que se encargó Gustav Radbruch.

b) La *hermenéutica iusfilosófica*, es la concreción fáctica y singular de la razón práctica del derecho en el caso concreto, en tanto configuración y particularización del acto de justicia, como dimensión y representación de la prudencia del juzgador, en busca del sentido moral de la norma contenida en los derechos fundamentales.

c) Dicha propuesta mantiene la reticencia de caer en un particularismo o relativismo moral que conlleve el vaciamiento deontológico de las normas de derecho fundamental, en el que prive el consenso intersubjetivo de las normas, en un franco nihilismo posmoderno que se extravía en el laberinto del derecho de puras reglas, propias del lenguaje normativo del positivismo metodológico.

4. *El estado constitucional: un proyecto incompleto de la modernidad.*

A) En concordancia con Rodolfo Vigo reafirmamos la confianza en el Estado de Derecho constitucional, sin dejar de advertir que en el proceso desencadenado por el mismo, se generan dudas e inquietudes, que resulta imprescindible prestarles atención en orden a procurar su control y correcta deducción, a efecto de ir introduciendo los cambios y modificaciones apropiados al modelo constitucional de Estado que queremos.

B) El Estado constitucional de derecho y la fuerza normativa de la constitución, han encontrado en el neoconstitucionalismo una rehabilitación de la filosofía práctica.

C) Sin embargo es necesario no perder de vista la *hermenéutica iusfundamental*, como una llave que abre el panorama del horizonte de comprensión, de aquellos elementos rescatables que dieron origen al Estado constitucional contemporáneo: la exigencia de toda ética que respete los núcleos indisponibles de los derechos fundamentales.

D) *El Estado constitucional es un proyecto incompleto y seguirá siéndolo*; en los mismos operadores jurídicos, se centra la exigencia de cumplir el proyecto ilustrado de libertad, igualdad y fraternidad que desde la aspiración revolucionaria francesa y norteamericana, marcaron los rumbos de las constituciones modernas, hasta la era contemporánea del derecho posmoderno con la Segunda Guerra Mundial.

CAPÍTULO QUINTO

LA HERMENÉUTICA JURÍDICA COMO TERCERA VÍA: ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO Y DERECHO NATURAL

SUMARIO: 1. La *tercera vía* de la hermenéutica jurídica. 2. El

cambio de paradigma en Gustav Radbruch. 3. La Teoría de la Argumentación Jurídica: 1) Hermenéutica excluyente. 2) Hermenéutica incorporacionista. 3) Hermenéutica transicionista: A) Métodos de Interpretación Jurídica: El modelo dogmático. B) La teoría de la argumentación jurídica. C) La teoría de los principios

Derecho natural y positivismo jurídico se han combatido mutuamente, aunque a menudo arropándose con otros nombres y denominaciones; sin embargo terminan defendiendo alguna de sus principales tesis. De dicho debate no ha salido un vencedor, pues han agotado su razón de ser como posiciones antagónicas. Sólo queda a la filosofía jurídica buscar una “tercera vía”, más allá del Derecho natural y del positivismo: recorrer este camino corresponde en plena lógica a la *hermenéutica jurídica*.

La filosofía del derecho de Gustav Radbruch, ha originado en la doctrina jurídica lo que en la actualidad se llama un *cambio de paradigma*. Sin embargo, no se le puede considerar como un iusnaturalista, ni tampoco un iuspositivista, sino que la filosofía radbruchsiana sobrepasa las posiciones antagónicas para conformar una filosofía como un todo, sin quedar ubicada en el derecho natural o el positivismo jurídico.

En nuestro estudio hemos contemplado que la hermenéutica establece distintas proyecciones con respecto a la teoría de la argumentación jurídica: *hermenéutica excluyente*, *hermenéutica incorporacionista* y *hermenéutica transicionista*.

Esta última, la *hermenéutica de transición* se formula con base en el pensamiento filosófico de Pedro Serna, Carlos I. Massini Correas, Andrés Ollero Tassara y en cierto sentido en Rodolfo Vigo; habla del modelo de metodología jurídica dogmática y de argumentación jurídica como dos etapas sucesivas, previas a la hermenéutica, en el contexto del fenómeno jurídico de la interpretación. La llamamos hermenéutica de transición, no porque su objeto sea cambiante, sino que su adopción conlleva la propuesta de una *dimensión ideal* de la interpretación jurídica, así como de la argumentación.

El estado del arte en la hermenéutica jurídica de nuestros días, constituye el último eslabón de una cadena evolutiva, por el que ha transitado el modelo de interpretación jurídica, primero con el modelo dogmático y el posterior desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica y finalmente por la teoría de los principios.

1. LA TERCERA VÍA DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Durante siglos, el derecho natural y el positivismo jurídico se han combatido mutuamente, aunque a menudo arropándose con otros nombres y denominaciones; sin embargo terminan defendiendo alguna de sus principales tesis. De la guerra no ha salido un vencedor, pero sí dos vencidos.

Tanto el derecho natural como el positivismo jurídico, han agotado su razón de ser como posiciones antagónicas. Sólo queda a la filosofía jurídica buscar una “tercera vía”, más allá del Derecho natural y del positivismo: recorrer este camino corresponde en plena lógica a la *hermenéutica jurídica*.⁶⁴⁰

El derecho posmoderno promueve la disolución de la pugna interminable entre el iusnaturalismo y positivismo jurídico, a través de la formulación de la hermenéutica jurídica como la que proponemos en el presente estudio.

La era posmoderna del derecho comienza, cuando concluye la aspiración del derecho moderno de englobar bajo una misma visión totalizante el concepto de derecho. Derecho natural y derecho positivo, dejarán de presentarse como un dilema que obligue al operador jurídico a optar por uno u otro, para desvelarse como elementos indispensables de un *proceso unitario de concreción interpretativa*, que tiene como objetivo principal, lograr una solución ajustada del caso concreto: la *concreción de la justicia ponderativa*. En palabras de Arthur Kaufmann, no existe una opción entre corrección y positividad del derecho; tan sólo las dos a un mismo tiempo pueden constituir derecho.⁶⁴¹

La experiencia histórica enseña que tanto la doctrina clásica del derecho natural, como del positivismo jurídico clásico, han fracasado. El derecho natural racionalista como sistema de normas petrificadas en un código de moralidad, podrían funcionar en sociedades con estructuras muy simples, pero no es suficiente en una sociedad altamente compleja; principalmente con un multiculturalismo rampante, que exige el acento en el razonamiento práctico, en la determinación de *normas concretas de deber ser*, pero sin caer en relativismo. Es decir, se propone una *singularidad del acto moral*.⁶⁴²

El positivismo jurídico, por su parte, suministró la gran obra de la codificación en los inicios del siglo XIX, inspirados por un legislador con una conciencia moral objetivada en la ley⁶⁴³; en la actualidad posmoderna, las dictaduras pervertirán el derecho con leyes infames. La experiencia de vivir un régimen dictatorial, sin un límite que ponga freno a las injusticias, cuestiona el puro concepto formal de la ley, ahora se vislumbra como insuficiente y riesgoso para el respeto pleno a los derechos fundamentales.

La búsqueda de una “tercera vía” entre el derecho natural y el positivismo, es *el* tema de la filosofía del derecho en el que se ha centrado el debate contemporáneo del constitucionalismo. Es necesario aclarar que para la hermenéutica, entre el derecho natural y el derecho positivo, no existe

⁶⁴⁰ KAUFMANN, Arthur, “Concepción hermenéutica del método jurídico”, en *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, p. 11.

⁶⁴¹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 189 y 190.

⁶⁴² *Infra* “6. El conocimiento y la singularidad del acto moral”

⁶⁴³ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 77.

una relación de *alternativa excluyente*.

Para la doctrina del derecho natural –principalmente el racionalista- el derecho objetivamente reconocible se encuentra en la ley divina, en la razón del *logos*: una realidad evanescente a la que el hombre solamente se adhiere de manera acrítica a sus mandatos, en la obediencia ciega a través de una conducta moral específica.

Sin embargo, no sólo se le puede atribuir al derecho natural racionalista ese legalismo abstracto de la ley natural, pues también, muchos neoescolásticos lo entendieron de esa forma, al soslayar la autonomía de la experiencia moral y la función *normativo-constitutiva* que en ella cumple; en suma la diferencia y formulación de una teoría adecuada de la razón práctica y de su autonomía respecto de la razón teórica.⁶⁴⁴

Por su parte, para el positivismo jurídico clásico, nada está predeterminado en las normas, como contenidos precedentes del derecho, pues este es discrecional por el legislador, a través de los procedimientos formales de creación del derecho; por ende, éste puede tener cualquier contenido.⁶⁴⁵

La “tercera vía” postula que no es viable, ni posible, conocer todo el contenido concreto del derecho, pero sí determinadas estructuras y principios de *forma positiva*; o bien, de *forma negativa*, en el sentido del “argumento del entuerto”, que en ningún caso es válido el “derecho evidentemente injusto”. En consecuencia, no existe ninguna clase de relación absoluta de contenidos objetivos de forma privativa (una “naturaleza” abstracta) sino que también existe un enlace relativo –no relativista-, o, mejor dicho, relacional, que encuentra su sentido en la *singularidad del acto moral con relevancia jurídica*.⁶⁴⁶

Para Kaufmann, dentro de determinados nexos y variaciones de los conceptos e instituciones, se pueden llegar a conocer infinidad de combinaciones de relación, pero *siempre ligados a la norma que regula dichos conceptos jurídicos fundamentales e instituciones*.⁶⁴⁷

El derecho posmoderno ha desarrollado diversas doctrinas para aproximarse a esa “tercera vía”, que intenta disolver la eterna disputa entre de-

⁶⁴⁴ RHONHEIMER, Martín, *Ley natural y razón práctica, Una visión tomista de la autonomía moral*, op. cit., pp. 19 y ss y 44 y ss. Con anterioridad ya fue tratado el tema, de cómo la hermenéutica no propone ni un positivismo normativista, ni tampoco un iusnaturalismo “fiscalista” *Supra* “1) Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la realidad coexistencial entre el derecho y la moral”.

⁶⁴⁵ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 93

⁶⁴⁶ La distinción entre lo relativo y el relativismo, así como la naturaleza constitutiva del acto moral y la crítica a la posición “esencialista” o “fiscalista” de la ley natural *Infra* “2) La naturaleza constitutiva del acto moral como verdades de razón práctica”.

⁶⁴⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 93. Kaufmann señala el ejemplo de la relación jurídica de la “compraventa”, en la cual no se puede disponer libremente sobre el papel del comprador y el vendedor; el nexo y la variación de esa relación jurídica, estará ligada de manera indisoluble al concepto de compraventa. La pregunta de Kaufmann podría ser planteada en otros ámbitos más sustanciales de la persona como por ejemplo el matrimonio y en general el estado civil de las personas, la adopción, el aborto, la eutanasia, etc.

recho natural y derecho positivo, entre las cuales se encuentra de manera primigenia y más representativa la hermenéutica jurídica; en las otras opciones de disolución hablamos de la filosofía del derecho de Gustav Radbruch, la teoría de la argumentación jurídica, la teoría de los *general principles of law*, los *critical legal studies*⁶⁴⁸ y finalmente un tipo muy particular de neoconstitucionalismo, el *neoconstitucionalismo de disolución*.

En la nómina que vamos a presentar, se excluyen las doctrinas jurídicas que niegan en primer término que el derecho y la moral tengan una relación o bien que esta relación, sea de carácter contingente; hablamos lógicamente del positivismo incluyente o excluyente, al garantismo y al neoconstitucionalismo fuerte, que por lo general mantienen el debate entre la separación entre derecho y moral, los tres primeros (positivismo incluyente o excluyente y garantismo), o su vinculación, en el caso del último (neoconstitucionalismo fuerte).

Sin embargo, desde el aspecto *inclusivo* de la hermenéutica, siempre se encuentra en contacto con las tesis del positivismo incluyente o excluyente y el garantismo o el neoconstitucionalismo; en los cuales se puedan apreciar esos *instantes hermenéuticos* que posibilitan desde la analítica del derecho en el lenguaje normativo, la dilucidación de los conceptos de valor que contienen las normas de derecho fundamental.

2. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN GUSTAV RADBRUCH

La filosofía del derecho de Gustav Radbruch⁶⁴⁹, ha originado en la doctrina jurídica lo que en la actualidad se llama un *cambio de paradigma*. Sin embargo, no se le puede considerar como un iusnaturalista, ni tampoco un iuspositivista, sino que la filosofía radbruchsiana sobrepasa las posiciones antagónicas para conformar una filosofía como un todo, sin quedar ubicada en el derecho natural o el positivismo jurídico.

El puente que construye Radbruch estriba en su *concepto de derecho*; para el derecho natural racionalista, el “derecho” se equipara con el valor absoluto de la justicia. Para el positivismo jurídico el contenido no desempeña ningún valor, sólo importa que se haya producido de forma correcta por la autoridad competente. El concepto de derecho de Radbruch al que se aferró en toda su vida sin variación alguna, fue una “tercera vía”.

La filosofía del derecho de Radbruch constituye un cambio de paradigma en virtud del *cambio radical* que implica su alejamiento a la filosofía del derecho formal y su refundación en una *filosofía material del derecho*, que trata de contenidos y no sólo de formas y estructuras. Al igual que Kelsen,

⁶⁴⁸ *Ibidem*, p. 93 y ss.

⁶⁴⁹ Un estudio muy actualizado sobre el nacimiento de la hermenéutica jurídica contemporánea con Gustav Radbruch Véase CARLIZZI, Gaetano, “Gustav Radbruch e le origini de Hermeneutica giuridica contemporanea” en *Persona y Derecho*, Vol. 64, año 2011-1, pp. 83-119

afirmará que los enunciados *a priori*, unívocos, obligatorios, sólo son posibles de las formas y no de los contenidos; sin embargo Kelsen se limita a lo formal, mientras que Radbruch fundamenta su pensamiento en la filosofía sobre contenidos, especialmente sobre valores, pero pagando un precio muy alto desde su posición kantiana: *el relativismo teórico valorativo (iusfilosófico)*.⁶⁵⁰

La pregunta fundamental que siempre se ha hecho en relación con el pensamiento iusfilosófico de Radbruch es si ¿se convirtió el “antiguo positivista” bajo la impresión del estado de injusticia nacional-socialista, en un “iusnaturalista”? Por una parte, es claro que el pensamiento de Radbruch experimentó un cambio fundamental cuando formula la teoría de la *injusticia extrema no es derecho*.⁶⁵¹ Sin embargo, tampoco se puede afirmar de manera categórica que se desligó por completo del positivismo; nunca sacrificó la seguridad jurídica como parte esencial de la idea de derecho, a un vago pensamiento iusnaturalista que concibe un sistema de proposiciones jurídicas objetivas y siempre verdaderas. Por otra parte, el *derecho natural* de Radbruch lo concibe como determinados derechos subjetivos del hombre, *anteriores a la legislación e indisponibles por el Estado*, pero a la vez históricos, como en la actualidad se caracterizan los derechos fundamentales y los derechos humanos.⁶⁵²

En palabras de Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch “es un *puente que sobrepasa las posiciones antagónicas de ayer*; su filosofía del derecho, si se mira como un todo y no se entresacan arbitrariamente citas aisladas, tiene su ubicación *más allá del derecho natural y el positivismo*.”⁶⁵³ Ese puente lo construye con su *concepto de derecho*, no como valor jurídico absoluto de la justicia en un iusnaturalismo trasnochado, ni tampoco, bajo el positivismo normativista en el que el contenido del derecho no desempeña ningún valor, sino basta su producción conforme a las reglas.⁶⁵⁴

Si bien muchos han criticado que la filosofía del derecho de Radbruch no tiene un “sistema” al estilo iusnaturalista o positivista; si pasa la prueba de encuadrarse en un criterio de clasificación como una *vuelta hacia la hermenéutica jurídica* en un sentido amplio, por mantener un “sistema abierto” en su filosofía del derecho: con su *teoría objetiva de interpretación, la doctrina de los criterios de clasificación de los conceptos tipo en el derecho*, así como su refutación del positivismo jurídico.⁶⁵⁵

3. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

⁶⁵⁰ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 94.

⁶⁵¹ *Infra* “La fórmula Radbruch: *la injusticia extrema no es derecho*.” Para analizar de primera mano la fórmula de la *injusticia extrema no es derecho*, Directamente Véase RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y Derecho*, op. cit., pp. 35 y ss.

⁶⁵² KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 94-95.

⁶⁵³ *Ibidem*, pp. 97-98.

⁶⁵⁴ *Idem*.

⁶⁵⁵ *Idem*.

Conforme a lo dicho antes y en lo particular con el tema central de la interpretación jurídica, debería pensarse que la hermenéutica y la teoría de la argumentación jurídica están estrechamente hermanadas. Sin embargo, este no es el caso. La hermenéutica y la argumentación jurídica provienen de escuelas distintas y sus objetivos en ocasiones se encuentran, pero por lo general sus conclusiones y respuestas para el derecho, cuando no son convergentes en algunos aspectos, resultan contradictorias o incongruentes.

Por lo cual, hablamos de diversos ámbitos de análisis bajo los cuales se pueden percibir ambas proyecciones jurídicas para la hermenéutica en relación con la teoría de la argumentación jurídica: Hermenéutica excluyente, hermenéutica incorporacionista y hermenéutica transicionista;

1) *Hermenéutica excluyente*

Según Kaufmann, la teoría de la argumentación proviene especialmente de la teoría analítica del derecho, principal enemigo -hasta ahora- de la hermenéutica, y ese origen es también hoy todavía comprobable en casi todos los teóricos de la argumentación.⁶⁵⁶ En ese contexto, consideramos que Kaufmann concibe a la teoría de la argumentación jurídica desde cierto enfoque excluyente con respecto de la hermenéutica jurídica.

En primer término resulta complejo referirse a todas las doctrinas de la argumentación jurídica; de por sí resulta, dudoso que la “tópica” y la “retórica” puedan considerarse como variedades de la teoría de la argumentación. Para Ulfried Neumann, no existe *la* teoría de la argumentación jurídica.⁶⁵⁷ Manuel Atienza, por el contrario, afirma la existencia una *teoría estándar de la argumentación jurídica*, sobre todo en el paradigma común del rechazo de la lógica formal deductiva como modelo sobre el cual se desarrolla esa teoría; una prueba de ello son la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin. Principalmente las concepciones de MacCormick y Robert Alexy, que no sólo desarrollan una descripción de lo que de hecho sucede en la justificación de las decisiones jurídicas, sino en un mismo plano, proponen como se deben justificar.⁶⁵⁸

Por lo que respecta a la idea de *sistema abierto* que se ha asociado precisamente con la teoría de la argumentación, no existe acuerdo entre los teóricos de la argumentación. Bajo la visión positivista, se sostiene que un sistema “abierto” no es un “sistema” en absoluto, por ello, ningún teórico de la argumentación aboga por un sistema cerrado al estilo del derecho

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 101-102.

⁶⁵⁸ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 30-31; ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, 3ª reimp., UNAM, México, 2008, pp. XIII-XVIII y 6.

natural –racionalista- o del positivismo. También es ajeno a la teoría de la argumentación, el pensamiento de la subsunción.⁶⁵⁹ Una de sus más importantes nociones es la doctrina de interpretación formulada por Savigny y que aún hoy, existen voces autorizadas como Karl Larenz –incluso el mismo Kaufmann-, quien sostiene que los métodos de interpretación clásicos no han sido superados (los métodos gramatical, lógico, histórico y sistemático).⁶⁶⁰ En ese mismo tenor, autores como Friedrich Müller, Josef Esser o Martin Kriele, han demostrado que es falsa la afirmación que el positivismo exige la delimitación a esos métodos de interpretación.⁶⁶¹

El problema de la argumentación jurídica, es el número de posibles argumentos, el cual en esencia es ilimitado, además de que el rango de apreciación de esos argumentos es impreciso; hay argumentos fuertes y débiles, “argumentos ganadores” y “perdedores”. Hay reglas de precedencia condicionada de diferentes grados. ¿Pero existe un orden jerárquico que se apoye en puros criterios racionales, que sea lógicamente obligatorio? ¿O esto no es así y, como lo dice Karl Engisch, es la práctica de los Tribunales “escoger el método de interpretación de caso en caso, a fin de llegar a un resultado satisfactorio”?⁶⁶² En suma, la argumentación puede esconder el más puro y duro subjetivismo interpretativo, al que de inicio pretende controvertir la *teoría estándar de la argumentación jurídica*.

El problema metodológico que caracterizan a la teoría de la argumentación, Kaufmann lo proyecta a unos puntos de vista muy precisos para su análisis: 1) El sistema es abierto, o en general no existe ningún sistema, por lo cual prima en todo caso el “pensamiento problemático”; 2) Ningún catálogo cerrado de cánones de interpretación, en virtud de que existen un ilimitado número de argumentos y todos tienen que admitirse en la libre esfera del discurso racional de la argumentación jurídica.⁶⁶³ Hasta aquí van de la mano entre sí la teoría de la argumentación y la hermenéutica.

Sin embargo, llega el momento –en concepto de Kaufmann- que *la teoría de la argumentación se torna anti-hermenéutica*, porque ella percibe la hermenéutica como una *metafísica irracional*, un error, con base en los siguientes argumentos:

1) Con Kaufmann –contrario a muchas teorías de la argumentación-, afirmamos que la hermenéutica es racional; sólo que ella se ocupa con procesos (total o parcialmente) irracionales (como es el caso en la aplicación del derecho), conforme a la siguiente divisa: *tratar lo irracional en la forma más racional posible*.⁶⁶⁴

En este último punto es donde diferimos de Kaufmann, pues la aplica-

⁶⁵⁹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 102.

⁶⁶⁰ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2001, pp. 308-358.

⁶⁶¹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 102.

⁶⁶² *Idem*.

⁶⁶³ *Idem*.

⁶⁶⁴ *Idem*.

ción del derecho no es un acto irracional o voluntarista como lo concibe el positivismo jurídico kelseniano; al contrario, interpretación y aplicación del derecho es un proceso unitario de la comprensión⁶⁶⁵ y que para nosotros, constituye un acto de conocimiento que hunde sus raíces en el razonamiento práctico, como se dilucida en el presente estudio.

En ese entendido si Kaufmann afirma que la aplicación del derecho es un proceso total o parcialmente irracional, no se trata más que de una reticencia positivista de *decisionismo*, velada en el proceso cognitivo de la interpretación-aplicación del derecho, aún si se sostiene una posición hermenéutica y con ello su posición excluyente.

Sin embargo, a lo que suponemos que se refiere Kaufmann, es que el contenido de esos juicios son realidades irracionales o instintivas de los actos humanos en la que interfieren los sentimientos y las pasiones; por lo cual, resulta conveniente aclarar que la irracionalidad se centra en la problemática misma a dilucidar, mas *no así en el acto mismo de interpretar y develar como acto de conocimiento en el razonamiento interpretativo y justificatorio de la decisión que argumenta el operador jurídico*.

En suma, pudiéramos suponer que Kaufmann se deja influenciar de cierto escepticismo ético –y por ende en sus dos polos de irracionalismo o hiperracionalismo–, muy propio de la filosofía analítica que ha logrado introducirse en la hermenéutica; cual *reticencia troyana* en el formalismo ético, confunde muchas cuestiones relacionadas con el problema de la objetividad en el derecho, que como veremos, no es una cuestión absoluta, entre univocidad y equivocidad, sino en la analogía. *La singularidad del acto moral, no es lo mismo que relativismo moral*.⁶⁶⁶

2) Por otra parte, la teoría de la argumentación es *anti-ontológica*, a cuyo efecto la palabra “ontológica” se reduce irreflexivamente a “ontológico-substancial”, confusión que la hermenéutica estará en contra. Por lo demás, no cabe duda de que también la teoría de argumentación se apoya en implicaciones “ontológicas procedimentales” –como Robert Alexy con fundamento en el ética discursiva–, mas no en implicaciones “ontológico-substanciales”.⁶⁶⁷

En este sentido también tenemos cierto diferendo con Kaufmann, ya

⁶⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., 2007, p. 378. Además de la unidad del discurso argumentativo, si consideramos que existen argumentos irracionales, en cierto sentido le estamos abriendo la puerta al escepticismo ético en el derecho y por ende al relativismo en el que se basaba el positivismo jurídico en su tesis central de la interpretación. La hermenéutica iusfilosófica propuesta, afirmará ya no una irracionalidad o hiperracionalidad en los argumentos, sino el justo medio al que puede aspirar la posibilidad de conocer por el ejercicio racional del obrar práctico del hombre, la corrección o incorrección hacia un bien humano básico.

⁶⁶⁶ Véase los epígrafes a los que hacemos referencia en relación con la singularidad del acto moral: *Supra* “1) Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la realidad coexistencial entre el derecho y la moral”; *Infra* “2) La naturaleza constitutiva del acto moral como verdades de razón práctica”.

⁶⁶⁷ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 103.

que existen formulaciones sustanciales en la teoría de la argumentación jurídica, como la de Robert Alexy, al grado de afirmar una *metafísica constructiva*: “De este modo, el resultado puede resumirse en la tesis: los derechos humanos no son posibles sin una *metafísica racional y universal*”.⁶⁶⁸ Estos es, que el esfuerzo alexyano de construir un concepto de derecho y de validez jurídica de conexiones conceptuales y necesarias con la moral — además de una distinción fuerte entre reglas y principios—, lo toma de un intento inequívocamente alejado de las tesis características de todo iuspositivismo. Estas denuncias de algún modo alcanzan a la moral procedimental alexyana, en donde de pronto hay un reconocimiento de reglas de acción procedimentales (como por ejemplo las de organización del Estado constitucional democrático) pero también de *reglas sustanciales* que se deducen en los principios jurídicos de derecho fundamental como los derechos humanos.⁶⁶⁹

3) Finalmente, la teoría de la argumentación no comparte la *supresión hermenéutica del esquema sujeto-objeto*, sino que insiste en la *objetividad, al conceptuar la plenitud del argumento y la exclusión de casualidades*. Pero esta es sólo una pretendida objetividad, sin ir más allá del derecho natural y el positivismo, como tampoco la teoría del derecho analítica ha tenido hasta ahora la capacidad de hacerlo. Para Kaufmann, lo característico para este “objetivismo” es también el hecho de que la mayoría de los teóricos de la argumentación no se preocupan del problema del relativismo⁶⁷⁰ o sólo lo hacen marginalmente: la mayor parte de los representantes de la teoría de argumentación “si no rechazan absolutamente el *pluralismo* en ciencia y filosofía, sí lo consideran un fenómeno que ha de enjuiciarse más bien negativamente, un criterio que no por casualidad comparten con

⁶⁶⁸ ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trads. J.A. Seoane, E.R. Soderó y P. Rodríguez, ed. J.A. Seoane, 2ª ed. Ampliada, Comares, Granada, 2010, p. 94. Las cursivas son nuestras.

⁶⁶⁹ Los aspectos sustanciales de la teoría de la argumentación jurídica se representan en la bien lograda tesis de Robert Alexy de los derechos fundamentales como principios jurídicos en la ética discursiva de corte procedimental, pero con cada vez más elementos de propuesta sustancial. Resulta elemental el análisis del epígrafe “Objetividad del derecho y metafísica de los derechos humanos: la sustancialización del discurso jurídico”, con importantes citas de Juan B. Etcheberry y Rodolfo Vigo. Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 291-304.

⁶⁷⁰ El “relativismo” al que se refiere Kaufmann, no parece provenir de la percepción subjetivista de la verdad en el terreno moral. Más bien se trata del aspecto antimetodológico que instauro la pluralidad de saberes en el fenómeno de la comprensión del sentido de la hermenéutica moderna —sobre todo en Gadamer— en el ámbito de la interpretación jurídica que acaece en las teorías de la argumentación. Por lo anterior percibimos dos tipos de relativismos; uno de carácter metodológico entre ciencia, filosofía y demás saberes humanos; y otro de carácter moral, como el sostenido por Radbruch, en su teoría de la democracia y del derecho.

la mayoría de los teóricos del discurso.”⁶⁷¹

En una cita muy relevante que Kaufmann realiza de Ulfried Neumann a quien lo cataloga como “un teórico de la argumentación que se crio con la leche materna de la hermenéutica, pero luego descubrió su amor por la analítica”⁶⁷²; Neumann descifra con singular maestría, el principal defecto de las teorías de la argumentación jurídica -que suscribimos plenamente-, al afirmar contundentemente.

Ciertamente consenso e intersubjetividad, argumentación y reflexión no son un dominio del pensamiento hermenéutico. Pero *la hermenéutica jurídica posibilita ese momento de intermediación con el texto, a diferencia de la teoría analítica del derecho*. Mientras la teoría analítica tiene que separar radicalmente el significado del texto y la comprensión intersubjetiva, porque el significado del texto sólo puede determinarse conforme a reglas semánticas generales, *el pensamiento hermenéutico posibilita una inclusión del texto en el proceso de constitución intersubjetiva de una “decisión” correcta*.⁶⁷³

La cita en referencia, es la explicación con otras palabras, de lo que constituye la afirmación gadameriana, de que la interpretación y aplicación del derecho es un proceso unitario de la comprensión⁶⁷⁴ y que para nosotros, devela el acto de conocimiento centrado en un razonamiento práctico bajo un nuevo modelo epistemológico, o mejor dicho gnoseológico: *el círculo hermenéutico*.

2) Hermenéutica incorporacionista

Por otra parte, dentro de la tradición de la hermenéutica filosófica y específicamente de la *ontología hermenéutica* del gran filósofo alemán Hans-Georg Gadamer, la interpretación y argumentación jurídicas, constituye una indagación en el modelo de racionalidad propio de dicha tradición, a la luz de las teorías de la argumentación jurídica.

Bajo este enfoque se encuentra el estudio de María G. Navarro, en la cual elabora una serie de postulados hermenéuticos de la argumentación jurídica, bajo los cuales percibimos un giño doctrinario que nos alienta a seguir con la presente investigación por el rumbo que ha tenido lugar: 1)

⁶⁷¹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 105.

⁶⁷² *Idem*.

⁶⁷³ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

⁶⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., 2007, p. 378. Además de la unidad del discurso argumentativo, si consideramos que existen argumentos irracionales, en cierto sentido le estamos abriendo la puerta al escepticismo ético en el derecho y por ende al relativismo en el que se basa el positivismo jurídico en su tesis central de la interpretación. La hermenéutica iusfilosófica propuesta, afirmará ya no una irracionalidad o hiper-racionalidad en los argumentos, sino el justo medio al que puede aspirar la posibilidad de conocer por el ejercicio racional del obrar práctico del hombre; la corrección o incorrección hacia un bien humano básico a la luz de la razonabilidad de los argumentos y no en la absolutividad de las premisas, en tanto univocistas y equivocistas.

La *ontología lingüística* como una filosofía de principios; 2) Los *rendimientos especulativos* de dicha ontología con base en las teorías de la argumentación a través de los diferentes legados filosóficos (Aristóteles, Leibniz, Kant, Toulmin, Perelman o Viehweg –agregaríamos Robert Alexy-); 3) La propuesta teórica denominada *metodología argumentativa de la interpretación*, encaminada a desentrañar el problema de la lógica de la interpretación a la luz del razonamiento abductivo y el tópico.⁶⁷⁵

La propuesta metodológica en mención, aborda frontalmente las relaciones entre la hermenéutica filosófica y la teoría de la argumentación, ambos legados florecientes y abiertos del pensamiento del siglo XX y del naciente siglo XXI; exploran en conexión los nexos estructurales de la interpretación y la argumentación como dimensiones constitutivas de la racionalidad y algunas proyecciones en diversos ámbitos del discurso.⁶⁷⁶

Sin embargo –y sin minimizar su gran construcción hermenéutica-, consideramos problemática la identificación o incorporación en ambas tradiciones, pues los referidos “nexos” estructurales se dan sólo desde el ámbito formal del discurso jurídico en el *lenguaje ontológico-argumentativo* y su materialización en el razonamiento abductivo y el tópico; su propuesta *metodológica-argumentativa*, no considera los aspectos sustanciales del razonamiento práctico, así como el método analógico vinculado a los bienes humanos tal y como se propone en el presente estudio.

3) Hermenéutica transicionista

Sin embargo, también existen voces autorizadas en la doctrina jurídica contemporánea como Pedro Serna, que considera a las teorías de la argumentación jurídica, como un paso previo para la instauración de un derecho más hermenéutico; en el cual se hace constar la presencia de elementos no-lógicos en el razonamiento jurídico valorativo, por lo cual ya no resulta aceptable seguir considerando que dicho razonamiento se rige por operaciones regidas exclusivamente por la silogística deductiva.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ Luis Vega Reñon, deja en claro el gran aporte de María G. Navarro, como un estudio muy visionario, al combinar la hermenéutica filosófica moderna y la teoría de la argumentación; la misma estructura dinámica de su trabajo se compone de un contenido hermenéutico y el despliegue retórico como diálogo renacentista desde el interior de sus elementos: *introductio, praeparatio, contentio, propositio y resolutio*. Cfr. VEGA REÑON, Luis, “Prólogo” en NAVARRO, María G., *Interpretar y argumentar, La hermenéutica gadameriana a la luz de las teorías de la argumentación*, CSIC-Plaza y Valdés, Madrid-México, 2009, pp. 13-17.

⁶⁷⁶ *Idem*.

⁶⁷⁷ SERNA, Pedro, “Introducción” en SERNA, Pedro (dir.) *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas, op. cit.*, p. 4. No es gratuito que el título del libro que coordinó se denomine “De la argumentación jurídica a la hermenéutica”. La evolución del fenómeno interpretativo en el derecho ha pasado de ser primero una interpretación lineal en la exégesis decimonónica y en el positivismo normativista; en segundo lugar una teoría argumentativa justificatoria, con fundamento

Nosotros vamos a sostener, una *hermenéutica de transición* con base en Pedro Serna, Carlos I. Massini Correas, Andrés Ollero Tassara y en cierto sentido en Rodolfo Vigo⁶⁷⁸, cuando se habla del modelo de metodología jurídica dogmática y de argumentación jurídica como dos etapas sucesivas, previas a la hermenéutica, en el contexto del fenómeno jurídico de la interpretación; la transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional tiene visos de la teoría de la argumentación jurídica, con la pretensión fuerte de pasar a un tercer estadio: la *hermenéutica jurídica*.

Llamamos hermenéutica de transición, no porque su objeto sea cambiante, sino que su adopción conlleva la propuesta de una *dimensión ideal* de la interpretación jurídica, así como de la argumentación, pero sin renunciar a la autoridad formal del derecho. La hermenéutica propone que la función del operador jurídico siempre sea un *constante caminar*, en la búsqueda no sólo de la respuesta correcta, sino del *mejor contenido normativo* de los derechos fundamentales, procurando en todo momento la protección de sus elementos indisponibles en la concreción de los bienes humanos que reconocen dichas normas.

Por ende la hermenéutica es un constante *transitar* entre los buenos argumentos y los mejores argumentos; entre la interpretación unívoca de la ley y su interpretación equívoca; la hermenéutica propone un justo medio, en el atemperamiento de las interpretaciones claras y distintas de los textos legales para buscar una verdad analógica por la que se flexibilicen los parámetros normativos del derecho, en la aplicación de los métodos por los que el operador jurídico obtiene sus respuestas en los casos constitucionales, como los que se estudian en la presente obra, pero sin limitarlos a dichos métodos o posibilitando su combinación armónica: contenido esencial de los derechos fundamentales, ponderación, principio de proporcionalidad, concreción y analogía.

La transición hermenéutica tiende a sustancializar el método. Es decir, nos previene de la pretensión formalista de la reglas por las que el discurso jurídico obtiene sus respuestas; la prevalencia de los núcleos indisponibles de los derechos fundamentales, será el principal objetivo del hermeneuta cuando dilucida un problema entre derechos, así como en la racionalización de sus límites justificados cuando se restringen.

principalmente en Robert Alexy; para finalmente, derivar en una *hermenéutica comprensiva* desde la pluralidad de saberes y métodos jurídicos, a luz del horizonte de comprensión con gran influencia en la obra gadameriana.

⁶⁷⁸ Aunque Rodolfo Vigo no habla expresamente de la transición de la argumentación a la hermenéutica, el Estado de derecho legal se transforma al Estado de derecho constitucional, y por ende, la interpretación dogmática de la ley, en argumentación jurídica respectivamente. Con base en esa secuencia sucesiva y en las razones que otorga Vigo en dicha transición, consideramos que no pudiera estar en desacuerdo con nosotros. Véase VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, op. cit.; y del mismo autor *Constitucionalización y Judicialización de Derecho, Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Porrúa, México, 2013. De manera específica véase la obra citada en el pie de página siguiente.

Es decir, no se pretende abandonar del todo el discurso argumentativo que se deriva del consenso del operador jurídico (legislador, tribunales, abogados, etc.); sino que para la hermenéutica, le interesa principalmente poner en claro el límite del ese consenso, que es la *sustancia indisponible del derecho en los bienes humanos que reconocen las normas de derecho fundamental*, sin pretender sacrificar un derecho a costa de otro, sino advertir que la extensión, alcance y delimitación de un derecho, se concreta o se materializa en función de un bien humano protegido y no de intereses subjetivos e irracionales de las partes, alcanzados mediante consensos instrumentales del derecho como un contrato, una ley o una sentencia.

El estado del arte en *la hermenéutica jurídica de nuestros días, constituye el último eslabón de una cadena tanto evolutiva como acumulativa*, por los que ha transitado el modelo de interpretación jurídica, primero con el modelo dogmático y el posterior desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica; la cual ha dejado bases bien cimentadas, para que el fenómeno jurídico de la comprensión del sentido del derecho que viene a formular la hermenéutica, se construya sobre terreno firme: rescatando lo rescatable de las etapas anteriores, y desechando lo incompatible con la perspectiva sustancial a la que nos hemos referido.

A) Métodos de Interpretación Jurídica: El modelo dogmático

De conformidad con las definiciones más comunes de la interpretación jurídica, adoptada por los juristas de la escuela del Estado de derecho legal, es aquella que consiste en “desentrañar el sentido de la ley”; de ese modo, lo que se dice es que el intérprete debe descubrir “una” respuesta que está oculta en la ley y así agotar o cumplir su tarea. La enseñanza de la hipótesis normativa o de la *subsunción*, es complementada y reforzada con la tesis que distingue tajantemente entre la interpretación o aplicación del derecho propia del juez, y la “creación” del mismo por el legislador; o también la amenaza contenida en el Código Penal en la determinación de una conducta como delictiva. En este modelo, como ya lo habíamos mencionado, Montesquieu considera al juez como un *ser inanimado y boca de la ley* (*Le juge est la bouche de la loi*) al igual que la jurisprudencia queda fuera de las fuentes del derecho.⁶⁷⁹

La ciencia del derecho moderno como la conocemos, parte de la propuesta de Savigny, que reflejaba la exégesis decimonónica en los métodos de interpretación jurídica clásicos como el gramatical, lógico, histórico y sistemático. La propuesta savignyana redundaba en la confianza en el razonamiento metódico en la obtención de respuestas de manera silogística y

⁶⁷⁹ Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional”, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op.cit., p. 601.

deductiva⁶⁸⁰, más que en la solución del problema en una visión compleja del mismo centrado en la justicia y la equidad.

La interpretación jurídica en esta etapa, sigue un procedimiento formal de carácter monológico, en el cual el operador jurídico tiene una relación directa con la norma, como el científico se aproxima a su objeto de estudio en el laboratorio sin tomar en consideración otro tipo de saberes. En lo particular, el modelo normativista kelseniano, no tiene mucha variación con los postulados del periodo decimonónico; las únicas diferencias específicas que señalamos, serán las peculiaridades propias de la *Teoría pura del derecho*, en cuanto a que la interpretación, constituye una cadena normativa y sucesiva de actos, que se identifica más como el acto de voluntad decisionista e intuitivo en la aplicación de la norma; más como acto volitivo que de conocimiento racional con algún contenido de valor.⁶⁸¹

Estamos ante el método jurídico más cerrado, univocista y solipsista dentro de las etapas que conforman la evolución de la interpretación jurídica. En tanto que las respuestas emanan del método, y solo a través de éste, se puede llegar a obtener la verdad legal, con la simple subsunción de los casos a la luz de las hipótesis normativas que señalan las disposiciones jurídicas, de las que se deduce una consecuencia jurídica a la manera de la ciencia o de las matemáticas.

Rodolfo Vigo señala el modo en el cual procedía el intérprete en el modelo dogmático; identifica plenamente con la estructura de un silogismo deductivo, en el cual la premisa mayor es la ley, la premisa menor el hecho y la conclusión, las consecuencias jurídicas que se deducen de dichas premisas. Constituye un silogismo que alcanza la objetividad, rigurosidad y simpleza propia del saber teórico, por ello la consecuencia o resultado interpretativo se deduce de forma aséptica, fácil, mecánicamente. Demolombe afirmaba el reduccionismo escéptico de la interpretación de la etapa decimonónica: “Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer.”⁶⁸²

B) La teoría de la argumentación jurídica

La teoría de la argumentación jurídica tiene una fecha de nacimiento. Los cambios que se generaron en la Europa de la posguerra traerán al fenómeno de la interpretación jurídica, un nuevo *giro argumentativo* que cuestionará de manera fundamental, la forma en la cual el derecho ha sido interpretado, principalmente a través de la metodología positivista.

⁶⁸⁰ VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 30-32.

⁶⁸¹ *Supra* “6. La hermenéutica de los derechos y el reduccionismo del positivismo metodológico: Kelsen y Hart, entre *decisionismo y positivismo débil*”.

⁶⁸² VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 15-43.

Recordemos que la problemática de la argumentación jurídica, comienza a instalarse en la esfera de la teoría del derecho continental europeo, a finales de la década del 50; impulsada por sus precursores más representativos, Perelman y Viehweg, alcanzará su máximo apogeo en las tres últimas décadas del siglo XX, además de un notable desarrollo con Wroblewski, Kalinowski, Toulmin, Alexy, Aarnio, MacCormic, Atienza, Zaccaria, Ollero entre otros.⁶⁸³

La argumentación jurídica, viene a sustituir o absorber la problemática de la interpretación jurídica o metodología jurídica, con relevancia manifiesta en las decisiones judiciales. En ese contexto, lo que marcó el *inicio del fin* en el modelo dogmático-normativista del positivismo jurídico, fueron los juicios de Núremberg que evidenciaron de manera determinante la necesidad de una *nueva teoría de la interpretación* que permitiera comprender y reorientar los cambios a donde se dirigía el derecho; un derecho que no descuide las dimensiones de justicia y de moralidad que necesariamente están contenidas en las normas.⁶⁸⁴

En términos un tanto reduccionistas, pudiéramos afirmar que la nueva denominación de la interpretación, es el de la argumentación. *La argumentación es el nuevo nombre que hace significar el concepto explicativo de la tarea interpretativa del derecho.*⁶⁸⁵ En esa tarea, de relevancia fundamental para la función autoritativa del Estado de decir el derecho, la función judicial de traducir el contenido normativo de las disposiciones jurídicas que contienen derechos fundamentales, constituirá el objetivo esencial del nuevo paradigma argumentativo. Es decir, *ya no sólo se interpretan las normas, es necesario justificar esa interpretación argumentando jurídicamente.*

La argumentación jurídica y el precedente judicial, forman en el derecho actual una simbiosis necesaria en la traducción de los contenidos del derecho contemporáneo cargado de principios y valores. Vigo no duda al afirmar que se puede sostener en relación al Estado de derecho constitucional, *la nueva denominación de la interpretación es el de la argumentación como tarea más propia del jurista de nuestros días, que es encontrar y decir la respuesta jurídica que corresponde a cada caso de forma razonablemente justificada.* En su momento la interpretación jurídica desarrollaba una tarea mecánica y de subsunción “la argumentación supone elegir de entre las respuestas disponibles en el derecho vigente para el caso en cuestión, y brindar los argumentos justificatorios de esa elección que per-

⁶⁸³ VIGO, Rodolfo L., “Argumentación constitucional” en ATIENZA, Manuel y VIGO, Rodolfo L., *Argumentación constitucional, Teoría y práctica*, Porrúa-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-IMDPC, México, 2011, p. 61.

⁶⁸⁴ Véase *infra* “La Segunda Guerra Mundial y el régimen nazi”

⁶⁸⁵ Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Argumentación constitucional” en ATIENZA, Manuel y VIGO, Rodolfo L., *Argumentación constitucional, Teoría y práctica, op. cit.*, pp. 68-69.

miten postularla como la que corresponde triunfar en la contienda.”⁶⁸⁶ Más allá que en la jurisprudencia se crea una norma individual para el caso concreto que se resuelve; lo más importante para el derecho y los juristas es que el precedente judicial, abre la posibilidad de que esa misma solución se constituya en una eventual solución para análogos en un futuro.⁶⁸⁷

La *teoría estándar de la argumentación jurídica* –como le llama Manuel Atienza– se sitúa en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas. Las teorías de Robert Alexy, Neil MacCormick, Jerzy Wróblewsky, Alexander Peczenik y Aulis Aarnio, principalmente, pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también y al mismo tiempo, *cómo se deberían justificar*.

En el derecho posmoderno, las decisiones jurídicas *deben ser y pueden ser* justificadas y, en ese sentido, entra en oposición abierta con el *determinismo metodológico*, en el cual las decisiones jurídicas no necesitaban justificación porque procedían de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones reproductoras de normas generales de forma descriptiva. Asimismo, la argumentación jurídica, controvierte de manera frontal al decisionismo metodológico; sostiene que las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad.⁶⁸⁸

La hermenéutica jurídica compartirá con la teoría de la argumentación, la búsqueda de objetivos mutuos, que tanto el determinismo y el decisionismo de la metodología jurídica positivista, no son más aceptados en el derecho dinámico y argumentativo; la hermenéutica y la argumentación buscan criterios válidos y racionales para la adopción de directivas de interpretación jurídica que orienten la función hermenéutica del juzgador.

Para Rodolfo Vigo, las sociedades democráticas en las que vivimos, exigen un esfuerzo adicional en la justificación de los actos que emanan del poder público, un esfuerzo justificatorio especial. El sólo argumento de autoridad ya no satisface a la sociedad, que vive en una cultura que desconfía del poder y que se nutre del pluralismo; las razones de índole política y social, han fortalecido la idea de que la motivación y justificación que pesan sobre los jueces legitiman las decisiones del poder judicial: “En definitiva, el intérprete tiene la responsabilidad de determinar creativamente desde todo el derecho, la *inédita solución justa* que aportará para el caso que debe dirigir o resolver, y en ese esfuerzo intransferible a que está condenado, no puede esperar a que de modo geométrico se le brinde un resul-

⁶⁸⁶ VIGO, Rodolfo L., “Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional”, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op.cit., p. 601-602.

⁶⁸⁷ *Idem*.

⁶⁸⁸ Cfr. ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 15; ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 6; ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 11.

tado interpretativo.”⁶⁸⁹ Por ello Aristóteles ya refería en su *Ética*, a la regla de Lesbos, que vinculó con la equidad, para dar la idea de una justicia adaptada al caso y que por ello *es mejor que una clase de justicia*.⁶⁹⁰

La teoría de la argumentación jurídica es el nuevo enfoque para explicar la compleja tarea judicial de interpretar el derecho; la cual viene a reemplazar al modelo dogmático decimonónico de la interpretación, así como al normativismo kelseniano. El Estado de derecho ha cambiado drásticamente en lo sustancial, lo que torna difícil conservar aquel concepto de derecho meramente descriptivo, cuando ya no refleja semánticamente lo que pretendía. En la actualidad la interpretación, se ha utilizado convencionalmente como sinónimo de argumentación; es decir, como parte de una misma tarea de escoger y argumentar a favor de alguna alternativa ofrecida por el derecho de la mejor manera posible.

Desde otra perspectiva se plantea la opción de que el término interpretación, sea una tarea incluida en la argumentación, especialmente la relativa a los textos legislativos o normativos de cualquier índole. El ejemplo claro, es que Alexy nos proporciona seis cánones de interpretación: semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico. Coincidimos con Rodolfo Vigo, cuando afirma de manera contundente “Más allá de opciones terminológicas, paulatinamente se observa una creciente acogida del término argumentación, aunque no puede desconocerse cuanta inercia acompaña a la doctrina jurídica y lo que cuesta remover conceptos arraigados.”⁶⁹¹

El cambio fundamental del estadio de la interpretación dogmática a la argumentación, fue la negación de que el sistema jurídico -y no tanto del derecho en sí-, constituía una formulación coherente y completa, ausente de antinomias y lagunas, de la cual se sacaban conclusiones lógicas y deductivas a todos los problemas que se presentaban sin excepción.

La argumentación viene a negar al operador jurídico de la etapa histórica del modelo dogmático o exégeta, y constituir a un nuevo sujeto histórico de la evolución interpretativa del derecho: *el operador jurídico como argumentador*. Argumentador que no va a quedarse con la descripción del contenido normativo de la ley, sino que su razonamiento va más allá de la deducción declarativa. Ahora el derecho propondrá en la argumentación un razonamiento de justificación que de descripción; razonamiento que ya tenga relevancia desde el aspecto moral, pues la argumentación es en esencia argumentación con base en una filosofía moral razonablemente justificada.

⁶⁸⁹ VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica*, op. cit., pp. 36 y 39. Las cursivas son nuestras.

⁶⁹⁰ *Idem*. Dejamos en el tintero la idea de una *justicia analógica*, pues la justicia absoluta puede ser más perjudicial si no se encuentra atemperada al caso concreto con la equidad.

⁶⁹¹ VIGO, Rodolfo L., “Argumentación constitucional” en ATIENZA, Manuel y VIGO, Rodolfo L., *Argumentación constitucional, Teoría y práctica*, op. cit., pp. 68-69.

Por tal razón, Atienza afirma muy acertadamente que autores como Carlos S. Nino, Ronald Dworkin, Neil McCormick y Robert Alexy, entre otros, sostendrán que el juicio normativo afirma la existencia de una norma válida; le da justificación al razonamiento judicial, y por ende, se deduce de una norma moral. Es decir, la argumentación jurídica viene a ser, en consecuencia, un caso particular de la argumentación moral.⁶⁹²

Sin embargo –y como lo veremos de manera análoga con la hermenéutica- la argumentación jurídica no busca que en automático se descarten los progresos científicos del método *exegético-dogmático* de la escuela decimonónica de la interpretación jurídica o del normativismo kelseniano. La prueba contundente es que, siguen siendo los métodos de interpretación más importantes, los reconocidos por dichos modelos que se replican en la argumentación jurídica.

La escuela de la interpretación dogmática desde Savigny, estableció los métodos gramatical, lógico, sistemático e histórico; *la teoría de la argumentación jurídica propondrá que esos mismos métodos, se conviertan en argumentos*. Es decir, los antiguos métodos de interpretación se convertirán en el argumento gramatical, argumento lógico, argumento sistemático y argumento histórico. Las propuestas de una muy consistente y nutrida nómina de argumentos en autores como Perelman con trece argumentos, quince argumentos que propone Tarello; y el mismo Rodolfo Vigo, con una nómina de veintiocho argumentos.⁶⁹³

Desde la perspectiva de la argumentación, los derechos humanos no permiten que en la actividad jurisdiccional interpretativa se reduzcan a una aplicación silogística directa como en el modelo dogmático⁶⁹⁴ y tampoco pueden quedar reducidos a la utilización de los métodos de interpretación clásicos del modelo decimonónico.⁶⁹⁵

En la propuesta del Estado de derecho legal, la interpretación jurídica se quedaba en la ley; el Estado de derecho constitucional, implica la interpretación transite hacia la argumentación, pero ya no bajo el tamiz de la ley, sino de la Constitución. En consecuencia el derecho queda constitucionalizado, que equivale a decir que se ha “principalizado” o “axiologizado”, a tal grado que el jurista no puede aducir la especialización del derecho en virtud de que la Constitución impregna a todo el ordenamiento jurídico, así como la inclusión y complementación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.⁶⁹⁶

En su obra cumbre, *Curso de Argumentación Jurídica*, Manuel Atienza

⁶⁹² ATIENZA, Manuel, *Derecho y argumentación*, op. cit., pp. 108-109.

⁶⁹³ VIGO, Rodolfo L., “Argumentación constitucional” en ATIENZA, Manuel y VIGO, Rodolfo L., *Argumentación constitucional, Teoría y práctica*, op. cit., pp. 68-81.

⁶⁹⁴ VIGO, Rodolfo L., “Los derechos humanos y la actividad jurisdiccional interpretativa” en *Constitucionalización y Judicialización de Derecho, Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, op. cit., p. 121.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 122.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, pp. 205-207.

señala que la argumentación jurídica y su auge actual obedece a un ingrediente importante en la experiencia jurídica, a la que no se puede referir en términos de la aplicación del derecho, como una metodología o razonamiento jurídico puramente silogístico. De manera muy parecida a la hermenéutica, afirma que *la teoría de la argumentación jurídica, es el rechazo a mantener al razonamiento jurídico en términos estrictamente lógico-formales*. Es contundente y bastante representativo para nuestra propuesta en la *hermenéutica incluyente* de la teoría de la argumentación jurídica, la afirmación de Atienza cuando refiere a que “la lógica, la lógica formal, es un elemento necesario pero no suficiente (o no siempre suficiente) de la argumentación jurídica.”⁶⁹⁷

En los Estados democráticos contemporáneos, los derechos fundamentales y la dimensión argumentativa del derecho, parecen haber adquirido una particular importancia. Los juristas de la actualidad se preocupan por los *aspectos argumentativos* de su práctica, en una medida mucho mayor de la que pareciera haberles ocupado con anterioridad a la impronta argumentativa del derecho. Para Atienza, los factores que han influido en el auge actual del *paradigma de la argumentación jurídica* son los siguientes⁶⁹⁸:

1) Las teorías del Derecho más representativas del siglo XX han descuidado la *dimensión argumentativa del derecho*;

2) La práctica del Derecho en el Estado constitucionalizado, parece consistente de manera relevante en *argumentar*, y las versiones más influyentes de la argumentación -como la popular concepción de un juicio criminal ante un jurado-, tienden a que se destaque esa *dimensión argumentativa del derecho*;

3) Los cambios que trae aparejado el sistema jurídico del Estado de derecho constitucionalizado, parecen llevar a un crecimiento en términos, tanto cuantitativos, como cualitativos, de la *exigencia de fundamentación*, de argumentación, de las decisiones de los órganos públicos;

4) La enseñanza del derecho más “práctica” se encuentra volcada hacia el *manejo argumentativo del material jurídico*, y no tanto a conocer simplemente los contenidos de un sistema jurídico;

5) En la sociedad contemporánea hemos asistido a una pérdida de importancia de la autoridad y de la tradición como fuentes de legitimación del poder; en su lugar se ha impuesto el consentimiento de los afectados, la *democracia deliberativa* que exige que los ciudadanos puedan argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y decisiones de la vida en común.

La teoría de la argumentación ha aportado al derecho *in nuce*, la *perspectiva dialógica del discurso jurídico*, desde un *aspecto dinámico*, en su *apertura al discurso moral*. Sin duda alguna, la impronta de la argumenta-

⁶⁹⁷ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., pp. 20-21.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 21.

ción jurídica, en lo particular la argumentación constitucional de los derechos fundamentales, ha cambiado la forma de interpretar el derecho y por ende, la concepción de un sistema jurídico abierto a los valores y principios morales.

El derecho no volverá a ser el mismo desde que la interpretación jurídica se transformó en argumentos, y estos argumentos se sustancializarán de manera ontológica en la hermenéutica iusfilosófica.

Después de interpretar, se argumenta, pero la argumentación de la hermenéutica no se quedará en el formalismo ético de la teoría de la argumentación jurídica de cuño analítico; es decir, la argumentación a diferencia de la hermenéutica, se conforma con dar razones plausibles para lograr un consenso intersubjetivo generalizado con base en reglas del discurso jurídico, bien de la autoridad que legisla, ejecuta o juzga el contenido normativo de los derechos fundamentales.

La argumentación jurídica representa el esfuerzo más consistente en el paradigma del Estado de derecho, como una formulación de institucionalizar la justicia en el sistema jurídico constitucionalizado.⁶⁹⁹ En la hermenéutica, ya no solo se institucionaliza el proceso argumentativo en la concreción del derecho justo; sino que esas razones son ya, en esencia, *la ontologización de la interpretación jurídica en la concreción de los derechos fundamentales, en tanto bienes humanos positivizados.*

La fuerza normativa del derecho se institucionaliza a través de sus justificaciones argumentativas, en el momento en el que el operador jurídico esgrime en su decisión autoritativa elementos de razonabilidad; para lo cual, esas decisiones se convierten en formulaciones propias del ejercicio legítimo del poder público: *el poder legítimo del derecho.*

C) La teoría de los principios

El debate de los principios jurídicos ha despertado en los primeros años de este siglo XXI, una expectativa de grandes dimensiones. Resulta un intento muy importante de la teoría analítica del derecho, ampliamente discutido sobre todo desde el círculo jurídico anglo-americano, con repercusiones para la tradición del derecho continental europeo y por supuesto, para Latinoamérica.

Al igual que la teoría de la argumentación jurídica y la hermenéutica, la propuesta *principialista* se centra en la disolución del dilema planteado por la controversia derecho natural-positivismo y de transitar a una *tercera vía*. Desde el momento que se acepta que el derecho no se encuentra en su totalidad contemplado, en las reglas expresas y definitivas contenidas en la ley, se derrumba la tesis kelseniana de que el derecho solamente está contenido en el sistema jurídico y lo demás es el no derecho; por lo cual es preciso una valoración del contenido normativo de la ley y la Constitución,

⁶⁹⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, op. cit.

a lo que en el debate actual se ha conocido como, la necesaria o no necesaria distinción entre reglas y principios.⁷⁰⁰

En el contexto de los principios jurídicos surgen nombres representativos como Ronald Dworkin y su célebre debate con H.L.A. Hart. De igual forma también merecen ser citados, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik y por supuesto los alemanes Robert Alexy y Josef Esser. En la esfera anglo-americana la diferencia entre reglas y principios se encuentra en el punto central de este intento y por otra parte, un significado especial, porque allí el derecho es por principio *case law* y no derecho legislado.⁷⁰¹

No se puede entender la discusión en torno a los principios jurídicos si no hacemos alusión a la influyente propuesta que Ronald Dworkin desató en el ámbito anglosajón, cuando todo era tranquilidad en torno a si el sistema jurídico era un sistema de normas, es decir reglas que contienen mandatos definitivos (*model of rules*). Sin embargo Dworkin, con un sentido común muy acuciante, cuestiona de manera raigal, la tradición jurídica del positivismo, que sostiene que el derecho de una determinada comunidad política consiste exclusivamente en un conjunto de reglas positivas, o mejor dicho, normas identificables por un criterio de validez jurídica, que radica única mente en su *pedigree* de haber sido “puestas” por la autoridad competente conforme al procedimiento de creación normativa. Es decir, en el hecho histórico de haber sido establecidas o reconocidas de un cierto modo por las instituciones político-jurídicas de la comunidad dentro del mismo sistema jurídico.⁷⁰²

Ronald Dworkin sostiene una guerra frontal, en contra del positivismo jurídico en general, pero cuando se trata de dirigir sus críticas en contra de un blanco específico, lo hace en torno a la postura sostenida por su maestro, H. L. A. Hart⁷⁰³; desde la analítica positivista hartiana, el sistema jurídico se integra sólo por “reglas”, en tanto mandatos definitivos normativamente obligatorios. Sin embargo el mismo Hart, acepta que las *rules* no son siempre exactas y dejan unas “zonas grises”, unos “campos de juego inciertos” o *zonas de penumbra*. Cuando un caso difícil (*hard case*) no es inequívocamente cubierto por una regla jurídica, decide el juez *según su libre apreciación en la aplicación discrecional de la ley, dentro del cual su de-*

⁷⁰⁰ Para la distinción entre reglas y principios *Infra* “La distinción lógica y material de los principios y las reglas”. El paradigma de los principios de derecho fundamental ya quedó esbozado como propuesta del Estado de derecho constitucional y su diferencia con el Estado de derecho legal. Resulta imprescindible para el estudio de los principios jurídicos y su proyección en la jurisprudencia VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

⁷⁰¹ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 105-106.

⁷⁰² Para un análisis de la propuesta dworkiniana en torno a los principios Véase MASINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, *op. cit.*, pp. 143-166; VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, *op. cit.*, pp. 45-62.

⁷⁰³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª reimpr., trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, p. 72.

*cisión es siempre correcta.*⁷⁰⁴

La opción de los principios, como *tercera vía* –a la par de la hermenéutica– se sostiene de manera fundamental, en el diferendo que Dworkin confronta con Hart, cuando aquel afirma que la pura analítica no basta y un sistema de reglas, siempre tendrá problemas de carácter práctico. En este aspecto central de la teoría dworkiniana, surge una cuestión fundamental cuando el juez se pregunta por la respuesta que le ofrece el derecho ante los casos difíciles (*hard case*), para los cuales existen diferentes concepciones jurídicas, para resolver en una sentencia.⁷⁰⁵

Para Dworkin el problema central del derecho es un problema de interpretación, al concebir la aplicación de las normas como un proceso, una *práctica social* que trasciende en la construcción de las respuestas en el estudio del derecho y de su concepto.⁷⁰⁶

El giro interpretativo por el cual difiere de la tesis positivista de Hart, consiste en que Dworkin no sólo conoce “reglas” del sistema jurídico, sino también principios. Un principio para Dworkin, constituye un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable en los términos utilitaristas que normalmente se han concebido (Bentham), sino porque es *una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad.*⁷⁰⁷

Las diferencias entre reglas y principios las concibe Dworkin en que aquéllas tienen una función de *todo-o-nada* y con ello no dejan ningún espacio para la ponderación, mientras éstos tienen la dimensión del peso y la significación concreta que en el caso deba tener el principio aplicable, por lo cual, desde dicha distinción destruye toda concepción del derecho positivista.⁷⁰⁸

Evidentemente para Hart, los principios no pueden ser obligatorios para el aplicador del derecho, al referir de manera necesaria a conceptos de justicia, pues en todo caso se le atribuye a la libre discrecionalidad del operador jurídico la aplicación de las normas y la creación del derecho por la utilización de dichos conceptos en el que necesariamente existe una zo-

⁷⁰⁴ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 155 y ss.; Para la crítica a Hart a su concepto de interpretación como mera aplicación del derecho *Supra* “6. La hermenéutica de los derechos y el reduccionismo del positivismo metodológico: Kelsen y Hart, entre *decisionismo y positivismo débil*”

⁷⁰⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 146-208.

⁷⁰⁶ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, 3ª reimp., trad. Claudia Ferrari, revisión técnica Ernesto Abril, Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 44-71. Como veremos más adelante, la influencia de Gadamer ha sido determinante en la conformación de su teoría interpretativa. *Infra* “4. La metáfora del *novelista encadenado* y la influencia de Gadamer en Dworkin: etapas de la interpretación (preinterpretación, interpretación y postinterpretación).”

⁷⁰⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

⁷⁰⁸ *Idem*; Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 107-108.

na de penumbra.⁷⁰⁹

Para Dworkin, el juez tiene que tomar en cuenta los principios en la interpretación de los *hard cases* (casos difíciles), en los cuales siempre puede darse la única solución correcta para cada caso, conocida como *the one righth answer thesis* (la tesis de la única respuesta correcta).⁷¹⁰ Ciertamente que para el hallazgo de esta única solución correcta, debe suponerse que el jurista tiene capacidades sobrehumanas, para lo cual Dworkin lo denomina *el juez hércules*. No hay nunca una elección, una discrecionalidad; como ficción del puente argumentativo para la justificación de los principios que están incorporados en las normas jurídicas positivas, el juez Hércules, es un jurista dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, que puede encontrar sobre las normas constitutivas y regulativas no controvertidas del derecho en su jurisdicción, para resolver cualquier caso que se le presente.⁷¹¹

La tesis de la *única respuesta correcta*, así como del *juez Hércules* han sido atacadas por muchos doctrinarios y de muy diferentes escuelas, entre los que destacan Neil MacCormick que le recrimina de “ultrarracionalista” o de Aulis Aarnio, entiende que subyace en la postulación de la respuesta correcta una noción de valores absolutos.⁷¹²

La que nos interesa para la hermenéutica, fue la respuesta de John Finnis que niega la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin para los casos difíciles estableciendo de antemano una importante aclaración “se puede negar esta última tesis sin comprometerse con ningún tipo de escepticismo sobre la objetividad de los bienes humanos o sobre los juicios correctos acerca de lo bueno y de lo malo”.⁷¹³

La argumentación central en la que se basa Finnis, es que los “casos difíciles” por definición, existe más de una solución que se ajusta o adecua a los materiales normativos disponibles, la búsqueda de una única respuesta correcta es incoherente y sin sentido, en razón de que existe una innegable *inconmensurabilidad* entre las razones que abonan en el sentido de una solución determinada; por ello, al no existir un único baremo con el que medir tanto el ajuste como la corrección moral de cada opción posible, no puede hablarse de una solución mejor que las restantes; más todavía: si existiera esta opción mejor, no sería posible una elección propiamente

⁷⁰⁹ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 159.

⁷¹⁰ Rodolfo Arango en un importante estudio, pretende contrarrestar los inconvenientes del método de la única respuesta correcta desde la filosofía hermenéutica de Heidegger y Gadamer. Véase ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, op. cit. p. 4.

⁷¹¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 177.

⁷¹² Cfr. VIGO, Rodolfo L, *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, op. cit., pp. 49-50.

⁷¹³ FINNIS, John, “Derecho natural y razonamiento jurídico” en *Persona y derecho*, núm. 33, Pamplona, 1995, p. 24.

dicha, entre las alternativas disponibles.⁷¹⁴

En concordancia con Kaufmann y desde la hermenéutica jurídica, el tema de los principios jurídicos se debe dilucidar previniendo el riesgo de que éstos pueden resultar demasiado abstractos y pobres de contenido material, de los que se puedan deducir decisiones correctas; por lo cual siempre quedarán en el aire las preguntas ¿Existe siempre según la propuesta dworkiniana, sólo una y única solución correcta, así sea exclusivamente para un “Hércules”? O mejor dicho ¿Lo normativo descansa en las modalidades propias de lo descriptivo, así como los adjetivos de lo “imposible”, “necesario”, “obligatorio”? Resulta más acertado para la hermenéutica hablar de lo “plausible”, “concordante”, “acertado”, lo cual sin dudas no está exento de problemas al momento de buscar la *mejor respuesta para ese caso*. En ese contexto, muchos teóricos del consenso y el discurso racional comunicativo como Karl Otto Apel y Jürgen Habermas, cuando insisten en una “fundamentación final” de los juicios normativos, en un cierto sentido también caen bajo el título de *tercera vía* como la que proponen los principios jurídicos.⁷¹⁵

El modelo de sistema jurídico de principios, si no es interpretado de la mejor forma y en lo particular, el criterio de distinción con las reglas -en palabras del mismo Dworkin- podría desmoronarse en erróneas teorías y prácticas interpretativas, que no logren atender al principal objetivo por el que fue formulada la teoría de los principios. Los casos que cita Dworkin, principalmente *Riggs vs Palmer*⁷¹⁶, deja en claro que la distinción entre reglas y principios, viene a controvertir de manera frontal a la teoría del positivismo jurídico, en tanto que el sistema jurídico no es perfecto y necesariamente tiene lagunas y antinomias. Los casos constitucionales, en consecuencia, requieren de ponderación.

El principio de que *nadie puede ser beneficiado de su propio delito*, no se encontraba en una regla de la ley de manera expresa, que proviniera de una autoridad conforme al procedimiento de creación normativa, para acreditar el *pedigree* o test de origen de la norma. Los principios provienen de esas exigencias de la justicia, la equidad o la moral, en la cual *proprio vigore*⁷¹⁷ regula un derecho como auténtica norma jurídica vinculante, al resolver una situación en la que es preciso ponderar el peso específico del

⁷¹⁴ *Ibidem*, pp. 25-32; Para dilucidar el razonamiento de Finnis en contra de algunas propuestas de Ronald Dworkin, principalmente la única *respuesta correcta*, Véase MASSINI CORREAS, Carlos I., “Dworkin, Finnis y la ‘única respuesta correcta’ ” en *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, *op. cit.*, pp. 143-166.

⁷¹⁵ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 109-110.

⁷¹⁶ Recordemos que se trata del caso del heredero que designado en el testamento de su abuelo, podía heredar conforme a la ley, no obstante haberlo asesinado. La ley de Nueva York en 1889 no establecía como excepción para heredar, el actuar en contra de la vida e intereses del autor de la herencia. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 73.

⁷¹⁷ Cfr. VIGO, Rodolfo L, *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, *op. cit.*, p. 47.

principio aplicable al caso. En ese sentido, para la hermenéutica, la teoría de los principios, constituye la más acabada expresión de la dualidad de las normas jurídicas: los principios son *derecho concentrado*⁷¹⁸, de contenido moral y forma jurídica.

Finalmente la teoría de los principios es del todo compatible con la hermenéutica, y por supuesto, con una adecuada teoría de la argumentación jurídica, siempre y cuando desde la teoría analítica del derecho, el neoconstitucionalismo o cualquier desarrollo doctrinal, lingüístico, formal o deductivo, no se le prive de su principal objetivo material: *la distinción entre reglas y principios no nació para determinar desde alambicados argumentos lógicos y deductivos, las innumerables formas en las cuales se puedan distinguir tales estructuras normativas en el lenguaje jurídico, sino en los contenidos de valor que pueden representar en los casos en los que tengan relevancia constitucional, en la debida concreción del contenido material y de justicia de los derechos fundamentales, una justicia sustancial.*⁷¹⁹

El derecho posmoderno se replantea de manera contundente que la pugna entre el positivismo y el derecho natural no llega a ningún lado; la hermenéutica jurídica, constituye una propuesta flexible de la era posmoderna del derecho, para desarrollar un concepto que rectifique muchos de los excesos en los que incurrió el derecho moderno, cuando pretendió englobar bajo una misma visión totalizante, todo el contenido jurídico desde aspectos meramente formales, o en todo caso ficticios.

Derecho natural y derecho positivo, desde la hermenéutica jurídica dejarán de presentarse como el dilema absoluto entre la norma positiva o los valores que se deducen del derecho natural y lograr así una adecuada comunicación entre la forma jurídica y el contenido moral, para buscar en todo caso la *concreción del derecho justo en el caso particular.*

CONCLUSIONES

1. La tercera vía de la hermenéutica jurídica.

A) Durante siglos, el derecho natural y el positivismo jurídico se han combatido mutuamente, aunque a menudo arropándose con otros nombres y denominaciones; sin embargo terminan defendiendo alguna de sus principales tesis.

B) De la guerra no ha salido un vencedor, pero sí dos vencidos. Tanto el derecho natural como el positivismo jurídico, han agotado su razón de ser como posiciones antagónicas. Sólo queda a la filosofía jurídica buscar una

⁷¹⁸ VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 4-5.

⁷¹⁹ El estudio particular de los principios se trata en *Infra* "El derecho como sistema de principios"

“tercera vía”, más allá del Derecho natural y del positivismo: recorrer este camino corresponde en plena lógica a la *hermenéutica jurídica*.

C) El derecho posmoderno ha desarrollado diversas doctrinas para aproximarse a esa “tercera vía”, que intenta disolver la eterna disputa entre derecho natural y derecho positivo, entre las cuales se encuentra de manera primigenia y más representativa la hermenéutica jurídica.

D) Además de la hermenéutica, en las otras opciones de disolución se encuentra la filosofía del derecho de Gustav Radbruch, la teoría de la argumentación jurídica, la teoría de los *general principles of law*, los *critical legal studies* y finalmente un tipo muy particular de neoconstitucionalismo, el *neoconstitucionalismo de disolución*.

2. El cambio de paradigma en Gustav Radbruch.

A) La filosofía del derecho de Gustav Radbruch, ha originado en la doctrina jurídica lo que en la actualidad se llama un *cambio de paradigma*.

B) Sin embargo, no se le puede considerar como un iusnaturalista, ni tampoco un iuspositivista, sino que la filosofía radbruchsiana sobrepasa las posiciones antagónicas para conformar una filosofía como un todo, sin quedar ubicada en el derecho natural o el positivismo jurídico.

C) En palabras de Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch “es un *puente que sobrepasa las posiciones antagónicas de ayer*; su filosofía del derecho, si se mira como un todo y no se entresacan arbitrariamente citas aisladas, tiene su ubicación *más allá del derecho natural y el positivismo*.”

D) Si bien muchos han criticado que la filosofía del derecho de Radbruch no tiene un “sistema” al estilo iusnaturalista o positivista; si pasa la prueba de encuadrarse en un criterio de clasificación como una *vuelta hacia la hermenéutica jurídica* en un sentido amplio, por mantener un “sistema abierto” en su filosofía del derecho: con su *teoría objetiva de interpretación, la doctrina de los criterios de clasificación de los “conceptos tipo” en el derecho*, así como su refutación del positivismo jurídico.

2. La teoría de la argumentación jurídica.

La hermenéutica establece distintas proyecciones con respecto a la teoría de la argumentación jurídica:

1) *Hermenéutica excluyente.*

A) Según Kaufmann, la teoría de la argumentación proviene especialmente de la teoría analítica del derecho, principal enemigo -hasta ahora- de la hermenéutica, y ese origen es también hoy todavía comprobable en casi todos los teóricos de la argumentación.

B) En ese contexto, consideramos que Kaufmann concibe a la teoría de la argumentación jurídica desde cierto enfoque excluyente con respecto de la hermenéutica jurídica.

2) *Hermenéutica incorporacionista.*

A) La propuesta metodológica de María G. Navarro, aborda frontalmen-

te las relaciones entre la hermenéutica filosófica y la teoría de la argumentación, ambos legados florecientes y abiertos del pensamiento del siglo XX y del naciente siglo XXI.

B) Sin embargo resulta problemática la identificación o incorporación en ambas tradiciones, pues los referidos “nexos” estructurales se dan sólo desde el ámbito formal del discurso jurídico en el *lenguaje ontológico-argumentativo* y su materialización en el razonamiento abductivo y el tópicos únicamente; su propuesta *metodológica-argumentativa*, no considera los aspectos sustanciales del razonamiento práctico, la realidad ontológica de los bienes humanos en sí mismos considerados y la relevancia del método analógico, a la que nos referimos con nuestra propuesta.

3) *Hermenéutica transicionista.*

A) La *hermenéutica de transición* con base en Pedro Serna, Carlos I. Massini Correas, Andrés Ollero Tassara y en cierto sentido en Rodolfo Vigo; habla del modelo de metodología jurídica dogmática y de argumentación jurídica como dos etapas sucesivas, previas a la hermenéutica, en el contexto del fenómeno jurídico de la interpretación.

B) La transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional tiene visos de la teoría de la argumentación jurídica, con la pretensión fuerte de pasar a un tercer estadio: la *hermenéutica jurídica*.

C) La llamamos hermenéutica de transición, no porque su objeto sea cambiante, sino que su adopción conlleva la propuesta de una *dimensión ideal* de la interpretación jurídica, así como de la argumentación; sin suponer el abandono de la autoridad del derecho como núcleo indisponible.

D) La hermenéutica propone que la función del operador jurídico siempre sea un *constante caminar*, en la búsqueda no sólo de la respuesta correcta, sino del *mejor contenido normativo* de los derechos fundamentales.

E) *La transición hermenéutica tiende a sustanciar el método como elemento indisponible del derecho en los bienes humanos que reconocen las normas de derecho fundamental*, sin pretender sacrificar un derecho a costa de otro.

F) La concreción y materialización de los derechos fundamentales se logra en función un bien humano protegido y no de intereses subjetivos e irracionales de las partes.

G) El estado del arte en la hermenéutica jurídica de nuestros días, constituye el último eslabón de una cadena evolutiva, por los que ha transitado el modelo de interpretación jurídica, primero con el modelo dogmático y el posterior desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica:

a) *Métodos de Interpretación Jurídica: El modelo dogmático.* Rodolfo Vigo señala el modo en el cual procedía el intérprete en el modelo dogmático; quedaba identificado plenamente con la estructura de un silogismo deductivo.

b) *La teoría de la argumentación jurídica.* La argumentación es el nuevo nombre que hace significar el concepto explicativo de la tarea interpretativa del derecho. Es decir, ya no sólo se interpretan las normas, es necesario

justificar esa interpretación argumentando jurídicamente.

c) La teoría de los principios. La teoría de los principios es compatible con la hermenéutica. La distinción entre reglas y principios no nació para determinar desde alambicados argumentos lógicos, sino en la debida concreción del contenido material y de justicia de los derechos fundamentales, una justicia sustancial: la concreción del derecho justo en el caso particular.

**CAPÍTULO SEXTO
HERMENÉUTICA JURÍDICA:
SUS ELEMENTOS FUNDAMENTALES**

SUMARIO: 1. El giro hermenéutico y su objetividad radical. 2. El horizonte de comprensión de la hermenéutica como filosofía trascendental. 3. El abandono del método jurídico moderno, como concepto objetivo de conocimiento en tanto relación lineal sujeto-objeto: 1) La abolición del esquema sujeto-objeto del método y su transformación en una interpretación *ontológica-sustancial*. 2) Ética hermenéutica y la *objetividad-referencial* de la razón práctica. 4. La metáfora del *novelista encadenado* y la influencia de Gadamer en Dworkin: etapas de la interpretación (preinterpretación, interpretación y postinterpretación). 5. El círculo hermenéutico: 1) El giro hermenéutico en la interpretación jurídica: el prejuicio legítimo. 2) El círculo hermenéutico como un “ir y venir” de la mirada entre la norma y el hecho concreto. 3) El círculo hermenéutico y los derechos humanos: la complejidad de la interpretación jurídica. 4) La prevención del círculo vicioso en la hermenéutica. 6. La espiral hermenéutica: 1) La protección multinivel de los derechos fundamentales. 2) La historicidad del derecho. 3) Del círculo a la espiral hermenéutica. 4) Los pasos de la espiral hermenéutica: de la singularidad a la dignidad humana: A) La singularidad del caso: una metáfora del derecho posmoderno: a) El agujero negro espacial y la singularidad en el *horizonte de sucesos*: el *caso inédito* ante el juzgador constitucional. b) La verdad como el desocultamiento del ser (*Alétheia*) y la singularidad del acto moral. B) Derecho positivo: reglas. C) Derecho natural: principios. D) Subsunción-ponderación: concreción. E) Dignidad humana. 5) La metáfora de la espiral y la evolución de los derechos. 7. La aplicación del círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica: el *Caso Radilla Pacheco* y su cumplimiento en el expediente *Varios 912/2010*.

La teoría hermenéutica de los derechos, entra a la escena con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Representa ese *giro copernicano*, para centrarse en el conocimiento radical de los bienes humanos, cuestionando de manera persistente la forma en la cual el jurista se ha aproximado al fenómeno jurídico de la interpretación.

La metodología jurídica de la modernidad, hasta ahora ha sido una forma de interpretar al derecho como un conocimiento lineal, monológico, solipista, unilateral, cerrado, reduccionista, anclado en la relación sujeto-objeto; ha “encasillado” al derecho en los axiomas de las reglas, bien de la lógica formal o del consenso intersubjetivo que termina postulando un cierto formalismo ético, una ética de reglas.

En ese sentido, el paradigma fundamental de la hermenéutica filosófica en general, se orienta a flexibilizar la rigidez del *concepto objetivo de conocimiento*, y en consecuencia, atemperar el esquema rígido del sujeto-objeto e ingresar en el fenómeno de la comprensión del planteo hermenéutico.

La idea del círculo hermenéutico la tomamos del padre de la hermenéutica moderna, Hans-Georg Gadamer, a través del cual refiere al cambio de expectativa, en la cual el texto normativo de una regla moral o positiva, se

recoge en la unidad de una referencia de sentido, entero distinta a la que se había establecido desde la invención del derecho moderno con su propuesta axiomatizante en procesos lógicos y subsuntivos.

La idea central del círculo hermenéutico en palabras de Karl Engisch habla de una “continua interacción”, de un *ir y venir de la mirada* entre la norma y el hecho de una realidad concreta, es decir: elaborar concretas proposiciones jurídicas en relación con el contenido de hecho, y su construcción en relación con la norma.

Sin embargo, Karl Larenz afirmará acertadamente junto con Winfried-Hassemer y Arthur Kaufmann, que el proceso del comprender, ya no es cómo un círculo hermenéutico, sino como una *espiral hermenéutica*; el movimiento circular de esa comprensión no retorna sencillamente a su punto de partida, sino que necesariamente lleva a un nuevo grado de comprensión del texto: la espiral hermenéutica constituye esa *vorágine interpretativa-argumentativa-concrecional*, que pretende elevar hacia pisos más altos de protección de los derechos fundamentales de la persona en pleno respeto de su dignidad.

Finalmente y a efecto de comprobar la aplicación práctica del círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica, se analiza el *Caso Radilla Pacheco* y su cumplimiento en el expediente *Varios 912/2010*; en donde se realizó una interpretación conforme de un artículo de la Constitución, y a la vez, la inaplicación de un artículo por inconvencional (13 constitucional y 57, fracción II, del Código de Justicia Militar mexicano, respectivamente).

1. EL GIRO HERMENÉUTICO Y SU OBJETIVIDAD RADICAL

La teoría hermenéutica de los derechos, constituye el principio de una gran tradición iusfilosófica que se ha forjado al calor de los grandes problemas del siglo XX, como lo fue la Segunda Guerra Mundial. Las visiones apocalípticas de la modernidad, han traído desesperanza en la forma en la cual el hombre ha usado la razón para autodestruirse.

La hermenéutica concede un voto de confianza, a la capacidad humana de regular las relaciones sociales de forma racional, sin perpetrar peores injusticias de las que pretende evitar. De alguna manera, la historia de la filosofía del derecho, se realiza a la par de la historia de la filosofía en general⁷²⁰ como una forma de confirmar que las principales líneas del pensamiento, se pueden traducir en directivas de conducta bajo un razonamiento práctico; a través de las cuales los operadores jurídicos pueden reconocer paradigmas, principios o directivas interpretativas que orienten el

⁷²⁰ La propuesta de Alfonso Ruiz Miguel de buscar una filosofía del derecho en los modelos históricos; desde la época clásica, la Edad Media y la etapa Moderna, con proyección a las teorías de la justicia y las ideas políticas, hasta las doctrinas sobre el derecho y sus modelos epistemológicos. RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos, De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002.

actuar de los juristas en el terreno de la moral, principalmente de los jueces al momento de tomar decisiones.

Desde esa perspectiva, tomamos las afirmaciones de Rodolfo Vigo, cuando señala que la interpretación jurídica del modelo positivista dogmático, se transformó en un modelo de argumentación jurídica, para finalmente consolidar una disciplina iusfilosófica de la interpretación de manera sustancial. La interpretación jurídica, de ser una disciplina que en un primer término representó una etapa meramente aplicativa del derecho, con la argumentación jurídica se terminó de afianzar la consolidación del discurso jurídico, como discurso especial del discurso práctico general y su pretensión de corrección de carácter fuerte en el discurso moral de los derechos fundamentales a través de los principios jurídicos, como bien lo ha formulado Robert Alexy desde un aspecto más sustancial que procedimental.⁷²¹

A ese proceso discursivo en el cual los argumentos tenían un peso específico y por los cuales, se pretendía justificar la decisión de manera razonable.⁷²² La hermenéutica da un giro copernicano, ya no sólo en el contexto de justificación, sino en la manifestación más radical del conocimiento práctico de los actos jurídicos; se centra en la experiencia de verdad de los bienes humanos en sí mismos considerados: *la hermenéutica constituye la expresión más acabada de la visión interpretativa del derecho, como una realidad dinámica en la misma existencia humana, en la cual se concreta el contenido deontológico de los derechos fundamentales.*⁷²³

Además, esa propuesta interpretativa no se queda en los métodos de interpretación positivistas, que consideran al derecho, como una realidad cerrada a cualquier disciplina de las ciencias humanas como la moral, la ética o la política. A la luz de la teoría de la argumentación jurídica, no basta que se otorgue ese voto de confianza a través de la pretensión de corrección en el discurso jurídico que propone Robert Alexy. El consenso que

⁷²¹ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 34-38 y 206-213. Coincidimos con Rodolfo Vigo, cuando al referirse a la *teoría discursiva dialógica* de Robert Alexy, se advierte que ha transitado de una razón práctica procedimental, hacia una *razón práctica sustancial*. Cfr. VIGO, Rodolfo L. *De la ley al derecho*, op. cit., p. 8; del mismo autor *Constitucionalización y Judicialización de Derecho, Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, op. cit., pp. 81 y ss. De alguna manera la hipótesis de trabajos anteriores, ha sido demostrar las diferencias que existen entre el modelo jurídico-político del Estado constitucional de derecho; entre la teoría de la justicia procedimental y una teoría de la justicia sustancial. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 195 y ss; Véase *Supra* “Hermenéutica excluyente”.

⁷²² ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 38 y 202.

⁷²³ Una primera aproximación a la *fenomenología de los bienes humanos* que propone John Finnis, centrado en el razonamiento práctico. Véase “5. Los principios como bienes humanos básicos reconocidos en la norma de derecho fundamental: John Finnis” y los siguientes epígrafes.

deriva del cumplimiento de las reglas del discurso, como producto de un razonamiento justificado de manera razonable, no alcanzan a salvar al derecho del reduccionismo que la modernidad impuso con su metodología jurídica, si bien discursiva y procedimental, formalismo axiológico al fin de cuentas centrado en una ética de reglas, en lugar que una ética de virtudes.⁷²⁴

Con Atienza ya afirmamos que, las decisiones jurídicas *deben ser y pueden ser* justificadas, con lo cual se rechaza el determinismo y decisionismo metodológico del modelo de la teoría de la argumentación jurídica⁷²⁵; por el contrario, con la hermenéutica, las decisiones jurídicas además de que necesitan justificación y que esa justificación se encuentre racionalmente fundamentada, los contenidos de razón práctica no sólo deben provenir de un procedimiento formal de justificación; sino que los razonamientos que se sustentan en el lenguaje normativo del derecho, no sólo advertirán el aspecto lógico de la concreción de ese consenso intersubjetivo, sino debe atender al contenido sustancial de los derechos.

Así pues, el consenso intersubjetivo que provenga de la opinión pública, de expertos, del legislador racional o de los jueces, no son suficientes para afirmar *ab initio* que la decisión del poder público se encuentra suficientemente justificada.

El razonamiento jurídico no solo proviene del acuerdo de voluntades sobre lo más justo o más equitativo, sino que la apreciación racional de la conducta ajustada a derecho, también es una consecuencia de la justicia material, a la que van encaminados los bienes humanos desde la simple aprensión de su sentido en tanto experiencia de verdad. En ese contexto cabe traer a colación a Kaufmann -citando a Naucke-, afirma de manera categórica: “Consenso como fuente del derecho justo, derecho justo como límite del consenso”.⁷²⁶

Es decir, en primer término partimos de una interpretación deductiva a través de silogismos. Posteriormente la argumentación, a través del discurso práctico, justifica la decisión fundamentándose en una nómina de-

⁷²⁴ Para analizar las bondades e inconvenientes de la ética del discurso en la interpretación de los derechos fundamentales Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “Ética discursiva y constructivismo moral: la institucionalización de la justicia” en FLORES SALDAÑA, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 255 y ss. En general el artículo en mención trata la problemática que plantea la adopción de un neoconstitucionalismo procedimental, de uno sustancial, en la interpretación de los derechos fundamentales.

⁷²⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 6.

⁷²⁶ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, op. cit., p. 64. Para una revisión muy pertinente de la ética del discurso y la objetividad del derecho, en el cual se aprecia el límite del consenso y la sustancialización del discurso jurídico Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 355-369.

terminada de argumentos y con una fuerte pretensión de corrección del discurso jurídico. Finalmente en la hermenéutica, el sujeto se despojó del método jurídico, como única forma de dilucidar el contenido de las normas, que mantenía al conocimiento práctico, reducido a las reglas lógicas-deductivas del método dogmático o a las reglas del discurso práctico-argumentativo que tiende más a constatar el consenso, y que relega a un segundo plano el contenidos sustancial de los derechos fundamentales.

La hermenéutica da un giro copernicano, para centrarse en el conocimiento radical de los bienes humanos, cuestionando de manera persistente la forma en la cual el jurista se ha aproximado al fenómeno jurídico de la interpretación. La metodología jurídica de la modernidad, como método lineal, monológico, solipsista, unilateral, cerrado, reduccionista, anclado en la relación sujeto-objeto, ha “encasillado” al derecho en los axiomas de las reglas, bien de la lógica formal o del consenso intersubjetivo que termina postulando un formalismo ético, una ética de reglas.

Si bien la hermenéutica no abandona los métodos clásicos de interpretación, tampoco desdeña la propuesta de la teoría de la argumentación jurídica, en la muy nutrida nómina de argumentos justificatorios. No obstante, sí cuestiona que desde las tradiciones anteriores, se privilegie el método formal en lugar de la verdad práctica.

En efecto, si entendemos al método como razón formal deductivista y excluyente, en el que sólo descubrimos la verdad, por la seguridad que otorga las reglas gnoseológicas que *construyen la verdad formal e institucionaliza el discurso jurídico*; dejamos de lado la capacidad connatural del hombre, de conocer verdades de razón práctica en la misma experiencia del obrar humano y no tanto a través de un método argumentativo, de verificación de consensos o de actos de habla.

Robert Alexy sostendrá precisamente, con apego en Habermas, que la pretensión de corrección moral se deduce de la acción comunicativa que parte del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general. Dicha acción comunicativa consolida un acuerdo entre participantes del discurso sobre una *verdad construida por el consenso*, por el sólo hecho de ceñirse a las reglas que dirigen la acción racional de argumentar. Por lo cual, muchos no dudarán en vincular el *formalismo jurídico* de Kelsen, con el *formalismo comunicativo* de Habermas, para al final consolidar la idea de un nuevo concepto de derecho como sistema de actos de habla, y con ello conservar la visión tradicional de derecho de cuño positivista.⁷²⁷

Para la hermenéutica, éste *paradigma antiaxiomatizante* será la piedra angular del pensamiento filosófico que le da sustento, en tanto que la experiencia interpretativa del operador jurídico conlleva una *posición ontológica*; entendiendo por ésta, aquella capacidad del sujeto cognoscente, de

⁷²⁷ BERUMEN CAMPOS, Arturo, *El derecho como sistema de actos de habla. Elementos para una teoría comunicativa del derecho*, Porrúa – Facultad de derecho UNAM, México, 2010.

acceder a las verdades que se desprenden del conocimiento racional de los bienes humanos, a los que van encaminadas las acciones del hombre, en su experiencia en el mundo de la vida humana en sociedad. *La verdad práctica se presenta ante sí, como una evidencia, un develamiento racional en su propio existir y su relación con la sociedad.*⁷²⁸

En efecto, la hermenéutica no propone un irracionalismo del método, sino precisamente, busca que el método sea más abierto a los saberes de las ciencias humanas, en lo particular de la filosofía, la moral, la antropología y cualquier otro conocimiento de razón práctica que busque la dilucidación de los problemas de la persona, en el contexto de los conflictos entre derechos fundamentales así como de los bienes humanos implicados. Esto es, una *intencionalidad ontológica* no sólo de los actos de habla que residen en el sujeto que interpreta la norma iusfundamental, sino de los bienes humanos a los que dirige su acción comunicativa.

El *giro hermenéutico*, no propone el abandonado de los métodos clásicos de interpretación jurídica ya mencionados, ni mucho menos que el método de la subsunción no sea en la actualidad, el método que por antonomasia el juzgador utiliza para resolver un caso en el que no sea necesario realizar una ponderación a fondo (caso fácil).

La hermenéutica nos previene, que las reglas discursivas no pueden privar al derecho de las cualidades indisponibles que presuponen los bienes humanos inscritos en las normas; que se deje al consenso, la construcción de “verdades de razón práctica”, en la simple verificación de la verdad formal. Es decir, *la verdad es tal, sólo por reglas y no por los contenidos a los que hace referencia.*

Con Kaufmann sostenemos que “el modelo de la subsunción no se ha vuelto obsoleto [...] también tiene lugar la subsunción, sólo que el método jurídico no se agota, en lo más mínimo, en una subsunción del caso bajo la ley”.⁷²⁹ Por ende, Kaufmann no tiene empacho en afirmar que el juez hará bien, si acoge, en primer lugar, los argumentos clásicos de interpretación jurídica.⁷³⁰ Los métodos clásicos de interpretación en ese sentido, será una fórmula *prima facie* que el operador jurídico tendrá que implementar, como primera aproximación al fenómeno jurídico; a partir del cual deleva-

⁷²⁸ Si bien referimos más adelante a una propuesta ontológica de los bienes humanos en la fenomenología de Gadamer y su complementación con Finnis en el nuevo derecho natural; advertimos los inicios de la aplicación del “método” fenomenológico y de la ética material de los valores en el derecho, como una propuesta superadora de la dicotomía entre positivismo jurídico y el iusnaturalismo en la temprana y visionaria propuesta de Marcelino Rodríguez Molinero, muy semejantes a la teoría ontofenomenológica de Sergio Cotta. Véase RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973; COTTA, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, op. cit.; COTTA, Sergio, “La coexistencialidad ontológica como fundamento del Derecho” en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, op. cit.

⁷²⁹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 176.

⁷³⁰ *Idem.*

rá, si el caso contiene condiciones de relevancia que no puedan dilucidar los métodos clásicos de interpretación, y por ende, si estamos ante un caso complejo, difícil, en suma no subsumible tras la implementación del silogismo-deductivo.

Como ya se ha señalado, el derecho posmoderno que se deduce de la hermenéutica, intenta adscribirse a las doctrinas que se aproximen más a una “tercera vía”, que insistir en los puntos de disputa entre derecho natural y derecho positivo. La hermenéutica, constituye por mucho la expresión más representativa de esa pretensión, a diferencia de la teoría de la argumentación jurídica o el realismo crítico de tradición anglosajona, genovesa o escandinava.⁷³¹

Aunado a los paradigmas esenciales de la *hermenéutica jurídica* que influyen en todas las posturas de disolución, a lo largo del presente estudio se podrá advertir que la hermenéutica comparte mucho del pensamiento posmoderno, en cuanto a la crítica férrea a muchos postulados que nacieron en la modernidad, desde el *Periodo Ilustrado* hasta la consolidación del Estado de derecho legalista en la Revolución Francesa: el derecho natural y el positivismo jurídico, han prestablecido el *concepto objetivo de conocimiento* como relación lineal sujeto-objeto, el concepto *ontológico-sustancial (concepto legal)*, la *ideología de la subsunción* y la idea de un *sistema cerrado*. Para Kaufmann, la hermenéutica, le declara la guerra a todos estos dogmas.⁷³²

Bajo el contexto anterior, la hermenéutica jurídica desarrollará conceptos claves en el desarrollo del programa filosófico de la comprensión del fenómeno jurídico, de manera clara y distintiva de las otras vías de disolución de la pugna entre el derecho natural y el derecho positivo.

2. EL HORIZONTE DE COMPRENSIÓN DE LA HERMENÉUTICA COMO FILOSOFÍA TRASCENDENTAL

Desde Schleiermacher, se entiende por hermenéutica “la doctrina del arte del comprender”. Si tomamos como válido que, la hermenéutica sea el arte del comprender, luego entonces estaríamos contraviniendo la opinión difundida de que la hermenéutica sea un método de interpretación entre muchos otros. Sin embargo, no hay que ignorar, que la hermenéutica tiene

⁷³¹ Recordemos que las tesis propias del realismo jurídico que comparten las distintas escuelas de dicha corriente filosófica son las siguientes: a) el escepticismo interpretativo, b) el carácter sistemático del derecho como variable dependiente de la labor de la doctrina, c) el no-cognoscitivismo ético y, como corolario de éste, la separación metodológica entre derecho y moral. Véase FERRER BELTRÁN, Jordi y RATTI, Giovanni B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

⁷³² KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 98.

también funciones metodológicas, especialmente en las ciencias de la comprensión (*Verstehen*).⁷³³ No obstante, la esencia de la hermenéutica, no deviene de ningún método, sino de su concepción de ser una *filosofía trascendental*.⁷³⁴

Además de Schleiermacher, el arte del comprender quedó patente en los posteriores hermeneutas genuinos, por ejemplo, Dilthey, Gadamer, Ricoeur. La hermenéutica es una filosofía trascendental, en el sentido de que ésta califica las condiciones de posibilidad de la comprensión de sentido en general, como bien lo ha aclarado Gadamer.⁷³⁵

Aristóteles ya nos señalaba la existencia de un haber previo que nos condiciona en la interpretación de todo cuanto existe. La máxima que posteriormente adoptará la escolástica “nada hay en el intelecto que no haya estado antes en los sentidos” (*Nihil est in intellectu, quod prius non fuerit in sensu*) nos habla de la forma en la que el intelecto humano conoce la naturaleza de una cosa, a la que nos aproximamos cuando dilucidamos su causa (material, formal, eficiente o final).

En ese sentido, si bien existe un horizonte de comprensión, un haber previo, para la hermenéutica como tal, no prescribe ningún método determinado para realizar una interpretación “válida”, a través del cual se llegue a una respuesta correcta, exacta; una verdad verificable como si se tratara de un objeto físico a observar en el laboratorio, pues centra su importancia en que la acción interpretativa es una acción práctica que atiende a las ciencias del espíritu, más que en las ciencias exactas.

La *acción interpretativa* obedece más a las condiciones de posibilidad de la persona que conoce una realidad propia de la condición humana, la experiencia de verdad de la comprensión. Las *condiciones del comprender* sólo dicen, bajo cuáles presupuestos alguien puede aproximarse a su sentido, puesto que no hay nada inaccesible al espíritu que comprende desde un punto de vista racional; la hermenéutica tendrá ese carácter eminentemente universal.

La comprensión -no el método- de la “física” o de la “religión” o de la “economía” se sucede bajo las mismas condiciones trascendentales que la comprensión del “derecho”. No obstante, no se debe malinterpretar en ningún caso la universalidad de la hermenéutica como algo absoluto. La hermenéutica es incluyente de la teoría analítica o la teoría de la argumentación, en tanto que remite sin más, a la necesidad de tales teorías para una

⁷³³ Un estudio fundamental para analizar el fenómeno de la comprensión hermenéutica del método jurídico Véase KAUFMANN, Arthur, “La comprensión hermenéutica del método jurídico” en *Hermenéutica y derecho*, op. cit., pp. 91-111.

⁷³⁴ Así se ha entendido desde la formulación de la hermenéutica moderna, fundamentalmente en Heidegger y Gadamer. Véase GRONDIN, Jean, *Introducción a la hermenéutica filosófica*, op. cit., pp. 28, 30-31. 154, 162 y 175; GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, op. cit., pp. 44 y ss, 69 y ss y 111.

⁷³⁵ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 119, 567-585.

adecuada aproximación al fenómeno jurídico.⁷³⁶

Para Gadamer, la hermenéutica no es un método. Sin embargo todos los métodos descubiertos por la ciencia pueden dar *frutos hermenéuticos*; si se aplican correctamente en tanto aproximación al fenómeno mismo de la comprensión a través de la filosofía y en general a los saberes propios de las ciencias desde la existencia misma.⁷³⁷

Toda la vida y obra de Gadamer se puede entender desde el *hilo conductor* de la hermenéutica, como una forma de entender *el mundo de la vida*, que rebasa por mucho el orden del conocimiento científico, para proyectarse a la totalidad de las manifestaciones de la vitalidad humana. Muy atinadamente señala Héctor Esquivel con respecto al programa de la hermenéutica gadameriana: “Hermenéutica dice siempre relación al otro, al encuentro, al diálogo y comprensión con el otro. Se refiere en definitiva, a un encuentro vital. A un encuentro de humanos entre humanos.”⁷³⁸

Gadamer se aleja de Schleiermacher que proponía una hermenéutica metodológica de las ciencias del espíritu (ciencias humanas) para abrirse paso a una hermenéutica más originaria en el acto mismo del conocer, en las cosas mismas, en la verdad.⁷³⁹ El programa *antimetodológico* –para nosotros *antiaxiomatizante*– de Gadamer, no solo será un modo de aproximarse a la realidad, sino un modo básico de la existencia humana cuando interpreta la realidad basado en las cosas mismas. El mismo Gadamer reconoce que lo más importante que aprendió de su maestro Martin Heidegger, fue la naturaleza de la *racionalidad prudencial* en su aproximación a la conciencia moral desde la *phrónesis* aristotélica en el obrar práctico del hombre.⁷⁴⁰

Resulta de suma importancia citar un pasaje, en el que Gadamer manifiesta de manera clara y contundente, porqué la hermenéutica no es propiamente una propuesta metodológica. Sitúa a la hermenéutica filosófica como una experiencia de verdad de manera primigenia en el acto mismo de la comprensión, sin que se puedan reducir a reglas interpretativas que condicionen la aproximación a esas verdades. La pregunta por la verdad moral bajo el tamiz hermenéutico, se encuentran de manera radical en la

⁷³⁶ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 99. Pareciera existir en Kaufmann, una cierta contradicción en cuanto a su posición incluyente de la hermenéutica, en teorías como la argumentación jurídica o la analítica del derecho. Como vimos anteriormente señala que dichas teorías son “el principal enemigo de la hermenéutica”, por lo cual su posición incluyente no es del todo coherente; las teorías en referencia han interpretado a su modo el aspecto dinámico del derecho sin que en ningún momento propongamos su identificación o inclusión absoluta. Cfr. *Ibidem*, p.101

⁷³⁷ GADAMER, Hans-Georg, *¿Quién soy yo y quien eres tú? Comentario a “Cristal de aliento” de Paul Celan*, trad. Adan Kovacsis, Herder, Barcelona, 1999, p. 149.

⁷³⁸ ESQUIVEL ESTRADA, Noé Héctor, *Trazos para una ética hermenéutica en la vida y obra de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p. 34-35.

⁷³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 33.

⁷⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 32; GADAMER, Hans-Georg, “Autopresentación de Hans-Georg Gadamer (1977)” en *Verdad y Método II*, op. cit., p. 381.

misma experiencia humana del *estar ahí* en el mundo de la vida.

Nuestro estudio sobre la hermenéutica intenta hacer comprensible el fenómeno hermenéutico en todo su alcance partiendo de la experiencia del arte y de la tradición histórica. Es necesario reconocer en él una experiencia de verdad que no sólo ha de ser justificada filosóficamente, sino que es ella misma una forma de filosofar. Por eso la hermenéutica que aquí se desarrolla no es tanto una metodología de las ciencias del espíritu cuanto el intento de lograr acuerdo sobre lo que son en verdad tales ciencias *más allá de su autoconciencia metodológica, y sobre lo que las vincula con toda nuestra experiencia del mundo*. Si hacemos objeto de nuestra reflexión la comprensión, nuestro objetivo *no será una preceptiva del comprender*, como pretendían ser la hermenéutica filológica y, teológica tradicionales. Tal preceptiva pasaría por alto el que, cara a la verdad de aquello que nos habla desde la tradición, el formalismo de un saber “por regla y artificio” se arrogaría una falsa superioridad. Cuando en lo que sigue se haga patente cuánto *acontecer es operante en todo comprender*, y lo poco que la moderna conciencia histórica ha logrado debilitar las tradiciones en las que estamos, no se harán con ello prescripciones a las ciencias o a la práctica de la vida, sino que se intentará corregir una falsa idea de lo que son ambas.⁷⁴¹

En términos un tanto simplificados, la hermenéutica gadameriana es el regreso a la pregunta socrática que retoma Heidegger en su crítica al olvido por la pregunta por el ser en su obra monumental *Ser y Tiempo*: ¿Por qué hay algo y no más bien nada? La hermenéutica iusfilosófica responderá en relación con el derecho: porque no hay que pedir permiso al método de la ciencia jurídica de la modernidad, para preguntarle al sistema jurídico, si determinado caso tiene relevancia normativa para los bienes humanos que precisan su protección y defensa desde el ordenamiento fundamental.

La respuesta de la hermenéutica iusfilosófica es determinante: ¡Porque “hay” cosas afuera! ¡Porque los bienes humanos existen, con independencia de su reconocimiento en el derecho positivo por el legislador! La hermenéutica iusfundamental que proponemos, encontrará en el propio razonamiento práctico del obrar humano, el fenómeno de la comprensión en tanto experiencia de verdad, para la búsqueda del sentido de las normas de derecho fundamental y su concreción práctica en el caso particular.

3. EL ABANDONO DEL MÉTODO JURÍDICO MODERNO, COMO CONCEPTO OBJETIVO DE CONOCIMIENTO EN TANTO RELACIÓN LINEAL SUJETO-OBJETO

1) La abolición del esquema sujeto-objeto del método y su transformación en una interpretación *ontológica-sustancial*

⁷⁴¹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 25. Las cursivas son nuestras.

El paradigma fundamental de la hermenéutica filosófica en general, se orienta en contra del *concepto objetivo de conocimiento*, para atemperar el esquema rígido del sujeto-objeto e ingresar en el fenómeno de la comprensión; la relación monológica de la metodología de la ciencia moderna, consiste en que el sujeto que *conoce-reconoce* el objeto en su pura objetividad sin mezclarle elementos subjetivos, o sea, conocimiento como “reflejo” del objeto en la conciencia en su realidad “pura”. En la hermenéutica, la comprensión es siempre al mismo tiempo objetiva y subjetiva, el “comprendedor” entra en el *horizonte de la comprensión* y no reproduce de manera puramente pasiva en su conciencia lo comprendido como mero reflejo de la realidad de manera “reproductiva”, sino que lo conforma en su manera singular de conocer.⁷⁴²

En otras palabras, la hermenéutica no “subsume” simplemente el caso bajo el prisma de la ley como una operación meramente lógica, ni permanece fuera del proceso cognitivo del operador jurídico; sino que tiene en la llamada “aplicación del derecho” un papel conformador activo, para concretar su sentido actual y concreto, en tanto experiencia factual en el mundo de la vida humana. En esos términos resultaría inútil buscar una “corrección objetiva” del derecho, fuera del proceso de comprensión hermenéutica; de la misma manera está destinado al fracaso todo intento de separar en las ciencias de la comprensión, la racionalidad de la personalidad comprendedora.⁷⁴³

Gadamer afirma que la hermenéutica no puede circunscribirse a un método adecuado para un grupo de ciencias, sino que refiere a la capacidad natural del ser humano del comprender. La hermenéutica oscila entre el saber teórico y el saber práctico, pero en definitiva señala que el talento de la comprensión no puede ser reemplazado por la enseñanza y aplicación de un método.⁷⁴⁴ Es decir, la separación del conocimiento práctico del especulativo, de tal manera que se prive al operador jurídico de los saberes complejos del comportamiento humano, genera una escisión de los saberes que reducen la experiencia vital del espíritu humano a exactitudes matemáticas; lo cual marcará sin duda, el nuevo giro del conocimiento jurídico en tanto realidad radical del fenómeno interpretativo del derecho.

Cabe aclarar que la abolición del esquema sujeto-objeto en el conocimiento no significa ninguna vuelta hacia el subjetivismo, al relativismo, ni tampoco al *nihilismo existencialista* como lo plantea Jean Paul Sartre.⁷⁴⁵ El

⁷⁴² Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 99-100.

⁷⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 100.

⁷⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg, “La hermética como tarea teórica y práctica (1978)” en *Verdad y Método II*, op. cit., p. 293-294.

⁷⁴⁵ El nihilismo existencialista sartreano de corte ateo, se define desde su célebre conferencia *El existencialismo es un humanismo*, cuando al referirse a la fenomenología de la libertad del hombre afirma: “la existencia precede a la esencia”. El hombre no tiene una esencia y por lo tanto se da el ser con cada acto que elige, pues cuando elige, se elige a sí mismo “el hombre es lo que él hace”, “el hombre es ante todo un proyecto que se vive sub-

pensamiento hermenéutico no permanece prisionero de las casualidades del momento, sino que vive el “legado” de la tradición. Kaufmann citando a Maihofer, define esa tradición como el “piso común del mundo abierto en el que nosotros estamos”⁷⁴⁶, de la “asegurada existencia de los conocimientos comunes de los que nosotros vivimos”.⁷⁴⁷

Para Gadamer, la hermenéutica parte de la posibilidad de quien quiera comprender, está asociado a la cosa que llega con la transmisión del lenguaje y tiene empalme con la tradición o logra el empalme del que habla desde la tradición (fusión de horizontes).⁷⁴⁸ En contra de todos los racionalismos formalistas habría que insistir, que entre la tradición así entendida y la razón no hay ninguna contradicción.

En ese contexto Gadamer, en un pasaje fundamental de *Verdad y Método*, define de manera muy clara la finalidad de la experiencia hermenéutica en la tradición histórica y en el arte, con principal énfasis en la finitud de la existencia humana dentro del mismo horizonte de comprensión.

La experiencia hermenéutica forma parte de este campo [lo evidente no demostrable] porque también ella es el *acontecer de una auténtica experiencia*. El que algo resulte evidente en el marco de lo dicho, sin que por eso quede asegurado, juzgado y decidido en todas las posibles direcciones, es algo que de hecho ocurre cada vez que *algo nos habla desde la tradición. Lo transmitido se hace valer a sí mismo en su propio derecho en cuanto que es comprendido, y desplaza así el horizonte que hasta entonces nos rodeaba*. Se trata de una *verdadera experiencia* en el sentido ya mencionado. Tanto el evento de lo bello como el acontecer hermenéutico presuponen fundamentalmente la *finitud de la existencia humana*. Incluso, puede preguntarse si un espíritu infinito podría experimentar lo bello como lo experimentamos nosotros. ¿Vería otra cosa que la belleza del todo que tiene ante sí? La “patencia” de lo bello parece reservada a la *experiencia humana finita*.⁷⁴⁹

La aplicación del derecho no es meramente un acto pasivo de subsunción sino un acto conformador en el que entra la subjetividad del intérprete del derecho. Sin embargo en este punto, diferimos de manera esencial

jetivamente” arrojado, eyectado de manera intencional a la realidad sin posibilidad de reflexión a través de la conciencia. La naturaleza humana se encuentra en el vacío, ante la sentencia de muerte que pesa sobre la propia existencia humana: *el hombre está condenado a ser libre*. Por lo cual “el hombre es una pasión inútil” Cfr. SARTRE, Jean-Paul, *El existencialismo es un humanismo*, edición de Arlette Elkaün Sartre, trad. Victoria Praci de Fernández, trad. del prólogo y notas de Mari Carmen Llerena, Edhasa, Madrid, 2009, pp. 10, 27-35, 42-43 y 75.

⁷⁴⁶ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 100.

⁷⁴⁷ *Idem*.

⁷⁴⁸ GRONDIN, Jean, “La fusión de horizontes. ¿La versión gadameriana de la *adaequatio rei et intellectus*?” en AGUILAR RIVERO, Mariflor y GONZÁLEZ VALERIO, María Antonia (coords.), *Gadamer y las humanidades*, vol. I. *Ontología, lenguaje y estética*, Facultad de Filosofía y Letras-UNAM, México, 2007.

⁷⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 580. Las cursivas son nuestras.

con la propuesta de Kaufmann cuando afirma.

El derecho no es nada substancial, no está, como se dice en el poema de Stifter, “en las cosas”; antes bien, todo derecho es algo relacional, se encuentra en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas. Se entiende por sí mismo que para un pensamiento jurídico semejante sólo puede darse un sistema abierto y dentro de este sólo intersubjetividad.⁷⁵⁰

Resulta pertinente referirse a Alasdair MacIntyre para interpretar correctamente la relacionalidad del hombre y el carácter sustancial del derecho; cuando habla de los bienes humanos que experimenta una persona como miembro de una comunidad, en un contexto cultural y en la búsqueda de un fin común.

En efecto, la idea central de *los bienes humanos y su relacionalidad conforme al bien común* –referente a las ideas de Tomas de Aquino y en cierto sentido Jacques Maritain–, consistente en que los seres humanos son esencialmente sociables; pues una persona se encuentra vinculada con los otros a través de una variedad de relaciones familiares, sociales y políticas, expresadas en las actividades conjuntas encaminadas a lograr nuestro bien común.⁷⁵¹

Mi bien, por tanto, es el bien de alguien que es parte de un conjunto ordenado de conjuntos sociales. Mi bien sólo se puede conseguir a través de la consecución del bien común. Y el bien común es aquello hacia lo que nos inclinamos cuando estamos funcionando normalmente y desarrollando lo que debemos ser. Los preceptos de la ley natural, así pues, nos dirigen hacia el bien común.

[...]

En general, y de manera característica, las relaciones sociales a través de las cuales podemos aprender cómo identificar nuestros bienes individuales y comunes correcta y adecuadamente son las relaciones regidas y definidas por los preceptos de la ley natural. Tengo que aprender acerca de mi bien y el bien común de la familia y amigos, pero también de otros dentro de mi propia comunidad, de los miembros de otras comunidades, y de los extraños; de los que son más mayores que yo y de los que son más jóvenes.⁷⁵²

Si a lo largo de la historia de las ideas iusfilosóficas se ha confundido algo de manera recurrente, es el conocimiento especulativo y el conocimiento práctico; por lo cual, no quiere decir que el derecho pierda su carácter sustancial y se abandone el aspecto ontológico a meras relaciones intersubjetivas, como producto del consenso que se deduce de esas rela-

⁷⁵⁰ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 100.

⁷⁵¹ MACINTYRE, Alasdair, “Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada” en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 523-524.

⁷⁵² *Idem.*

ciones.

La hermenéutica propondrá la vía de disolución en la pugna entre derecho positivo y derecho natural, pero sin disolver la pretensión sustancial de la *ontofenomenología del derecho*. Es decir, la experiencia de verdad que acaece, en la misma existencia humana ante su acercamiento práctico a los bienes humanos. Por ende, la hermenéutica iusfundamental que proponemos es esencialmente *ontológica-sustancial*.

Sin embargo –y como ya lo hemos señalado– desde un aspecto incluyente ha aceptado que las formulaciones de otras vías, cuentan con propuestas de carácter sustancial como la que ha construido Robert Alexy desde la ética discursiva, con una pretensión fuerte de corrección moral, con sus teorías de la argumentación jurídica y de los derechos fundamentales.⁷⁵³

2) Ética hermenéutica y la *objetividad-referencial de la razón práctica*

El problema fundamental de toda teoría de los derechos fundamentales, es la necesidad de establecer una ética en la cual se consolide un patrón o fundamento filosófico de carácter objetivo, que proporcione respuestas plausibles, a lo que el positivismo jurídico no pudo solucionar: *la indisponibilidad del derecho a merced de la libre voluntad del operador jurídico*.

En ese aspecto es claro que el problema central de la interpretación jurídica, es el carácter universal de la ética filosófica la introduce en un ámbito de los conflictos de los derechos fundamentales; previniéndonos desde ahora, que la finalidad de nuestra *teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, no es realizar una preceptiva de reglas que de manera casuística resuelva dichos conflictos de manera abstracta a través de un método de interpretación y sin referir a la aplicación práctica de las normas del derecho.

Si bien es cierto, explicamos las prevenciones que Carlos I. Massini realiza a *la hermenéutica iusfilosófica de Gadamer y su insuficiencia ontológica*; pues a su juicio, no llega a realizar una justificación racional de la *existencia de un núcleo de indisponibilidad en el derecho*, además de conducir, a la equivocidad en la interpretación de las normas jurídicas desde su concepción hermenéutica, llevando a resultados insatisfactorios o confusos para el reconocimiento de los límites del derecho positivo.⁷⁵⁴

La crítica de Massini podría dar en el blanco si nos limitamos a considerar el elemento de equivocidad en la obra de Gadamer, en el que necesi-

⁷⁵³ Véase *Supra*, “Hermenéutica excluyente”

⁷⁵⁴ MASSINI CORREAS, Carlos I., “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica” en *op. cit.*, p. 241-242; *Supra* “2) La posibilidad de una *ética hermenéutica* como filosofía práctica”

teme deriva el *fenómeno interpretativo de la hermenéutica*, y en lo particular, en la interpretación de las normas iusfundamentales; cuando consideramos que pueden existir *más de una respuesta correcta*, y que la decisión sea indiferente o que en último término se limite a decidir con base en el consenso de las mayorías legislativas o judiciales; con lo cual incurrimos en un intuicionismo o voluntarismo jurídico, que es precisamente lo que la hermenéutica pretende evitar con su pretensión de establecer una filosofía práctica y prudencial de carácter universal con cierta objetividad, lo más apegada posible a las verdades de razón práctica.

Sin embargo, la interpretación jurídica no podría tener mejor fundamento ontológico, que la hermenéutica gadameriana, para sustentar ese núcleo indisponible de los derechos fundamentales cuando podemos advertir la existencia de una *ética hermenéutica*. Es decir, bajo las coordenadas de la hermenéutica de Gadamer, el derecho se sustenta en la propia experiencia de verdad que proporciona el razonamiento práctico de los bienes humanos, un *parámetro indisponible y objetivo* para dirigir la conducta de las personas y limitar la actuación del Estado, así como para resolver conflictos entre normas de derecho fundamental; la radicalidad experiencial del momento circunstanciado del *aquí y ahora* de la existencia humana en el mundo de la vida.

Por lo anterior, Gadamer se plantea la necesidad de establecer una teoría epistemológica que sea aplicable desde la filosofía práctica de la moral, en la solución de los problemas que atañen al conocimiento de la acción humana y su corrección o incorrección. Ante este hecho incuestionable Gadamer afirma: “Creo ver tan sólo dos caminos dentro de la ética filosófica para salir de este dilema. Uno de ellos es el camino recorrido por Kant y que consiste en el *formalismo ético*; el otro es el camino de Aristóteles. Ambos no podrían por sí mismos, pero los dos, cada uno en su parte, podrían hacer justicia a la posibilidad de la ética”.⁷⁵⁵ Sin embargo, son caminos por los que es necesario transitar.

Kant consideraba que lo único que podría justificar la universalidad de la obligatoriedad moral era *el deber por el deber mismo*; la absolutidad del deber, que no queda a expensas ni del interés ni de la inclinación humana, sino está arraigada así en el aspecto formal del deber. El *imperativo categórico* representa la obligatoriedad del deber ser y busca convertirse en la determinación real de nuestra voluntad, al no saber si existe una voluntad moralmente buena.⁷⁵⁶

El recurso de la reflexión filosófico-moral, bajo el formalismo kantiano favorece a la seducción que contamina la pureza de la decisión moral; “el sentido del formalismo kantiano consiste en asegurar la pureza de esta de-

⁷⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, Sigueme, Salamanca, 2001, p. 120.

⁷⁵⁶ ESQUIVEL ESTRADA, Noé Héctor, *Trazos para una ética hermenéutica en la vida y obra de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p. 177.

cisión moral de la razón en contra de todos los enturbiamientos por los puntos de vista de la inclinación y del interés -en la conciencia ingenua y en la conciencia filosófica-⁷⁵⁷, con lo cual rescata la formación de la voluntad que actúa sólo por el deber en sí y en contra de toda inclinación.

De forma complementaria a la ética de reglas a la que apela Kant, con su formalismo ético, Gadamer plantea la posibilidad de una *ética filosófica*. Ese *otro camino*, según Gadamer, complementa a la ética kantiana, es la propuesta de Aristóteles: “En vez de todo lo anterior, preferimos orientarnos por Aristóteles, en quien no existe un concepto de los valores, sino “virtudes” y “bienes”, y que llegó a ser el *fundador de la ética filosófica* por haber corregido la unilateralidad del “intelectualismo” socrático-platónico, sin abandonar sus intuiciones esenciales”.⁷⁵⁸ En suma, el saber de la virtud depende del modo de ser de cada uno, en lugar que la ética de las reglas que establecen deberes, sin apelar a la virtud a la que debe dirigir su conducta el agente moral.

En ese contexto, es claro que no se habla de un saber intelectual, sino de nuestro modo particular de ser, conformado por la educación, la formación, las costumbres y la tradición. La conducta moral se encuentra vinculada más a las situaciones particulares que rodean la decisión de la acción, que en los mandatos univocistas de las reglas éticas que no atienden a las circunstancias. La aportación de Aristóteles, en palabras de Gadamer, es una *ética de la prudencia*.

Aristóteles consigue dilucidar de tal modo la esencia del saber moral, que abarca en el concepto de la “elección preferencial” no sólo la subjetividad de la conciencia moral, que enjuicia el caso de conflicto, sino también la sustancialidad sustentadora del derecho y de la costumbre, que determina su saber moral y su correspondiente acción de elegir. Su análisis de la *phronesis* reconoce en el saber ético una forma del ser moral mismo, una forma que -en consonancia- no puede desligarse de toda la concreción de lo que él denomina *ethos*.⁷⁵⁹

El pensamiento ético de Aristóteles se encuentra conformado por tres elementos: el *saber moral* que permite decidir en una situación concreta; la reflexión teórica que nos dice lo que es recto y acertado en general; y, el ser del hombre del que depende que la reflexión no se extravíe. Es el hombre sensato que no se deja influenciar por sus inclinaciones y apetitos y, por tanto, es sujeto de imputación moral. Así, *el núcleo de la ética aristotélica lo constituye la subjetividad del saber y la sustancialidad del ser. A la subjetividad del saber corresponde el lógos, a la sustancialidad del ser el ethos*.

⁷⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, op. cit., p. 122.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, p. 126. Las cursivas son nuestras.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 127.

*La perfección de la acción moral no se consigue con el saber conceptual, sino con la acción que se debe realizar aquí y ahora.*⁷⁶⁰

Esquivel Estrada acierta cuando afirma el fundamento último de la ética aristotélica: “No se pretende construir una excelente y brillante conceptualización de las virtudes, sino saber qué es lo que se debe hacer, lo que es bueno, lo que es recto, es decir, la decisión práctica.”⁷⁶¹ En ese sentido, ya hemos señalado que Aristóteles jamás pretendió establecer una ética de reglas; que se basara en una especie de preceptiva para determinar de manera causalista y determinista la rectitud del obrar humano. Al contrario, como cuando Aristóteles refiere a la virtud de la prudencia lo deja abierto al mundo de la vida humana y su proyección directa en el obrar ético de esas virtudes: “podemos llegar a comprender su naturaleza, considerando a qué hombres llamamos prudentes”.⁷⁶²

De igual forma, tampoco se trata de la aplicación de una regla general, sino de la acción que cada uno debe realizar en una situación particular, de acuerdo con sus propias ideas acerca de lo bueno y lo recto. Este es el núcleo del *lógos práctico*. Así, el “punto centro” lo constituye la *phrónesis* como acción reflexiva acerca de lo que se debe hacer. Por lo cual, Aristóteles rinde su reconocimiento al hombre que hace lo recto más que al filósofo que elabora teorías acerca de la rectitud.⁷⁶³ Es decir, pone énfasis especial en el hombre virtuoso, que en lo que se pueda formular en una teoría sobre la virtud.

Es así que la *phrónesis*, como reflexión moral, determina lo que se debe hacer en una situación concreta; es decir, sabe sobre la meta y no sólo sobre los medios para alcanzar dicha meta. Gadamer refiere en ese sentido:

Así que Aristóteles, en la decisión moral, no acentúa aquella excelsa absolutividad que Platón y Kant requieren. Es verdad que Aristóteles sabe también que la acción moral, haciendo justicia a su finalidad, no persigue sencillamente fines elegidos a capricho, sino que *lo elegido se elige por sí mismo, porque es “bello”, pero esto se halla siempre en el conjunto de un ser limitador y condicionador de múltiples maneras: un ser que hay que ver y que hay que dominar*.⁷⁶⁴

La filosofía aristotélica, en la que Gadamer quiere enfatizar es el conocimiento práctico en el que se sabe cómo actuar moralmente ante situaciones determinadas, y por el contrario, no se busca de manera excluyente, una elaboración teórica. Sin embargo, *subsiste un peligro inminente*

⁷⁶⁰ ESQUIVEL ESTRADA, Noé Héctor, *Trazos para una ética hermenéutica en la vida y obra de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p. 180.

⁷⁶¹ *Idem*.

⁷⁶² Eth. Nic. 6. (273)

⁷⁶³ ESQUIVEL ESTRADA, Noé Héctor, *Trazos para una ética hermenéutica en la vida y obra de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p. 180.

⁷⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, op. cit., p. 130.

frente al pensamiento ético de Aristóteles, que es pensar en la construcción de una teoría ética y sustraerse de las exigencias de la situación concreta.⁷⁶⁵

En ese orden de ideas, es que la hermenéutica plantea la recuperación de la razón práctica y reconocer la riqueza de sus conclusiones para la razón teórica; recuperar ambos aspectos es lo que le da riqueza y actualidad a su propuesta, pues a diferencia de Kant, dice Gadamer: “Aristóteles - inversamente- situó en el centro la condicionalidad de todas las situaciones de la vida humana y designó como la *tarea central de la ética filosófica y de la conducta moral la concretización de lo universal y su aplicación a la correspondiente situación*”.⁷⁶⁶

Ante dichos argumentos es necesario tomar las debidas prevenciones en cuanto a que no se trata de reglas universales que deban ser aplicadas a las situaciones singulares, pues para Gadamer la familia, la sociedad y el Estado determinan la estructura esencial del hombre, llenando su *ethos* con contenidos que varían, conforme a determinaciones sociales e históricas, cambiantes, así como la convicción de nuestras propias ideas. Si bien existe una historia efectual cambiante, no quiere decir que se justifique el escepticismo o el relativismo moral porque *siempre hay algo que permanece, a pesar de los cambios en las costumbres de la tradición de cada época histórica determinada*.⁷⁶⁷

La hermenéutica gadameriana no está exenta de señalamientos, como la afirmación que hace Francesco Viola a la crítica de Massini: que con dicha doctrina ética no se puede seguir la teoría de la objetividad de Aristóteles y de Tomás de Aquino y, a la vez, sostener la disolución del carácter referencial del conocimiento operado por la hermenéutica gadameriana (y de las corrientes analíticas recientes) sin caer en la incoherencia y contradicción.⁷⁶⁸ Es decir, la pérdida de la referencialidad en la hermenéutica conduciría, en cambio, a no poder salir fuera del texto con el riesgo del *situacionismo ético, del historicismo y del desprendimiento de la vida práctica de la metafísica*, que se le atribuye a Gadamer.⁷⁶⁹

Por otra parte, Massini señala que la historicidad de la comprensión propuesta por Gadamer conduce inexorablemente a un *situacionismo* en materia ética, toda vez que la pérdida de la objetividad de la comprensión a

⁷⁶⁵ ESQUIVEL ESTRADA, Noé Héctor, *Trazos para una ética hermenéutica en la vida y obra de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p. 180.

⁷⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, op. cit., p. 131-132. Las cursivas son nuestras.

⁷⁶⁷ ESQUIVEL ESTRADA, Noé Héctor, *Trazos para una ética hermenéutica en la vida y obra de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p. 181.

⁷⁶⁸ Prólogo de Francesco Viola a MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, op. cit., pp. IX.

⁷⁶⁹ *Ibidem*, p. XII.

que conduce la perspectiva de la historicidad del sujeto, torna imposible arribar a un criterio cierto de la exactitud del comprender.⁷⁷⁰

No obstante a lo anterior, el mismo Carlos Massini señala la complejidad que se deriva de la interpretación de los textos posteriores –pero contemporáneos– a *Verdad y Método*, en los cuales Gadamer inserta a modo de conclusión una frase que parecería desmentir todo lo sostenido, en cuanto a la insuficiencia, confusión e insostenibilidad de la ética hermenéutica. Massini se refiere a un escrito en lo particular, y lo denomina como un “texto desconcertante”: la conferencia de 1963, titulada *Sobre la posibilidad de una ética Filosófica*, en el que se refiere de manera específica, a la factibilidad de sostener parámetros objetivos en la filosofía moral, y por ende, sostener una ética hermenéutica desde una perspectiva centrada en un *cognitivismo ético*.

Es cierto que cada cual depende de las ideas de su época y de su mundo, *pero de ahí no se sigue ni la legitimidad del escepticismo moral ni la de la manipulación técnica de toda la formación de la opinión bajo la perspectiva del ejercicio del poder político*. Los cambios que tienen lugar en las costumbres y en la manera de pensar de una época, y que sobre todo causan en los mayores la amenazadora impresión de una total disolución de las costumbres, se efectúan sobre un fondo sereno. La familia, la sociedad y el Estado determinan la estructura esencial del hombre, llenando su *ethos* con contenidos que varían. Es verdad que nadie sabe decir todo lo que puede llegar a ser del hombre y de sus formas de convivencia y, sin embargo, *esto no quiere decir que todo sea posible y que todo pueda instituirse según la arbitrariedad y el capricho, tal como el poderoso lo quiera. Hay algo que es recto por naturaleza*. Aristóteles, en lo que respecta a la condicionalidad de todo saber moral por el ser moral y político, encuentra su apoyatura en la convicción, compartida con Platón, de que *el orden del ser es suficientemente poderoso para poner un límite a toda confusión humana*. A pesar de toda desfiguración, sigue siendo indestructible la idea: “Qué fuerte es la *polis*, a pesar de su propia naturaleza.”

Así, Aristóteles puede reconocer en el contenido de su doctrina sobre el *ethos* la condicionalidad de todo ser humano, sin que esta doctrina misma niegue su condicionalidad. *Una ética filosófica que no sólo conoce su propia problematidad de esta manera, sino que precisamente tiene esa problematidad como su contenido esencial, me parece a mí que es la única que satisface la absolutividad de lo moral.*⁷⁷¹

Además de lo anterior, Gadamer ya había afirmado desde *Verdad y Método*, el sentido de la justicia en un sentido estricto: “*lo justo está también determinado en un sentido absoluto, pues está formulado en las leyes y contenido en las reglas de comportamiento generales de la moral, que no por no estar codificadas dejan de ser muy determinadas y vinculantes. El mismo cultivo de la justicia es una tarea propia que requiere saber y po-*

⁷⁷⁰ *Ibidem*, pp. 24-25.

⁷⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, op. cit., p. 133.

der.”⁷⁷²

Con las referencias anteriores, Gadamer pone en claro que el derecho natural también es determinado en un sentido absoluto, y si bien no se encuentra en una ley positiva, no por ello significa que dejan de ser concretables y normativamente obligatorias; cuyo carácter depende del razonamiento práctico centrado en la *intencionalidad del sujeto*, proyectada hacia los bienes humanos básicos, así como en la *referencialidad del objeto*, la cual se conoce de una situación real y concreta que devela esos bienes humanos en un momento y lugar circunstanciado, un aquí y ahora.

A la luz de lo anterior, Massini se pregunta ¿Es posible seguir sosteniendo las críticas a la hermenéutica gadameriana? Pues a su juicio, pareciera que en el escrito en comento (*Sobre la posibilidad de una ética Filosófica* de 1963), el filósofo de Marburgo se inclinara decididamente hacia una *concepción ética de carácter objetivista y de cuño aristotélico*; y que en consecuencia, abandonara, momentáneamente al menos, algunas de las tesis centrales de su filosofía hermenéutica.⁷⁷³

Los textos de Gadamer sin duda son complejos y abstractos, y en ocasiones resulta difícil advertir con claridad su doctrina hermenéutica en materia de ética. Por lo que es necesario realizar una interpretación holística de sus escritos, que de forma sistemática y complementaria traduzcan sus conclusiones; las cuales, como hemos sostenido en la presente obra, resultan compatibles con el *cognitivismo ético y la objetividad-referencial de la verdad moral*, en términos de la tradición aristotélica.

El hecho de que Gadamer recurra a Aristóteles cuando se trata de definir la complejidad de la conducta moral y su conocimiento cierto y objetivo, lejos de ser un defecto, representa una virtud. Para lo cual, advertimos desde *Verdad y método*, la misma intención y coherencia, en la explicación de la citada conferencia de 1963.

El mismo Gadamer hizo referencia de manera específica en *Verdad y Método*, al tipo de derecho natural racionalista que hay que evitar, pues la interpretación “fiscalista” de la ley natural, se basa en erróneas concepciones de lo que en realidad significa la tradición clásica del derecho natural, en lo particular en Aristóteles.

La hermenéutica de Gadamer ha puesto un énfasis muy especial en su universalidad, la cual debe ser entendida sobre todo en un sentido lingüístico sin abandonar la *referencialidad objetiva de la interpretación*; es decir, toda interpretación, toda relación con el mundo, presupone el elemento del lenguaje, habida cuenta que la realización y el objeto de la comprensión son necesariamente lingüísticos. Empero, en este universo hermenéutico,

⁷⁷² GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, op. cit., p. 389.

⁷⁷³ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, op. cit., p. 29.

la *verdad-correspondencia* también es posible, pero se trata siempre de una *adecuación al lenguaje de las cosas mismas*.⁷⁷⁴

De este modo es posible revisar nuestras interpretaciones confrontándolas con lo que dicen las cosas mismas con su lenguaje. Cuando decimos “el Sol gira alrededor de la Tierra” es falsa, es porque refuta lo que la realidad misma “dice”, su “evidencia”; una concepción científica o filosófica puede siempre ser refutada por una comprensión más adecuada que se remite al lenguaje de la realidad misma, a la evidencia de las cosas, por más que ésta se nos muestra sólo a través del lenguaje. Este lenguaje es primero para Gadamer el de las cosas mismas más que ser el de nuestro espíritu, el cual lo recibe de manera radical en la realidad en la que confronta sus interpretaciones.⁷⁷⁵

La conclusión fundamental de este trabajo, es que cuando nos referimos a los derechos fundamentales y su interpretación como lenguaje normativo, no debe dejar de preguntarse por su núcleo indisponible; el cual devela el contenido de justicia y de moralidad al que apelan los bienes humanos reconocidos en esas normas.

La hermenéutica iusfundamental, no abandona la necesaria referencialidad del sujeto y el objeto, pues no se queda en la versión “fiscalista” de la ley natural como un error lógico, así como un despropósito del verdadero sentido de la razón práctica; si bien es cierto que la intencionalidad del sujeto al que apela la hermenéutica, termina con la relación monológica sujeto-objeto de la metodología jurídica moderna, no soslaya que el relativismo moral y el consecuente escepticismo ético, son de igual forma falacias epistemológicas que no resuelven el problema.

Por ende, se rompe la relación lineal sujeto-objeto como método lineal y univocista y se transforma en la referencialidad sujeto-objeto como realidad indisponible en la interpretación dialógica y equivocista de la hermenéutica: *equivocismo que no presupone relativismo, pues de la existencia de varias interpretaciones posibles, el operador jurídico tendrá que optar por aquella que mejor realice el contenido deóntico material de los bienes humanos que reconocen las normas iusfundamentales.*

Un ejemplo que podemos advertir la necesidad de la referencialidad del sujeto interpretante y el objeto interpretado, en lugar de la relación lineal de la metodología sujeto-objeto; es lo que podemos conceptualizar a la luz del significado de una sirena. Dicho concepto es producto de la mitología, un concepto proveniente de la fantasía, de la creatividad humana. Sin embargo, no podemos conceptualizarlo de manera abstracta si no tuviéramos primero un objeto al cual referir desde un sentido fuerte y objetivo; al cual nos debemos dirigir dese el intelecto para significar lo que queremos decir, sin quedarnos en una entelequia intraducible por la razón humana.

Por ende, primero debemos tener previamente en el intelecto el concep-

⁷⁷⁴ *Ibidem*, p. 165.

⁷⁷⁵ *Ibidem*, pp. 165-166.

to abstracto de mujer y de pez, para referirnos a lo que es una sirena, que precisamente es la combinación de ambas realidades existentes en el mundo de la vida humana. Sin tener un concepto o significado cuya designación en sentido fuerte (mujer y pez), como es el caso de la palabra “sirena”, no es posible referirse a ningún ente real sino sólo a una creación del entendimiento; pues en este caso y en un sentido estricto, el significado de Sirena, es una realidad, si bien constituida por la razón a través de una analogía, es en sí misma una creación del intelecto.⁷⁷⁶

Así, para nosotros la hermenéutica tiene un significado análogo de lo que el realismo clásico al que hace referencia Massini ha explicado en relación con el *sentido referencial-objetivo de la interpretación*, sobre todo cuando se construyen conceptos y argumentos para justificar una decisión en el derecho; pues la interpretación de los derechos debe referirse a criterios objetivos en los cuales el operador jurídico deba *inherir* la realidad y sus respuestas, deban encontrarse razonablemente justificadas en los bienes humanos, a los que obedecen las normas de derecho positivo que contemplan derechos fundamentales.

En ese sentido, hemos sostenido que la hermenéutica gadameriana, tiene fuertes conexiones con el *neo-iusnaturalismo* de John Finnis, en tanto que la aproximación hacia los bienes humanos básicos, es una forma radical de develar las verdades de razón práctica en sus contenidos ontológicos; lo cual se realiza de forma análoga al círculo hermenéutico que busca la comprensión del conocimiento de los saberes humanos, entre los que se encuentra el derecho.⁷⁷⁷

Para la hermenéutica, la experiencia del razonamiento práctico, es una experiencia radical en el develamiento de esos bienes humanos; se perciben por sí mismos, al mostrar las propiedades inherentes a la persona y por los cuales perfecciona su misma existencia, sin que su conocimiento sea automático, pues el ejercicio habitual de las acciones es lo que lleva a conocerlos: la referencia a que el sujeto encuentra en el objeto interpretado, ya no es una operación causal, sino una confirmación intencional en el sujeto que conoce, pues *develar un bien humano, es buscar el bien en cuanto tal, a través de la razón práctica, al que ha-de-ser-dirigida la conducta humana a su consecución, por la persona que lo perfecciona.*

Por todo lo anterior, podemos demostrar la tesis que sostenemos desde un principio, a través de la cual corroboramos que Gadamer adopta a la filosofía moral aristotélica como un referente esencial de su hermenéutica: *la existencia de un derecho natural que por el hecho de no estar codificado, no deja de ser muy determinado y vinculante.*⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ *Ibidem*, pp. 6-7.

⁷⁷⁷ Los diversos epígrafes a los que referimos con la filosofía jurídica de John Finnis, en el “Capítulo séptimo: El derecho como sistema de principios”.

⁷⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, op. cit., p. 133; GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, op. cit., p. 389.

Sin embargo la obligatoriedad de ese derecho natural, no está desligado del razonamiento práctico del hermeneuta a través del círculo de la comprensión; el cual se centra en la *intencionalidad del sujeto*, proyectada hacia los bienes humanos básicos, así como en la *referencialidad del objeto*, la cual se conoce de una situación real y concreta en la que se develan sus cualidades indisponibles, un momento y lugar circunstanciado, un aquí y ahora de la persona o personas que se encuentran en el conflicto normativo de los derechos fundamentales.

4. LA METÁFORA DEL NOVELISTA ENCADENADO Y LA INFLUENCIA DE GADAMER EN DWORKIN: ETAPAS DE LA INTERPRETACIÓN (PREINTERPRETACIÓN, INTERPRETACIÓN Y POSTINTERPRETACIÓN)

En un artículo fundamental para la hermenéutica, Ronald Dworkin, sostiene la idea de que la práctica jurídica constituye un ejercicio de interpretación, no solamente cuando los juristas interpretan documentos o disposiciones concretas sino en general; por lo que en ese sentido el derecho tiene una profunda y rigurosa connotación política. El derecho como interpretación desde esa perspectiva “política” en sentido amplio, no es que se limite a una cuestión personal o partidista de lo que constituye el estudio crítico del derecho, pues si nos limitamos a una versión del derecho netamente descriptiva, terminamos por sostener una comprensión y orientación muy pobre de lo que en realidad es la función interpretativa del derecho. La propuesta dworkiniana del derecho como interpretación, implica la comprensión del derecho, desde una perspectiva análoga de lo que sucede con la literatura.⁷⁷⁹

Dworkin pone de ejemplo la interpretación literaria como modelo que inspira el método de análisis legal. Para ello, formula una metáfora que en palabras de Rodolfo Vigo es una especie de drama, en el cual el jurista se asemeja a un *novelista encadenado*.⁷⁸⁰ El jurista y sobre todo los jueces, se encuentran obligados a continuar una interpretación de lo que otros jueces han dicho en relación con un caso, inclusive lo que el mismo legislador estableció de un inicio para contemplar una consecuencia jurídica a un caso hipotético.⁷⁸¹

⁷⁷⁹ DWORKIN, Ronald, “El derecho como interpretación” en DOMÍNGUEZ CAPARRÓS, José (comp.), *Hermenéutica*, Arco, Madrid, 1997, p. 205.

⁷⁸⁰ VIGO, Rodolfo L. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias” en CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José y SANTA MARÍA D'ANGELO, Rafael (coords.), *Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho natural y III de Filosofía del Derecho*, Palestra, Lima, 2014, p. 193. La propuesta *in extenso* de Rodolfo Vigo en relación con los vínculos que existen entre el iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo Véase VIGO, Rodolfo L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016.

⁷⁸¹ DWORKIN, Ronald, “El derecho como interpretación” en DOMÍNGUEZ CAPARRÓS, José (comp.), *Hermenéutica*, *op. cit.*, p. 228.

Cada juez debe verse, cuando resuelve un nuevo caso que se le presenta, como *un eslabón de una compleja cadena cuya historia la forman estas innumerables resoluciones, estructuras, convenciones y prácticas*; esa compleja tarea consiste en continuar esa historia hacia el futuro a través de lo que hace cada momento. El juez se encuentra *obligado* a interpretar lo que ha sucedido anteriormente, porque tiene la responsabilidad de hacer avanzar la empresa que tiene entre sus manos y no dar un viraje hacia otra dirección o dejarse llevar por caprichos irracionales; debe determinar según su propio juicio, hacia donde apuntan las anteriores resoluciones, cuál es realmente hasta el momento *la doctrina práctica seguida desde un punto de vista general*.⁷⁸²

Rodolfo Vigo explica en este contexto, que más allá de terminologías, el juez y filósofo del derecho *Hércules* –de capacidad y sapiencia sobrehumanas– que nos propone Dworkin, constituye un ideal regulativo del juzgador, con la finalidad de encontrar la “única respuesta jurídica correcta” para cada caso, es decir un espacio argumentativo adecuado para resolverlo; el “novelista encadenado” debe cuidar no solo incorporar su capítulo de manera coherente a la obra del derecho que se viene escribiendo desde hace largo tiempo, sino también procurar que los derechos triunfen, especialmente frente al Estado y la realización de los objetivos que atañen al común de la sociedad. Dicha “integridad” implicada en la tarea interpretativa dworkiniana es un esfuerzo propio de semidioses transversalmente axiológica, en donde incluso está el compromiso de “mentir” frente a aquellas respuestas erróneas o incoherentes que se han dado en el pasado⁷⁸³ y que desnaturalizan el verdadero sentido del derecho.

La metáfora del *novelista encadenado*, se puede entender de forma análoga desde muchos aspectos, a lo que la hermenéutica le llama el horizonte de comprensión; el cual condiciona la interpretación de un caso a la tradición jurídica preexistente, así como las circunstancias particulares del caso: su singularidad.

La metáfora en cuestión alude al aspecto hermenéutico del derecho, como una realidad compleja, en la cual es necesario tomar en consideración la tradición existente y la práctica judicial para poder interpretar el derecho a través de sus normas con un sentido de justicia, de moralidad. Si bien Dworkin alude a la posibilidad de encontrar una única respuesta correcta, considerando que el *juez hércules* tiene una capacidad ilimitada y sobrehumana; es claro que el horizonte de comprensión sobre el cual el operador jurídico va interpretar el derecho, se encuentra delimitado por esa misma tradición jurídica, así como el material normativo aplicable en ese momento (círculo hermenéutico).

⁷⁸² *Idem*.

⁷⁸³ VIGO, Rodolfo L. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias” en CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José y SANTA MARÍA D'ANGELO, Rafael (coords.), *Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho natural y III de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 193.

Es así como el concepto de paradigma, el horizonte de comprensión y el círculo hermenéutico adquieren significado a la luz del aspecto interpretativo del derecho. El derecho como interpretación al que se refiere Dworkin, no es otra cosa que el aspecto hermenéutico del derecho, y la referencia a la literatura dentro de la realidad jurídica, atañe al derecho como una realidad humana, una ciencia del espíritu, a la que no nos podemos referir exclusivamente como reglas de conducta establecidas en normas positivas; que ordenan que se realice algo de forma definitiva, sino en paradigmas que contienen mandatos que prescriben una acción de forma razonable, para que se realice en la mayor medida posible, atendiendo a la dimensión moral del derecho y a su exigencia de justicia.

En el derecho existen elementos indisponibles e irreductibles para los axiomas de la ley, precisan valoración, y dicha operación no es plausible sin la existencia de parámetros flexibles a los que el científico, el filósofo o el jurista práctico debe acudir para resolver los problemas más complejos a los que se enfrenta. La práctica jurídica ordinaria se ve superada, cuando la obligación de “mentir” por parte del juzgador, para adecuar el derecho erróneo al auténtico sentido del derecho, ha creado nuevos parámetros de racionalidad que proporcionan nuevos argumentos y razonamientos, en la concreción de los contenidos de valor que reconocen los derechos fundamentales; así pasamos del círculo hermenéutico y su horizonte de comprensión a la espiral hermenéutica.

Por ende, la exigencia del jurista práctico hacia la interpretación del derecho como una realidad compleja, brota de la misma obligación que tienen el jurista de hacer prevalecer las “respuestas correctas” en el derecho. Si bien no compartimos que pueda existir una sola respuesta correcta, entendemos que la necesidad de que el derecho inocuo no prevalezca, para dar paso a la justicia y atender a las razones de peso, que hablan del sentido que informa la mejor decisión en el caso paradigmático.

Ahora bien, en ese mismo contexto podemos advertir una clara vocación hermenéutica en Ronald Dworkin, y por supuesto, ha sido influenciado –y convenientemente se ha dejado influenciar– del gran aporte que Hans-Georg Gadamer ha proporcionado hacia la hermenéutica jurídica.

En ese sentido, los temas que ha introducido Gadamer como la intencionalidad, los prejuicios y la tradición histórica dentro del proceso interpretativo, son para Dworkin un asunto complejo y problemático para el ámbito de la interpretación jurídica. Pues la interpretación es en sí mismo un arte que se encarga de la recuperación de la intención del autor, pues a la vez constituye una objeción muy marcada de lo que se está descubriendo y de lo que se está creando con la interpretación; es decir, al momento de descubrir la intención del autor que con la creación de la obra se había propuesto, y a la vez, encontrar un valor en lo que ha hecho el autor, para traducir su significado en tiempo presente para el intérprete de la obra.

En ese sentido, Dworkin evoca a Gadamer, cuando afirma que de *toda*

*interpretación implica siempre una intención*⁷⁸⁴. Para lo cual Dworkin emplea siempre metáforas para explicar la complejidad del proceso interpretativo.

Con la metáfora del *novelista encadenado*, Dworkin asume una función muy activa en el operador jurídico cuando interpreta las normas jurídicas, y sobre todo en el juez. Para Dworkin los juristas se encuentran obligados a continuar una interpretación de lo que otros jueces han dicho y han sentenciado en otros casos, inclusive con lo que ha dicho el legislador. Es así que el operador jurídico se encuentra comprometido, incluso a “mentir”, en contra de respuestas erróneas que desnaturalizan el verdadero sentido del derecho. En ese contexto es que Dworkin habla siempre de una interpretación creativa, en la cual el jurista en todo momento incorpora al texto jurídico, elementos que no se encuentran de manera expresa; sino que en su *obligación de traductor de calidad, debe realizar una interpretación de la norma, de tal manera que adecue sus contenidos indeterminados a los casos concretos de forma coherente.*

Ahora bien, desde la publicación de *Los derechos en serio (Taking Rights Seriously)* en 1977, Dworkin sentó las bases de su propia concepción del derecho al hilo de su crítica al positivismo jurídico con la distinción entre principios y reglas, el cuestionamiento a la “regla de reconocimiento”, la absoluta discrecionalidad del juez en los “casos difíciles” y la separación entre el derecho y la moral. Con la publicación de *El Imperio de la Justicia (Law’s Empire)*, Dworkin, consolida dichas críticas en una visión unitaria y construye una propuesta alternativa al iuspositivismo, que denomina “el derecho como integridad”.⁷⁸⁵

Dworkin señala que las exigencias que denominamos “jurídicas” y que englobamos bajo el concepto de “derecho”, son el resultado de una *práctica social interpretativa, constructiva y creativa*; cada uno de sus participantes (los legisladores, los jueces, los abogados, los ciudadanos en general) desempeña su rol específico en la práctica a través de actos interpretativos, esto es, a través de actos mediante los cuales atribuyen un sentido (*Purpose*) tanto a cada una de las exigencias concretas de la práctica, como a la práctica en su conjunto.⁷⁸⁶

Constituye una práctica interpretativa constructiva, porque el conjunto de los mandatos que denominamos “derecho” se construye, no solamente en los actos específicamente orientados a la creación del derecho, como la sanción de normas, sino también en el resto de los actos a través de los cuales se participa del derecho: *en la aplicación y la obediencia de sus*

⁷⁸⁴ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, op. cit., p. 51.

⁷⁸⁵ ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, UNAM, México, 2009, pp. 37-38.

⁷⁸⁶ *Ibidem*, p. 38.

*normas, es una práctica social el “derecho” que se construye de la misma manera en la que dicha práctica se desenvuelve.*⁷⁸⁷

Por ende el derecho es una práctica interpretativa creativa, porque en la medida en la cual la interpretación jurídica constructiva no utiliza un procedimiento lógico que carezca de juicio de valor; el operador jurídico necesariamente recurre a exigencias axiológicas para crear un derecho de forma coherente e integral. En ese sentido, la interpretación no es para Dworkin, un presupuesto de la aplicación del derecho, que pueda separarse existencialmente de la creación o de la obediencia acrítica de sus normas; al contrario, *la interpretación es la esencia del fenómeno social que le impregna toda su dinámica para ser considerando como tal, es decir derecho: la creación, la aplicación y la obediencia del derecho*⁷⁸⁸, no se pueden reducir a procedimientos de creación normativa como la ley o la jurisprudencia de forma disociada de dicha práctica social.

A la luz de dicho antecedente podemos formular una auténtica teoría hermenéutica en la propuesta dworkiniana, en la que apela a la interpretación de la obra de arte, a la literatura, y por supuesto, a la hermenéutica jurídica.

Es por ello que Dworkin contempla que cuando escuchamos un poema, una obra literaria o apreciamos una pintura, siempre realizamos una interpretación creativa, una interpretación de la obra como si se tratara de una conversación con el autor para encontrar el verdadero sentido de lo que dijo o de lo que quiso decir. Es decir, no escuchamos a las obras de arte en sí, sino a sus verdaderos autores humanos:⁷⁸⁹

El objetivo de la interpelación creativa es descifrar las intenciones o propósitos de los autores al escribir una novela en particular o al mantener una tradición social en particular, al igual que en una conversación intentamos captar las intenciones del amigo que nos está hablando. *Defenderé una solución diferente: que la interpretación creativa no es una de conversación sino de construcción.*⁷⁹⁰

Por lo anterior, es claro que bajo la propuesta dworkiniana, el proceso interpretativo, no solamente gira en torno al descubrimiento de la intención del autor, sino también constituye una posición activa del intérprete en el entendido que en el mismo proceso interpretativo “construye” -o más bien *deconstruye*- el texto que en su momento formuló el autor; pero que el intérprete le asigna un nuevo significado, adecuado para la situación concreta, como en el caso de las normas del derecho.

⁷⁸⁷ *Idem.*

⁷⁸⁸ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁷⁸⁹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, op. cit., p. 51.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, p. 48.

Así pues, la interpretación creativa para Dworkin es interpretación de conversación, como cuando se discute un trabajo literario, para recapturar las intenciones del autor. Sin embargo para Dilthey, cuando se cuestionaba acerca de la objetividad en las ciencias sociales, utilizó la palabra *Verstehen* (entender) para describir específicamente el tipo de comprensión que logramos, al saber lo que otra persona quiere decir por lo que dice, su mensaje (entender a la persona lo que quiere decir o lo que quiso decir) en lugar de solamente describir todas las formas o modos posibles de comprender su comportamiento o su conducta desde un punto de vista psicológico⁷⁹¹; es decir, comprender es interpretar el sentido de una expresión o de una conducta o de un comportamiento de una persona, que nos quiere decir algo y nosotros los entendemos bajo un sentido propio, nos apropiamos del sentido que nos transmite el emisor del mensaje o de quien realizó la conducta.

En ese sentido, Dilthey como precursor de la hermenéutica de Gadamer, fue quien planteó la pregunta sobre si es posible y cómo este tipo de comprensión a pesar de las brechas culturales, para encontrar la clave para resolver dicho problema en la conciencia “histórica”: “el estado mental logrado por unos pocos y dedicados intérpretes a través de la reflexión sobre la estructura general y las categorías de sus propias vidas a un nivel de abstracción tan elevado que puede considerarse, por lo menos como una hipótesis metodológica, que perdura a través del tiempo”.⁷⁹² Para Gadamer, Dilthey sigue proponiendo una “metodología” pues para el modelo de conciencia histórica que plantea, no logra controvertir las raíces hegelianas de la ciencia y su reduccionismo racionalista, muy propios de su proyecto *sistemático-totalizante*.

A partir de dicha postura, se enfrentaron Gadamer y Habermas, para lo cual tomaron distintas posiciones. Para Gadamer la conciencia histórica no podía estar desvinculada de los prejuicios; pues *la conciencia histórica efectiva* –o efectual– no se queda a describir la historia de forma acrítica –lo que implica hacer una mera “historiografía”, una metodología de la historia–, sino que toma partido, asume una comprensión intencional desde una perspectiva, que *de forma ineludible se encuentra influenciada con el mundo que deseamos interpretar*.⁷⁹³

Por lo que respecta a Habermas controvierte a Gadamer, a quien le imputa una visión demasiado pasiva, en cuanto a que la dirección que adopta la comunicación es en un solo sentido, que el intérprete debe luchar por aprender y aplicar aquello que interpreta sobre la base de que está subordinado a su autor; apunta más bien hacia la interpretación constructiva y no de conversación, en la cual la interpretación supone que el

⁷⁹¹ *Ibidem*, 292-293.

⁷⁹² *Ibidem*, p. 293.

⁷⁹³ *Idem*.

autor podría aprender del intérprete.⁷⁹⁴

Dworkin toma partido y asume dicho debate como una cuestión inacabada, en el que se hace una descripción del texto, en cuya única alternativa al entendimiento causa-efecto de los factores sociales, es un entendimiento de conversación sobre el modelo de *Verstehen*⁷⁹⁵ –el entender en tanto comprensión del sentido inmerso en el texto y en la pretensión del autor-; es decir, la comprensión del significado del texto de forma creativa, en la cual se construye el sentido que el autor le quiso dar, a partir de la formulación, tanto de un contexto de descubrimiento de lo que el autor quiso decir, como de la adecuación del sentido correcto para resolver un caso de forma creativa.

Por lo anterior, Dworkin no rechaza la idea de la existencia de prejuicios en el intérprete, conforme a la propuesta Gadameriana. No niega la obviedad de que los intérpretes, piensan e interpretan dentro de una tradición interpretativa de la que no pueden sustraerse por completo. Sin embargo, la función interpretativa no es una fórmula de la física o las matemáticas (un *principio de Arquímedes*) que deba cumplirse de manera inexorable, como para pretender modificar la intención del autor y “hacer parecer de la mejor manera posible aquello que se interpreta”.⁷⁹⁶

Dworkin apela a Gadamer, para describir el proceso interpretativo como un reconocimiento de que la historia interpretada no es una mera secuencia de sucesos; la mera descripción de una realidad situada en el pasado, a la que accedemos solamente a través de un “método” y que deja al intérprete restringido a cánones epistemológicos, limitan el proceso creativo del intérprete a una mera preceptiva de reglas a las que se debe ceñir el hermeneuta, para efecto de clasificar que dicha interpretación es “correcta”. Por lo cual, Dworkin, no tiene empacho en cuestionar dicha metodología, como “restricciones de la historia”, y en ese sentido, Gadamer, “da en la nota exacta”⁷⁹⁷ con la formulación de la auténtica *historia efectual, a la que se le adhieren los prejuicios del intérprete y es en ese sentido una interpretación constructiva, una interpretación intencional*.

Así pues, para Dworkin *el proceso interpretativo es una descripción*

⁷⁹⁴ *Idem*. La referencia breve pero muy completa del debate Habermas-Gadamer Véase GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, *op. cit.*, pp. 94-103. El debate directamente en los textos de los autores Véase HABERMAS, Jürgen, “La pretensión de universalidad de la hermenéutica”, en *La lógica de las ciencias sociales*, 4ª ed., 1ª reimp., Madrid, Tecnos, 2009, pp. 278-306; GADAMER, Hans-Georg, “La universalidad del problema hermenéutico (1966)”, “Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a Verdad y método I (1967)” y “Réplica a Hermenéutica y crítica de la ideología (1971)” en *Verdad y método II*, *op. cit.*, pp. 213-265.

⁷⁹⁵ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, *op. cit.*, p. 293.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, p. 55.

⁷⁹⁷ *Idem*.

constructiva de la interpretación creativa en el derecho: una práctica social. Para lo cual es preciso establecer una distinción analítica entre distintas etapas, en las cuales es preciso advertir los grados en los cuales se ha gestado el consenso dentro de una comunidad; es allí donde Dworkin, advierte el *florecimiento de una actitud interpretativa.*

1. *Etapa preinterpretativa.* En esta etapa es donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica. Dworkin pone el ejemplo de la interpretación literaria en esta etapa, en donde se identifican en forma textual novelas discretas, obras de teatro, etcétera: es decir, la etapa donde se identifica y distingue el texto de *Moby Dick* del texto de otras novelas.⁷⁹⁸

Es una etapa “preinterpretativa” que necesariamente gesta una interpretación, pues las reglas sociales no llevan etiquetas de identificación. No obstante a lo anterior, es preciso un grado importante de consenso dentro de la comunidad en la que se realiza dicha interpretación.⁷⁹⁹ Muy parecido a lo que Gadamer afirma con el concepto de precomprensión, horizonte de comprensión o de prejuicio, a ésta etapa “cada participante decide qué exigencias pertenecen a la práctica y cuáles no, e identifica el material que debe interpretar. Con el juicio preinterpretativo se distinguen las reglas jurídicas de las reglas religiosas, o de las reglas de urbanidad, por ejemplo.”⁸⁰⁰

2. *Etapa interpretativa.* En esta etapa el intérprete establece una *justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa.* En este estadio de la hermenéutica jurídica, el operador debe justificar, por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. Sin embargo, la justificación que se realice de dicha práctica, no necesariamente depende de todos o de alguno de los aspectos o características de la práctica permanente; pero sí los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y *no inventando una nueva.*⁸⁰¹

En la metáfora del *novelista encadenado*, hicimos alusión a la exigencia de interpretar el derecho, conforme lo que ha sucedido anteriormente, para no dar un viraje caprichoso e irracional del verdadero sentido del derecho; para lograr encontrar de forma adecuada, hacia donde se han dirigido las justificaciones de los precedentes judiciales, de la costumbre jurídica y en

⁷⁹⁸ *Ibidem*, pp. 57-58.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁸⁰⁰ ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, op. cit., p. 39.

⁸⁰¹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, op. cit., p. 58.

general, de la tradición histórica imperante desde un punto de vista general.⁸⁰²

En la etapa interpretativa se realiza un *juicio de justificación general* (*General Justification*), con el cual se asigna el objeto o fin a las exigencias de la práctica, principalmente en cuanto a las exigencias jurídicas; en este estadio, el intérprete se pregunta por las razones que legitiman a la práctica en su conjunto y la tornan razonable.⁸⁰³

Este juicio se encuentra limitado por un tercer juicio, el juicio de encaje o acomodamiento (*Fit*), llamado como la *regla de la sistematicidad y armonía en la interpretación*, según la cual el intérprete debe asegurarse de que la justificación que ofrece para la práctica es una *explicación aceptable de todas las normas e instituciones que conforman dicha práctica*; por lo cual, “este juicio invalidaría, por ejemplo, la interpretación de que en una monarquía republicana como la española, o la inglesa, el único y excluyente fin justificativo del derecho es la salvaguarda de la voluntad del rey.”⁸⁰⁴

3. *Etapa posinterpretativa o reformadora*. En esta etapa es donde se ajusta el sentido de lo que fue interpretado, *para adecuar lo que en la realidad se necesita, lo que en la práctica resulta más idóneo para justificar lo que en su momento se argumentó en la etapa interpretativa*.⁸⁰⁵

Con el juicio de ajuste o reforma (*Reforming Stage*) se decide cómo una regla debe aplicarse, o en su caso, dejar de aplicarse, o reformarse; de tal manera que dicho ajustamiento logre realizar en el caso particular, el mejor sentido de la norma en el ámbito práctico, para que muestre en la realidad su mejor luz.⁸⁰⁶

Pilar Zambrano nos proporciona un ejemplo muy adecuado para aclarar la clasificación antes desarrollada: en un país imaginario, un grupo de habitantes que carecen de ciudadanía interponen un recurso jurisdiccional, solicitando que el estado les brinde protección frente a agresiones xenofóbicas que comportan un serio riesgo para sus vidas.⁸⁰⁷

1. *Etapa preinterpretativa*. El juez competente deberá decidir el caso, en los términos planteados por Dworkin, consultando las normas que forman parte de la práctica jurídica en la cual se desempeña; sin que sea necesario consultar a su conciencia o sus creencias religiosas. Esto es, el juez deberá ser capaz de distinguir, desde la perspectiva preinterpretativa, en-

⁸⁰² DWORKIN, Ronald, “El derecho como interpretación” en DOMÍNGUEZ CAPARRÓS, José (comp.), *Hermenéutica*, op. cit., p. 228.

⁸⁰³ ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, op. cit., p. 39.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, pp. 39-40.

⁸⁰⁵ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, op. cit., p. 58.

⁸⁰⁶ ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, op. cit., p. 40.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, pp. 40-44.

tre las normas morales y religiosas a las cuales está de acuerdo, así como las normas jurídicas que componen la práctica constitucional de la cual forma parte.⁸⁰⁸

2. *Etapa interpretativa.* Identificadas que fueron las normas que forman parte de la práctica jurídica en la que actúa, el juez deberá preguntarse si dichas normas reconocen a los no-ciudadanos el derecho a la vida y a su protección estatal. La norma jurídica que el juez entiende más directamente vinculada al caso, es una norma constitucional que establece lo siguiente: “todos los ciudadanos tienen derecho a la vida. El estado implementará las acciones que sean necesarias para preservarla contra agresiones ilegítimas”.⁸⁰⁹

Por lo anterior, parece claro que para resolver el caso, el juzgador tendrá que decidir si ésta norma concreta sólo nombra a los ciudadanos como titulares del derecho a la vida y a su protección, debe interpretarse literalmente o si, en cambio, por aplicación del principio de analogía, puede extenderse a los extranjeros.

En efecto, de las opciones interpretativas que se deducen del caso en cuestión, Dworkin afirmaría que el juez se encuentra obligado a balancear sus juicios justificatorios y de ajuste de las situaciones particulares que se dan en la práctica del derecho. En esta etapa se deberá preguntar, acerca de los fines de la norma interpretada y, más ampliamente, por los fines de la práctica constitucional en que se inserta la norma; el ajuste en esta etapa, deberá aplicar la norma en el caso concreto de tal suerte que permita acomodar la práctica a los fines con que se la ha justificado de manera general.⁸¹⁰

En el caso particular, el juzgador deberá contemplar lo que la Constitución protege, principalmente el derecho a la vida; si de igual forma busca proteger la dignidad humana, el operador jurídico ineludiblemente extenderá la disposición de forma analógica a los extranjeros. Por otra parte, si el juez concluye que la Constitución tiene como finalidad primordial, resguardar la integridad de una nación, y por otra parte busca hacerlo de manera excluyente con otros principios o derechos; resulta muy probable que en este caso la norma no alcanzaría a extender su protección de forma analógica a los extranjeros.⁸¹¹

3. *Etapa postinterpretativa.* A la luz de las decisiones que tome el juzgador con base en sus opciones interpretativas, se puede cuestionar la posición de Dworkin en cuanto a la defensa de la interpretación creativa, y señalar que los intérpretes pueden atender a los fines generales que en la práctica se dilucidan, así como aquellos que atienden a la norma particu-

⁸⁰⁸ *Ibidem*, pp. 40-41.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁸¹⁰ *Idem*.

⁸¹¹ *Idem*.

lar de una forma descriptiva.⁸¹²

En el caso particular que se plantea, bien podría señalarse que para resolver si la norma en cuestión protegía sólo a los ciudadanos o se extendía también a los extranjeros, bastaba con averiguar cuáles fueron las motivaciones de los constituyentes al sancionarla; y por otra parte investigar con datos fidedignos y verificables, la composición ideológica de la mayoría que la sancionó, las exposiciones de motivos de la norma en cuestión o los documentos en los que se asientan los debates parlamentarios.⁸¹³

Ahora bien, la investigación de dichas motivaciones colectivas, complican de manera exponencial las dificultades interpretativas, en lugar de aclarar el panorama. Para lo cual se hacen las siguientes preguntas: ¿A qué tipo de motivaciones debemos atender? ¿Las motivaciones de cada uno de los legisladores cuyo voto dio lugar a la sanción de la norma, a las motivaciones de cada uno de los grupos políticos que votaron por la norma, o a las motivaciones del grupo político mayoritario?⁸¹⁴

Atendiendo a dichos cuestionamientos, si la motivación relevante es la de cada legislador, no podemos hablar de un fin legislativo. Por lo que refiere a cada legislador, cada quien tendría sus propias razones, ideológicas o morales, o inclusive de conveniencia; en el peor de los casos si la solución apunta a una “motivación grupal”, ¿Qué sucede cuando no hay un único grupo político conformando la mayoría? ¿Y cuándo hay un único grupo, qué ocurre cuando las motivaciones compatibles con las ideologías son múltiples?⁸¹⁵

De los cuestionamientos anteriores, constatamos con claridad las dificultades que plantea una estrategia interpretativa voluntarista, subjetivista o historicista de las decisiones colectivas; *la estrategia interpretativa es en sí misma valorativa y, por tanto, creativa. El hermeneuta no encontrará en la norma, la directiva de interpretarla atendiendo únicamente a la voluntad histórica del legislador ordinario o constituyente; por lo que “el intérprete elige este método interpretativo y, para elegir este método, necesariamente tiene que preguntarse por los fines de la práctica en su conjunto. Pues sólo en atención a estos fines se justifica la elección de un método interpretativo u otro.”*⁸¹⁶

Pilar Zambrano llega a dos conclusiones fundamentales por las cuales corroboramos la clara influencia de Hans-Georg Gadamer en el planteo de Ronald Dworkin:

1. La pregunta que formula Dworkin, tanto por los fines de cada exigencia en particular, como la pregunta por los fines de la práctica en gene-

⁸¹² *Idem.*

⁸¹³ *Ibidem*, pp. 42-43.

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 43.

⁸¹⁵ *Idem.*

⁸¹⁶ *Idem.*

ral, forman parte de cualquier acto interpretativo, *en la medida en que dichos cuestionamientos son formulados por el intérprete de la norma, con el objetivo de brindar respuestas que justifiquen la elección del método interpretativo.*⁸¹⁷

2. La referencia a los fines de cada juicio en lo particular, así como los fines a la práctica del derecho en general, refieren sin lugar a dudas al círculo hermenéutico; en el cual, las partes deben verse a la luz del todo, y el todo debe analizarse a la luz de sus partes. En este contexto, la formulación de cuestionamientos de las finalidades del caso particular con las finalidades de la práctica global, y viceversa.

3. *La formulación de respuestas a dichos cuestionamientos tienen como finalidad la justificación de la elección del método;* pues desde el principio hemos planteado, que la hermenéutica no es un método de interpretación, sino una filosofía práctica que se pregunta por la mejor elección del método para interpretar y aplicar una norma, con la finalidad de resolver de la mejor manera un caso controvertido, bien sea catalogado como “caso fácil” o como “caso difícil”. Por lo cual, la hermenéutica no sirve al método, sino que el método ayuda al intérprete a encontrar la mejor respuesta, sin que dicha acción que deriva del razonamiento práctico, quede supeditada al cumplimiento de las reglas del método.

4. La mejor elección del método, no deja ser un elemento propio de la etapa preinterpretativa, en el cual inciden en la decisión por el mejor método, los prejuicios, el horizonte de comprensión del hermeneuta para advertir la idoneidad de la herramienta interpretativa utilizada para concretar el contenido de valor de la norma interpretada (ponderación, principio de proporcionalidad, contenido esencial, concreción, analogía, interpretación conforme, interpretación *pro persona*, etc.)

5. La respuesta a estas preguntas no puede ser puramente descriptiva, pues no se trata de descubrir estados psicológicos, sino de descubrir *razones que desde el punto de vista del intérprete hacen de la práctica una obra valiosa, digna de ser continuada;* se trata de *averiguar las razones de la práctica “desde el punto de vista del intérprete” porque los motivos psicológicos del resto de los participantes son incognoscibles en su conjunto, y porque aunque fueran cognoscibles, serían irreductibles entre sí.*⁸¹⁸

6. La alusión al momento singularísimo de la intencionalidad del intérprete y a la búsqueda por sus propias respuestas para resolver un caso específico, podemos advertir desde nuestra propuesta, la existencia de la singularidad; como un momento específico en el cual el intérprete de la norma, no puede quedar supeditado a las *restricciones de la historia*, sino que debe encontrar *su propia respuesta, para resolver ese caso, en un aquí y ahora.*

De las conclusiones a las que llega Pilar Zambrano con el modelo inter-

⁸¹⁷ *Ibidem*, p. 44.

⁸¹⁸ *Idem*.

pretativo de Dworkin confirma su vocación hermenéutica, sobre todo cuando sostiene la exigencia de que cada intérprete que analiza un caso, necesariamente debe preguntarse por el valor que va a ponderar; y en ese sentido realiza una interpretación intencional, a la que es necesario justificar, para encontrar el verdadero sentido de la norma, el significado correcto, idóneo o adecuado que debe imperar, para advertir que dentro de las múltiples posibilidades interpretativas del caso, se llegó a la mejor solución.

Las conclusiones a las que llega Dworkin, adopta sin lugar a dudas constituyen un planteo hermenéutico gadameriano, pues por una parte aduce la exigencia de preguntarse tanto por fines particulares como por los objetivos globales de la práctica social; pero *sin reducirla al método interpretativo sino a la justificación de la elección de ese método*.

Por otra parte, también se percibe la naturaleza del razonamiento práctico en el planteo dworkiniano, pues resulta imposible advertir las razones que en la práctica se dan desde el punto de vista del intérprete. En efecto, los juicios de valor no se pueden reducir a momentos psicologistas, bien de un legislador en particular o de un grupo de legisladores, tanto de una posición subjetiva caprichosa o irracional como ideológica; el razonamiento práctico es irreductible a momentos de subjetividad de manera abstracta, para conocer el contenido moral de una ley en un caso concreto.

Por ende, si un argumento o juicio de valor, debe ser valorado positivamente, este debe tomarse como una continuación de una tradición interpretativa que justifica los razonamientos de una posición argumentativa de manera razonable; y que a la vez, le dan sentido a las instituciones jurídicas, a los valores superiores del ordenamiento jurídico y a los bienes humanos que protege.

El modelo hermenéutico de Dworkin, como lo vamos a ver a continuación, tiene muchas similitudes del sistema hermenéutico de Gadamer, principalmente con sus etapas interpretativas que se asemejan, en más de un sentido; al círculo hermenéutico, a la interpretación intencional, al horizonte de comprensión, a los prejuicios valorativos, y en general, al instante creativo en el que se ve inmerso el hermeneuta al momento de interpretar un caso concreto: *la singularidad*.

5. EL CÍRCULO HERMENÉUTICO

1) El giro hermenéutico en la interpretación jurídica: el prejuicio legítimo

La idea del círculo hermenéutico que sostenemos con Gadamer, se refiere al cambio de expectativa, en la cual el texto normativo de una regla moral o positiva, se recoge en la unidad de una referencia de sentido, entero distinta a la que se había establecido desde la invención del derecho moderno con su propuesta axiomatizante en procesos lógicos y subsuntivos. *El movimiento de la comprensión va constantemente del todo a la parte,*

*y de esta hacia el todo: lo fundamental del círculo inteligible de la comprensión, es ampliar la unidad del sentido comprendido en círculos concéntricos. El criterio específico de corrección de la comprensión, es siempre la congruencia de cada detalle con el todo. Cuando no hay tal congruencia, esto significa que la comprensión ha fracasado.*⁸¹⁹

Desde un principio hacemos la aclaración que del círculo hermenéutico no se desprende una relación mecánica y deductivista como el proceso de lógico de la subsunción, que va de la premisa general a la particular. En el caso del círculo hermenéutico, si bien el sistema jurídico representa el “todo” y el caso particular es la “parte” de ese círculo; no por ello debemos tomar a dicha “metodología”, como un proceso determinista que es lo que quiere evitar la hermenéutica: la interpretación abierta a la universalidad del fenómeno de la comprensión en las cosas mismas, dejar hablar las cosas para entender su verdadero sentido.

Así pues, Schleiermacher distingue en este círculo hermenéutico del todo y la parte, un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. Igual que cada palabra forma parte del nexo de la frase, cada texto forma parte del nexo de la obra de un autor, y éste a su vez, forma parte del conjunto. Sin embargo, el mismo texto pertenece a la manifestación de un momento creador, por lo cual, la comprensión sólo se lleva a término en cada caso desde este todo de naturaleza tanto objetiva como subjetiva.⁸²⁰

Dilthey por su parte hablará de la “estructura” y de la “concentración en un punto central” desde el cual se produce la comprensión del todo. Con ello explica el mundo histórico como el centro en el cual se gesta la comprensión y que desde siempre ha sido un fundamento de toda interpretación textual: que cada texto debe ser comprendido desde sí mismo.⁸²¹

La propuesta del círculo hermenéutico no se puede entender si no nos situamos en la fenomenología y en el existencialismo que derivó de aquél, como paradigma interpretativo de las ciencias humanas en la época contemporánea, desde un plano radical: *la relación ontológica del fenómeno hermenéutico.*

Gadamer propone superar una larga tradición de pensamiento que, originada en el romanticismo y en el historicismo, concebían al conocimiento como un proceso pasivo en la relación del sujeto-objeto; para situarlo ahora en una realidad activa, que presupone la *praxis vital del fenómeno de la comprensión y del sentido de los textos de cualquier índole.*

El hombre y su aproximación a la realidad, en la filosofía existencialista de Edmund Husserl, Martin Heidegger y Hans-Georg Gadamer, es una proyección de la fenomenología aplicada a la hermenéutica; consideran al hombre en su proceso de conocimiento, como una conciencia proyectiva, eyectada hacia la realidad, arrojada hacia sus posibles en el mundo de la

⁸¹⁹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, op. cit., p. 361.

⁸²⁰ *Idem.*

⁸²¹ *Idem.*

vida humana.

El hombre, el *Dasein*, es como un *estar-ahí*, estar arrojado a la realización de su propio ser, en el momento mismo en el que se aproxima a la realidad; el fenómeno de la comprensión y de la apropiación del sentido de *las cosas que tiene a la mano*, se actualizan cuando interpreta la realidad. La realidad humana alcanza su concreción en la comprensión histórica como *modo originario de acceder al conocimiento de la cosa interpretada*. Son operantes las vinculaciones concretas de la costumbre, la tradición y las correspondientes posibilidades del propio futuro⁸²², porque en un mismo tiempo se realiza su presente, su pasado y su futuro, pero con un sentido actual, en el momento mismo en el que se interpreta la realidad.

El hombre es proyecto, y como tal, se encuentra arrojado a la existencia humana. La hermenéutica representa un cambio de paradigma al proponer *el giro fenomenológico-hermenéutico*, en la forma de interpretar los textos de cualquier naturaleza, principalmente en lo que nos ocupa, los textos legales. Es una propuesta ontológica, porque apela al sentido originario del sujeto en su proceso de comprensión: su propia *existencia humana en el mundo de la vida*.

La idea fundamental en el proyecto hermenéutico de Gadamer es la transformación de la relación sujeto-objeto de la metodología moderna, hacia la traducción del sentido lingüístico de las normas del derecho sin depender de dicho método; la experiencia radical del existente humano con las cosas mismas, lo que supone al mismo tiempo y ante todo, una autocomprensión del sujeto que comprende.

La hermenéutica en un primer término, tomará los “materiales en bruto”, a manera de juicio *a priori* que las categorías de la filosofía de la ilustración, erigió en su calidad de verdades objetivas, centradas en la duda cartesiana “pienso luego existo”, en el idealismo kantiano “solo hay un objeto para un sujeto” y finalmente, el conocimiento de la razón absoluta hegeliana “todo lo real es racional y todo lo racional es real”: todas ellas se encargan de forjar el *conocimiento lineal y monológico*, de la reproducción de la verdad a través del método científico, en el que siempre habrá un sujeto-interpretante y un objeto-interpretado accesible en la conciencia del sujeto cognoscente.

La hermenéutica propone salirse de las filosofías de la conciencia del periodo ilustrado, a través de la fenomenología y el existencialismo, que pone al sujeto ante la *praxis vital* que significa, encontrar respuestas en tiempo actual y sin establecer la supremacía del método frente a la verdad.

El giro hermenéutico, presupone abandonar la ingenua seguridad de encontrar las respuestas, a través de procesos formales del conocimiento (el método), y darle primacía a la experiencia efectiva del sujeto, al develarse el significado intrínseco que las cosas mismas poseen (la fenomenología): el brillo de la razón, se presenta ante el intelecto, como un resplandor que solo

⁸²² *Ibidem*, p. 318-330.

puede generar la fuerza verdad en las cosas mismas.

La idea del círculo hermenéutico, aplicado al derecho, es en sí misma, una idea que refleja la complejidad del fenómeno de la comprensión humana en el mundo de la vida fáctica, jurídica y moral. Cuando hablamos de que algo resulta complejo, es porque dicho fenómeno no es simple; es decir, el objeto de estudio presenta diversas variables, significados o posibilidades de interpretación, pero siempre desde el contexto de las limitaciones del intérprete que tienen ante sí un texto; y a lo que nos ocupa, un texto jurídico que podría ser la Constitución, una ley, una sentencia, la jurisprudencia, o hasta un acto administrativo o un acto jurídico entre particulares como un contrato o un testamento.

El intérprete no es un enviado de los dioses (Hermes) que porta un mensaje divino, representado por la suprema voluntad del legislador; y tampoco la hermenéutica busca desentrañar el “espíritu” que esconde la expresión legal. La hermenéutica es en ese sentido antilegalista y antiformalista, pues el aludido “espíritu” del legislador no es una voluntad encriptada en las palabras sacramentales inscritas en el texto legal.

El círculo hermenéutico busca tender los puentes para salvar las distancias entre el complejo contenido normativo de los derechos fundamentales, y la solución actual y adecuada al caso de relevancia constitucional. El operador jurídico que interpreta normas de contenido indeterminado, con una densidad material propia de los principios, debe tender a optimizar en la mayor medida posible sus derechos fundamentales para beneficio de la persona y en todo caso provocar la menor restricción.

Los grandes problemas y las irresolubles paradojas que se han gestado en el derecho moderno, han surgido por la idea de que la ley, contiene verdades incuestionables que el intérprete únicamente debe reproducir de manera fiel y sistemática. Hemos dicho que Montesquieu refería que “Los jueces de la nación no son [...] más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes”.⁸²³

La modernidad jurídica considera al ordenamiento jurídico, un sistema perfecto, coherente y completo, en el que no es posible concebir la existencia de antinomias y lagunas, pues según la doctrina iluminista de la exégesis normativa, la sagrada voluntad del legislador no puede contener contradicciones, y menos aún, situaciones que escapan de su monopolio normativo.

La interpretación jurídica, desde las coordenadas de la hermenéutica, no busca reconstruir la voluntad del legislador como si fuera una reproducción de su pensamiento desde un aspecto psicologista. Es decir, la hermenéutica no pretende desentrañar los deseos y prejuicios pasados, que el legislador tuvo en cuenta para formular la ley, y que en su momento fueron una solución a los problemas de la época en la que se promulgó; aun así, el establecimiento de innumerables hipótesis normativas no pue-

⁸²³ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 112.

den suplir el aspecto creativo de la *singularidad de la hermenéutica jurídica*: el legislador no pudo haber previsto todas las situaciones que se presentan a los poderes del Estado en la vida fáctica, bien para ejecutar la ley por las autoridades administrativas, o bien por los juzgadores en la sentencia judicial, en ambos casos cuando se resuelve un caso particular.

Si bien es cierto, la hermenéutica acepta la existencia de prejuicios en el operador jurídico, no por ello significa que la “lectura” actual del texto legal, tenga que reproducir de manera literal los prejuicios antiguos, los cuales podrían persistir en una idea descontextualizada de los problemas actuales. Es así que la distancia del texto legal en el tiempo y el problema actual, no se resuelve reproduciendo la voluntad del autor, en este caso del legislador.

Las generaciones actuales no pueden quedar condenadas a vivir de las soluciones que proporcionaba el legislador en un momento histórico determinado; deben actualizar el sentido de las normas en tiempo presente, sin que ello implique abandonar la tradición. Pues todos aquellos prejuicios, entendidos como deseos, valores, problemáticas, proyectos de nación y demás intereses de partido o de grupo en el poder, en el momento de la promulgación de la norma, pueden resultar desenfocados a la luz del problema específico que se pretende resolver en el tiempo actual.

En este aspecto, ya habíamos dicho con Gadamer que el “prejuicio” no significa pues en modo alguno juicio falso o falaz, sino que está en su concepto el que pueda ser valorado positivamente o negativamente.⁸²⁴ La ley en sí misma por ser una disposición de carácter general, no puede entenderse como un juicio preconcebido de manera abstracta, ni positivo ni negativo, pues el caso concreto, condiciona de forma relevante el sentido y la interpretación del texto legal.

Por lo cual, no se puede concebir *a priori* la voluntad del legislador, como juicio concreto de aplicación de la ley, pues el acto de juzgar si bien se realiza en un horizonte de comprensión, a la luz de los *prejuicios legítimos del juzgador*, se develan en el razonamiento argumentativo y nos confirma cuándo estamos ante un juicio falso o uno justificado; siendo este último el que atiende a la tradición histórica del intérprete y no a simples opiniones populares, intereses individuales o de grupo, caprichos y demás preconcepciones gratuitas, injustificadas e irracionales.

La máxima que postula el círculo hermenéutico “analizar las partes a la luz del todo, y el todo a la luz de las partes”, advierte que las normas jurídicas están inscritas en un universo que llamamos *sistema jurídico*. Pero a la vez, el todo debe ser analizado a la luz de sus partes, por lo cual ese sistema jurídico tiene sentido a la luz de sus normas; de las que se puede apreciar la verdadera concreción de los contenidos formales y materiales de las reglas y principios de dicho sistema, buscando siempre una adecuada y equilibrada relación axiomática y deóntica entre principios de de-

⁸²⁴ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, op. cit., p. 337.

recho fundamental.

La *sistemática jurídica* que proponía el derecho positivista bajo la idea de un derecho escalonadamente jerarquizado (pirámide kelseniana), dejaba muy acotado el ámbito de la interpretación de las normas jurídicas, y aún más, se realizaban interpretaciones aisladas sin valorar los contenidos normativos de la ley cuando de derechos fundamentales se trataba.

No tiene ningún sentido para la hermenéutica, interpretar las disposiciones a la luz del todo (sistema jurídico), y el sistema jurídico a la luz de sus partes (normas jurídicas), si el sentido de la norma se encuentra descontextualizado, por no atender a la teleología de la norma que se inscribe desde un contexto axiológico; o peor aún, cuando no existe una hipótesis normativa aplicable al caso y se concede discrecionalidad absoluta al juzgador, con tal de no darle la posibilidad de ponderar valores.

Por ello, *el giro hermenéutico, consiste en que la interpretación ya no habla desde el sujeto que conoce como en las filosofías iluministas que apelan a la conciencia, sino que la comprensión si bien parte del sujeto que interpreta, éste se encuentra arrojado hacia la existencia de la vida humana; es necesario dejar hablar a las cosas mismas, dejar que nos hablen lo que nos quiere decir a la luz de ese horizonte de comprensión y de la tradición histórica en la que se encuentra el sujeto interpretante, en su situación singular de comprensor de la “cosa” interpretada.*

2) El círculo hermenéutico como un “ir y venir” de la mirada entre la norma y el hecho concreto

Como lo veremos en “*Los casos Lüth y Titanic en Robert Alexy*”, desde la perspectiva hermenéutica, la metodología jurídica de la subsunción, no suple a la ponderación. Es decir, no se pueden *efectuar dos subsunciones aisladas para comparar (analogía) las interpretaciones de dos normas y determinar su alcance*, sino que al modo del círculo hermenéutico, la ponderación es un *ir y venir de la mirada entre normas, hechos y el caso concreto; una argumentación móvil entre los principios en conflicto*, para obtener la mejor respuesta que dilucide el caso constitucional para advertir no sólo el mayor peso de un principio frente a otro, sino encontrar una solución racionalmente justificada en verdades de razón práctica que ajuste de forma coordinada los derechos en colisión.

A diferencia de la actividad exegética, la hermenéutica de la ponderación consiste más en un diálogo entre el texto, el lector y su realidad concreta, en donde el *hermeneuta*, espera encontrar soluciones a sus propias dudas dentro del texto y responder a las preguntas del mismo, en un amplio horizonte de comprensión distinto del análisis cerrado y monológico del método exegético. La comprensión hermenéutica del texto, no es algo meramente receptivo como la reproducción que hace el positivismo jurídico, sino un actuar práctico, conformador del derecho concreto, histórico.

Con Gadamer confirmamos que *la transformación de la relación sujeto-objeto de la metodología moderna*, hacia la traducción del sentido lingüísti-

co de las normas del derecho, supone al mismo tiempo y ante todo, una autocomprensión del sujeto que comprende. La hermenéutica en un primer término, tomará los “materiales en bruto”:

1) Por una parte, una serie de normas legales abstractas, no aplicables todavía; y por otra,

2) Un conglomerado de hechos desordenados, sin relacionar aún con determinados puntos de vista jurídicos y, como consecuencia, todavía no escindidos en relevantes e irrelevantes.

En ese contexto, la interpretación clásica del normativismo, ha realizado lo que tradicionalmente se llama “subsunción”; lo cual no implica ningún problema, cuando ya se han fijado las premisas fácticas y jurídicas, pero sin cuestionar fuera del método y del sistema jurídico, una respuesta que promueva una solución equilibrada y ponderada en argumentos justificados en consideraciones de carácter moral.

Lo esencial en la hermenéutica, es establecer una mutua correspondencia entre la interpretación que hace el intérprete, los hechos analizados de manera objetiva a la luz del material probatorio y los textos jurídicos que contienen las prescripciones normativas.

Karl Engisch habla de una “continua interacción”, de un *ir y venir de la mirada* entre la norma y el contenido de hecho, es decir: elaborar concretas proposiciones jurídicas en relación con el contenido de hecho, y su construcción en relación con la norma.⁸²⁵ Las situaciones fácticas se aprecian a la luz del contenido normativo del texto legal, para derivar en determinadas respuestas concretas a los casos planteados. Por ello, la dinámica interpretativa en mención se fija con especial claridad, en la concretización de pautas de valoración en relación a casos y grupos de casos “típicos”, que precisan ser llenadas de contenido, al contrario del pensamiento lineal que afirma un conocimiento completo a la luz del *silogismo de determinación de consecuencias jurídicas*.⁸²⁶

En ese ir y venir de la mirada, es que se plantea el círculo hermenéutico: la interacción entre los hechos, las pruebas, las proposiciones legales, para concretar en el caso específico, sus aspectos de relevancia para resolver el caso, buscando el beneficio de la persona; trascendiendo de la mera constatación lógica de las variables, hacia los argumentos de contenido moral, racionalmente fundamentados y justificados, para no tomar al texto abstracto de la ley como verdades incuestionables.

Recordemos que las nociones de “precomprensión” y de “círculo hermenéutico” se hallan estrechamente interrelacionadas con la de estructura lógica real y, más concretamente, con “la estructura existencial del “ser ahí” (*el Dasein*), que desde un inicio Gadamer tomó de la filosofía existen-

⁸²⁵ KAUFMANN, Arthur, “Teoría de la justicia. Un ensayo problemático” en *Hermenéutica y derecho*, op. cit., pp. 166-167; ya antes se había traducido la afortunada expresión de Karl Engisch al proceso circular de la comprensión como un *ir y venir de la mirada* Véase LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 196.

⁸²⁶ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 196.

cialista de Heidegger.⁸²⁷ En ese sentido Gadamer utiliza después desde su filosofía una hermenéutica que tiende a la necesidad del “entender”, mediante “explicar” la “cosa del texto” y de explicarlo en relación con el originario “lenguaje de las cosas”:⁸²⁸ ¡A las cosas mismas!, es una expresión que Gadamer retoma de la filosofía existencial de Martin Heidegger y la finalidad no es otra más que plantarse la pregunta fundamental por *el ser de la existencia humana en sí misma*, como una auténtica *ontología fundamental*.⁸²⁹

Así en el derecho, cuando hacemos referencia a las relaciones humanas la “cosa” interpretada, debe ser siempre considerada a la luz de la razón práctica, que atiende a la esfera de lo razonable. Es decir, cuando en el derecho se interpretan las normas jurídicas, debe atender a la *naturaleza de la cosa*⁸³⁰, como la exigencia de referirse a relaciones humanas desde la *phrónesis* aristotélica, para enjuiciar prudencialmente un caso real y concreto.⁸³¹

Bajo ese orden de ideas, la expresión de Karl Engisch encuentra aplicación práctica a la luz del círculo hermenéutico, cuando habla de la acción interpretativa del derecho en un contexto fluido y de un “ir y venir con la mirada”, entre el supuesto de hecho de la norma y el hecho real, viene a controvertir a la metodología jurídica de la modernidad, que establecía al proceso de la interpretación jurídica, como un pensamiento lineal y silogístico de la subsunción.

En este aspecto Karl Larenz critica la concepción del “círculo” de la comprensión en Heidegger, pues a su parecer el “movimiento circular del comprender no retorna sencillamente a su punto de partida -entonces se trataría de una tautología-, sino que eleva a un nuevo grado la comprensión del texto”.⁸³²

⁸²⁷ HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, op. cit., pp. 171-172.

⁸²⁸ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, op. cit., p. 461; GADAMER, Hans-Georg, “La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas” en *Verdad y método II*, op. cit., pp. 71-80.

⁸²⁹ Cfr. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 482, 547-585; GADAMER, Hans-Georg, “La verdad de la obra de arte” en *Los caminos de Heidegger*, trad. de Ángela Ackermann Pilári, Herder, Barcelona, 2002, pp. 95 y ss.

⁸³⁰ La obra de Arthur Kaufmann *Analogía y “naturaleza de la cosa”*, constituye su primer trabajo orientado hacia una hermenéutica jurídica. Sin embargo no deja de ser el eslabón entre dos etapas de su actividad: una ontología fundamentada en la aproximación directa e inmediata a los elementos de la realidad jurídica, y otra, concentrada en la fundamentación de la comprensión normativa con implicancias metodológicas. En suma, para Kaufmann la analogía es una forma general del conocer e interpretar, y la naturaleza de la cosa, constituye un tópico metodológico, como un punto de partida de la argumentación jurídica. Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, “Estudio preliminar” en KAUFMANN, Arthur, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*, trad. y estudio preliminar de Enrique Barros Bourie, Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pp. 30-31.

⁸³¹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, op. cit., pp. 388 y ss.

⁸³² LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 195.

Larenz se refiere a que el significado de las palabras de un texto y su sentido, debe volver la mirada previamente al sentido de la frase por el intérprete que haya comprendido, para compararla con el sentido del texto en su conjunto; al menos cuando surjan dudas respecto de la primera interpretación, puede rectificar para volver a comprender el texto, tanto como sea preciso hasta que resulte una concordancia continua a la luz de las condiciones *hermenéuticamente relevantes*, dependiendo de la naturaleza del texto interpretado.⁸³³

Como preludeo a lo que abordaremos, Larenz refiere a la concepción que tanto Hassemmer como Kaufmann, consideran al proceso del comprender, ya no cómo un círculo hermenéutico, sino como una *espiral hermenéutica*; considerando que el movimiento circular de esa comprensión no retorna sencillamente a su punto de partida, sino que necesariamente lleva a un nuevo grado de comprensión del texto.⁸³⁴

3) El círculo hermenéutico y los derechos humanos: la complejidad de la interpretación jurídica

Bajo la perspectiva de la interpretación de los derechos humanos, el círculo hermenéutico se mueve entre Constitución y tratados internacionales, con sus respectivas interpretaciones jurisprudenciales, y los principios de interpretación conforme y *pro persona*; todo con la finalidad de que en la ponderación de principios, se encuentre dentro de las posibilidades interpretativas de la norma iusfundamental, aquella que sea menos restrictiva a las libertades de la persona, o aquella que reporte un mayor beneficio en cuanto al respeto, y protección de la dignidad humana.⁸³⁵

De igual forma si entendemos que el derecho es una realidad compleja, porque se origina de una relación necesaria y coexistente entre el derecho y la moral, la hermenéutica da cuenta de esa relación dialógica, en la que se aperturan los canales comunicativos entre las normas y sus herramientas interpretativas. El círculo hermenéutico sirve de puente argumentativo, para salvar las distancias que existen entre el texto de la norma y el caso concreto. Es decir, en los contenidos normativos de los derechos fundamentales, se vuelve imprescindible la argumentación que el operador jurídico realiza para llevar a cabo una adecuada concreción de las normas de derecho fundamental.

La comprensión del significado de las normas jurídicas, no es un proceso meramente receptivo de datos y hechos brutos para ser subsumidos, puesto que es siempre una autocomprensión del sujeto cognoscente; el

⁸³³ *Ibidem*, pp. 194-195.

⁸³⁴ *Ibidem*, p. 195.

⁸³⁵ El análisis del círculo hermenéutico, aplicado al control de convencionalidad en la interpretación de los derechos humanos, tanto constitucionales como internacionales. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, pp. 149-210.

juez que sostiene que la decisión se infiere “sólo de la ley” y no de su pre-comprensión, sufre el extravío cuando se basa en razonamientos que parten de esas convicciones subjetivas, y su plausibilidad y justificación se limita a la irracionalidad, el decisionismo o el emotivismo del intérprete, o simplemente del “fetichismo” legalista de haber encontrado el significado encriptado en la ley.

Sólo cuando el comprendedor se aproxima al texto con una “pre-comprensión” (Josef Esser) o “pre-juicio” (Hans-Georg Gadamer), el operador jurídico, estará en condiciones de abordarlo. Cuando el operador jurídico se sabe consciente de la tradición de la historia efectual que condiciona su razonamiento y entra en el horizonte de la comprensión, puede fundamentar argumentativamente lo que ya había anticipado como resultado “provisional”, a la forma como opera el *círculo hermenéutico* o su *evolución en la espiral hermenéutica*.⁸³⁶

Lo esencial del “método” de la hermenéutica jurídica, es prevenirnos de la *supuesta neutralidad de la ciencia*, pues lejos de describir regularidades sociales, hechos en “bruto” o procesos formales sin atributos o contenidos, la hermenéutica establece las condiciones por las cuales es posible el fenómeno de la comprensión; en tanto realidad que interpreta la misma existencia humana, a la luz de las normas jurídicas y su complejidad irreductible en los axiomas de la ley.

Es así como la hermenéutica no propone un método, pues estaría contradiciéndose, en tanto que las condiciones de la comprensión no derivan en lo absoluto de reglas o axiomas bajo los cuales, la metodología jurídica de la modernidad, había condicionado todo el conocimiento del derecho, así como sus reglas de producción jurídica, y por ende, de validez normativa.

El círculo hermenéutico pretende traducir el horizonte de comprensión del operador jurídico, ese ir y venir de la mirada como una realidad compleja y dialógica a la que se enfrenta el derecho: comprende no sólo las normas positivas, sino las normas morales. Es decir, derecho y moral, reglas y principios se mueven en el círculo hermenéutico a la luz de la singularidad: *la complejidad del derecho es una realidad coexistencial, que se origina en el círculo hermenéutico*:

1) *Derecho y moral, como una relación de coexistencia; en ese sentido es la fenomenología ontológica de lo jurídico.*

2) *Las reglas y los principios forma esa dialéctica de las estructuras normativas del sistema jurídico, como metodología para una ponderación no conflictivista.*

⁸³⁶ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 101. Resulta fundamental para la hermenéutica jurídica el concepto del círculo hermenéutico; la propuesta original de Kaufmann con influencia de Hassemmer de la espiral hermenéutica, disipará muchas dudas en cuanto a la forma en la que se origina la precomprensión del fenómeno jurídico. Véase KAUFMANN, Arthur, “Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho” y “La espiral hermenéutica” en *Hermenéutica y derecho*, op. cit., pp. 125-145.

3) Toda la dialéctica, entre derecho y moral, reglas y principios, *se origina en el epicentro del círculo hermenéutico: la singularidad del caso concreto que crea las condiciones de relevancia para la ponderación, en el cual se aprecian los hechos como circunstancias de modo, tiempo y lugar; esto es el material fáctico-probatorio que se interpreta a la luz del derecho positivo aplicable (Constitución, tratados internacionales, jurisprudencia, etc.), sin soslayar los principios morales y de justicia, para dar lugar a concretas determinaciones de deber ser.*

Así el derecho en general, es el todo, y como tal contiene partes. Sus partes son el derecho como ordenamiento positivo, y la moral que nutre al derecho de un contenido mínimo indispensable pero necesario.

El derecho y su sistema jurídico, constituyen el todo y sus normas jurídicas, tanto reglas como principios constituyen sus partes; dicha dialéctica en la que se mueve el círculo hermenéutico y su singularidad como horizonte de comprensión, la ejemplificamos con el siguiente diagrama.

El círculo hermenéutico en la interpretación jurídica



4) La prevención del círculo vicioso en la hermenéutica

La falacia del círculo vicioso, que tanto ha denunciado el positivismo jurídico, ha evidenciado la ineludible paradoja a la que se ha enfrentado el derecho moderno: negar la relación del derecho y la moral, y a la vez, interpretar normas que contienen elementos morales, a saber, los derechos fundamentales, ponen en entredicho la supuesta neutralidad de la ciencia jurídica moderna.

Si bien es cierto que la espiral hermenéutica que se analiza a continuación se vuelve un antídoto, en contra de la supuesta falacia del círculo vicioso, las prevenciones que nos hacen Heidegger y Gadamer en relación con el círculo hermenéutico, son fundamentales para no tildarlo de *círculo vicioso*.

Así pues, la propuesta hermenéutica utiliza la “metáfora” del círculo hermenéutico, para advertir que el sistema jurídico no es completo ni perfecto, pues contienen lagunas y antinomias. Si pretendemos analizar la colisión entre derechos fundamentales, la metodología jurídica moderna que piensa en absolutos, no da lugar a la ponderación ni a la razonabilidad de los argumentos para obtener una adecuada concreción de los derechos fundamentales y la debida valoración de los principios sin afectar su contenido esencial. El derecho del normativismo legalista, establece reglas que contienen mandatos definitivos, sin dar lugar a la ponderación de principios que optimiza los valores que contienen las normas iusfundamentales.

Si el positivismo jurídico ha denunciado al iusnaturalismo, por proponer dogmas y falaces argumentos al derivar un *deber ser*, a partir del *ser*, en la muy recurrente falacia naturalista; la hermenéutica jurídica, cuestiona de manera radical, el mismo parámetro con el que se juzga a la falacia circular: *el método científico de la modernidad*.

*La hermenéutica pone al método jurídico ante el tribunal del pensamiento filosófico*⁸³⁷, por la supuesta neutralidad del derecho. El planteo positivista es en sí mismo una *falacia circular*, en tanto que la libertad es un valor prevalente en el esquema kelseniano; así como la norma básica presupuesta, es una ficción que encumbra a los valores de la burguesía liberal de la naciente sociedad capitalista del siglo XX, el basamento fundamental

⁸³⁷ De manera análoga a lo que intentaba Kelsen, en un artículo fundamental de su obra, ponía en el banquillo de los acusados al derecho natural, pero desde el criterio univocista y reduccionista del método científico; lo cual y como lo hemos apuntado, deviene de una perspectiva incorrecta, cuando el objeto de conocimiento del derecho no solamente es científico, sino también filosófico. En ese sentido sus conclusiones son sesgadas y la supuesta neutralidad que profesa, deviene en ideología jurídica o en todo caso, en una construcción formal de lo que es el derecho, en desmedro de su contenido de valor en tanto realidad humana y no sólo científica. Véase KELSEN, Hans, “La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia” en *¿Qué es justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 64-112.

del progreso de la modernidad tiene un derecho prevalente: la propiedad.

Por lo anterior podemos decir que para Kelsen, la ciencia ponía en el banquillo de los acusados al pensamiento filosófico; ahora, *la ciencia se encuentra ante el tribunal del pensamiento filosófico, para cuestionar lo que no puede justificar el conocimiento exacto y verificable por el método científico*, que son las valoraciones de las conductas humanas a la luz de los principios de justicia.

En ese sentido, es necesario hacer referencia a Martin Heidegger, cuando nos advierte que la falacia de “círculo vicioso” se ha pretendido evitar cuando construimos nuestros razonamientos. Sin embargo, la estrategia argumentativa del derecho moderno, tanto lógica como filosófica, termina por construir *castillos de arena*, para finalmente erigir *gigantes con pies de barro*, sobre los que se han sostenido las estructuras de nuestro derecho desde el periodo ilustrado hasta nuestros días: *la pirámide kelseniana*.⁸³⁸

Heidegger pone la advertencia, en cuanto a que *el círculo hermenéutico no debe ser degradado a círculo vicioso*, ni siquiera a considerarlo como una falacia permisible en nuestras argumentaciones. Pues en él yace una posibilidad positiva del conocimiento más originario, cuando en el proceso de comprensión no se ha dejado imponer la verdad a través de ocurrencias propias, conceptos populares adoptados de forma acrítica (la existencia inauténtica), prejuicios injustificados o estrategias argumentativas consecuencialistas o utilitaristas; sino que resulta imprescindible asegurar el conocimiento científico desde *la cosa misma*.⁸³⁹

Así pues, Heidegger nos previene de las confusiones que existen en relación con el supuesto círculo vicioso, desde la *pretensión ontológica de la hermenéutica*.

Sin embargo, ver en este círculo un circulus vitiosus y buscar cómo evitarlo, o por lo menos “sentirlo” como imperfección inevitable, significa malcomprender radicalmente el comprender. No se trata de adecuar el comprender y la interpretación a un determinado ideal de conocimiento, que no es sino una variedad del comprender que se ha orientado hacia la legítima empresa de aprehender lo que está ahí en su esencial incomprendibilidad. Por el contrario, el cumplimiento de las condiciones fundamentales de toda interpretación exige no desconocer de partida las esenciales condiciones de su realización. Lo decisivo no es salir del círculo, sino entrar en él en forma correcta. Este círculo del comprender no es un circuito en el que gire un género cualquiera de conocimientos, sino que es la expresión de la estructura existencial de prioridad del Dasein mismo. No se lo debe rebajar a la condición de un circulus vitiosus, y ni siquiera a la de un círculo vicioso tolerado. En él se encierra una positiva posibilidad del conocimiento más originario, posibilidad que, sin embargo, solo será asumida de manera auténtica cuando la interpretación haya comprendido

⁸³⁸ Una crítica a la pirámide kelseniana desde la hermenéutica de los derechos humanos Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 40-48.

⁸³⁹ HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, op. cit., p. 172.

que su primera, constante y última tarea consiste en no dejar que el haber previo, la manera previa de ver y la manera de entender previa le sean dados por simples ocurrencias y opiniones populares, sino en *asegurarse el carácter científico del tema mediante la elaboración de esa estructura de prioridad a partir de las cosas mismas. Dado que, en virtud de su sentido existencial, el comprender es el poder-ser del Dasein mismo, los supuestos ontológicos del conocimiento histórico trascienden fundamentalmente la idea del rigor de las ciencias más exactas.* La matemática no es más rigurosa que la historia, sino tan solo más estrecha en cuanto al ámbito de los fundamentos existenciales relevantes para ella.

*El “círculo” en el comprender pertenece a la estructura del sentido, fenómeno que esta enraizado en la estructura existencial del Dasein, en el comprender interpretante. El ente al que en cuanto estar-en-el-mundo le va su ser mismo, tiene una estructura ontológica circular. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el “círculo” cae en el dominio de ser del estar-ahí (consistencia), deberá evitarse en general caracterizar ontológicamente por medio de este fenómeno a un ente como el Dasein.*⁸⁴⁰

El círculo hermenéutico constituye una nueva “metodología” de la interpretación jurídica con base en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.⁸⁴¹ Sin embargo, ese nuevo “método” se sale de las coordenadas de la ciencia moderna, y da lugar a un conocimiento más originario, más auténtico. Lejos de establecer las preceptivas y axiomas que definan el “correcto” comprender en la interpretación, devela las condiciones por las cuales se da esa comprensión, como forma radical de aproximarse al fenómeno jurídico de la existencia humana.

El criterio de corrección de la hermenéutica no es formal, pero tampoco subjetivo de forma exclusiva, sino que implica una combinación de realidades a las que se dirige el conocimiento humano en su *experiencia viva y concreta*. Las estructuras “metodológicas” de la hermenéutica no son formales, porque describen los puentes sobre los cuales, *discurre* el conocimiento de los saberes humanos, en la misma existencia que devela la razón, en la historia y en el texto interpretado. Esa sana distancia que existe entre el texto, la intención del autor, la realidad y el intérprete, atiende al verdadero sentido de la hermenéutica jurídica aplicada a las humanidades y a las ciencias jurídicas.

Sin embargo, esa descripción “metodológica” no se queda en el mero discurso de la explicación de las regularidades del comprender; sino que la sustancialidad de ese proceso trasciende al discurso formal, para volverse una amalgama indisoluble entre los elementos positivos del derecho, y los argumentos de moralidad y de justicia que realiza la causa eficiente y causa final de las normas jurídicas: con la concreción de los bienes humanos de forma coordinada y ajustada entre los justiciables, se realiza la

⁸⁴⁰ *Ibidem*, pp. 171-172. Las cursivas son nuestras.

⁸⁴¹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 376 y ss.

justicia y el bien común en la sociedad.⁸⁴²

El giro interpretativo o giro lingüístico, al que alude la analítica jurídica y la hermenéutica en el derecho, no puede reincidir en la metodología jurídica de la modernidad, cuando pretende derivar un conocimiento exacto de facticidades sin contenido sustancial alguno o al menos limitado a las reglas de la argumentación y del discurso jurídico.

Las verdades de razón práctica se adecuan en el tiempo y el espacio geográfico de los Estado nacionales, en la misma historia de los pueblos. La tradición habla por sí misma, cuando se actualiza la historia, y los textos hablan en tiempo presente, cuando se les hace hablar desde una posición ontológica.

Gadamer habla de ese *giro ontológico*, cuando Heidegger afirma que la comprensión es ese “factum existencial” humano, y es precisamente desde la interpretación temporal, el modo más originario del ser, del estar-ahí. La existencia del hombre en el mundo de la vida, es como una eyección primaria en el que se da cuenta de su finitud; y en consecuencia tanto más radical sea la apertura hacia el conocimiento de la realidad, a la luz de la tradición histórica y efectual, será así una interpretación más actual y más originaria.

Desde el contexto antes apuntado, Gadamer en *Verdad y Método*, nos proporciona algunas precisiones con respecto al círculo hermenéutico.

El círculo no es, pues, de naturaleza formal; no es subjetivo ni objetivo, sino que describe la comprensión como la interpretación del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete. La anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición. Pero en nuestra relación con la tradición, esta comunidad está sometida a un proceso de continua formación. No es simplemente un presupuesto bajo el que nos encontramos siempre, sino que nosotros mismos la instauramos en cuanto que comprendemos, participamos del acontecer de la tradición y continuamos determinándolo así desde nosotros mismos. El círculo de la comprensión no es en este sentido un círculo ‘metodológico’, sino que describe un momento estructural ontológico de la comprensión.

Sin embargo, el sentido de este círculo que subyace a toda comprensión posee una nueva consecuencia hermenéutica que me gustaría llamar, “anticipación de la perfección”. También esto es evidentemente un presupuesto formal que guía toda comprensión. *Significa que sólo es comprensible lo que representa una unidad perfecta de sentido.* Hacemos esta presuposición de la perfección cada vez que leemos un texto, y sólo cuando la presuposición misma se manifiesta como insuficiente, esto es, cuando el texto no es comprensible, dudamos de la transmisión e intentamos adivinar cómo puede remediarse. Las reglas que seguimos en estas consideraciones de la crítica textual pueden dejarse ahora de lado, pues de *lo que se trata también aquí es del hecho de que su*

⁸⁴² Fundamental para entender las causas del derecho Véase VIGO, Rodolfo L., *Las causas del derecho*, Prólogo de Georges Kalinowski, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1983.

aplicación correcta no puede ser separada de la comprensión del contenido del texto.

La anticipación de perfección que domina nuestra comprensión está sin embargo en cada caso determinada respecto a algún contenido. No sólo se presupone una unidad inmanente de sentido que pueda guiar al lector, sino que *la comprensión de éste está guiada constantemente por expectativas de sentido trascendentes que surgen de su relación con la verdad de lo referido por el texto*

[...]

También aquí se nos confirma que *comprender significa primariamente entenderse en la cosa, y sólo secundariamente destacar y comprender la opinión del otro como tal. Por eso la primera de todas las condiciones hermenéuticas es la pre-comprensión que surge del tener que ver con el mismo asunto. Desde esto se determina lo que puede ser considerado como sentido unitario, y en consecuencia la aplicación de la anticipación de la perfección.*⁸⁴³

Las aclaraciones que realizan tanto Heidegger como Gadamer al círculo hermenéutico, no tienen otra intención más que advertir y prevenir, que la forma originaria del comprender humano, no puede repetir los errores que en el pasado cometió el método científico moderno; sobre todo con la hermenéutica jurídica, como ejemplo paradigmático que explica de manera muy relevante para nuestra investigación, el significado ontológico de la interpretación jurídica de las normas de derecho fundamental.

El círculo hermenéutico devela de una manera contundente, la importancia de no reducir el conocimiento humano a reglas formales de corrección, para pretender obtener respuestas a los problemas jurídicos de forma deductivista o causalista a la “usanza” de la mecánica formal de los normativismos del positivismo jurídico; cuya interpretación de las normas, son meros actos de voluntad en su aplicación concreta.

El derecho científicista, afirmará que el sistema jurídico es perfecto, que está completo, que no contienen lagunas y antinomias, y que las respuestas a todos los problemas se encuentran en la ley o en su interpretación jurisprudencial, esta última sin agregar nada novedoso que antes no haya previsto el “espíritu del legislador”. Sin embargo, ese modo de concebir el derecho además de irrealista, propicia mayor arbitrariedad en nombre de la seguridad jurídica, a través de la discrecionalidad del juzgador o en general del aplicador del derecho cuando la ley no contiene la hipótesis precisa de un problema jurídico que le otorgue solución plausible.

Es pues que dicho círculo, no es de naturaleza formal, ni un modelo subjetivo ni objetivo, pues en este se describe la forma en la cual opera la comprensión de los textos, y su dinámica interpretativa entre la tradición histórica, las normas jurídicas y el caso concreto.

El modelo hermenéutico no se pierde en la subjetividad del interprete

⁸⁴³ *Ibidem*, pp. 363-364. Las cursivas son nuestras.

como mera aplicación voluntarista de la norma, ni en dogmatismos objetivistas que de manera ingenua apuestan por la neutralidad del método; sino que el operador jurídico se sitúa el ejercicio interpretativo del derecho, reconoce el *horizonte de sentido* que envuelve las circunstancias fácticas y jurídicas en las que tienen lugar el *derecho vivo: la singularidad del círculo hermenéutico*.

La tesis central del círculo hermenéutico gadameriano, consiste en que la hermenéutica controvierte la “violencia” del método jurídico como asignación subjetiva de significados, producto del laboratorio de la ciencia; para dar lugar a una nueva interpretación de la realidad, desde el conocimiento de las ciencias humanas con énfasis en el razonamiento práctico, como lo es la ciencia jurídica de forma paradigmática.

Un paradigma fundamental de la hermenéutica jurídica es: “interpretar la realidad circunstanciada para orientar la conducta humana”.

En esa comprensión hermenéutica, se gesta la experiencia de verdad que proporciona la filosofía práctica de las ciencias humanas como la ciencia jurídica, anclada en la tradición de la *historia efectual* (existencia humana en el mundo), la obra de arte o la poesía; entre otros saberes intraducibles desde otras disciplinas del conocimiento como las ciencias duras: las matemáticas, la física, la química o el proceso lógico-formal del derecho positivista sin contenido moral alguno, reducen el conocimiento humano a exactitudes o experiencias físicas observables sin permitir la posibilidad de introducir valores.

Para nosotros, más que hermenéutica “antimetodológica”, la hermenéutica gadameriana es *hermenéutica antiaxiomatizante*, la cual consiste en la pretensión de salirse de las coordenadas del método científico y sus reglas formales, como único camino para el acceso al conocimiento seguro e indubitable; y en su lugar, pugnar por la apertura hacia el conocimiento práctico del obrar humano, que exige una mesurada vinculación en los modelos epistemológicos de la ciencia moderna y su combinación axiomática con la valoración de principios de moralidad y de justicia que exigen las ciencias humanas como la filosofía y el derecho.

Al contrario del cientificismo que promueve la metodología jurídica de la modernidad, la forma experiencial y directa, en la que se gesta el conocimiento práctico de las ciencias del espíritu o del razonamiento humano, nace de forma natural cuando decimos que algo es justo o injusto a través del razonamiento práctico en el derecho.

En este sentido ya hemos señalado que la *hermenéutica metodológica* se realiza en un sentido genérico e impropio. Cuando utilizamos comillas para designar al “método” de la hermenéutica, es porque desde un inicio se hace la prevención que realiza Gadamer para evitar el cientificismo del método en la hermenéutica, su *pretensión antimetodológica*: que la hermenéutica no incurriera en los reduccionismos de la ciencia que impuso la época de la ilustración, cuando pretendía implantar el método de las ciencias exactas o ciencias duras e impostarlo en todos los saberes humanos. Esto es, el conocimiento teórico o especulativo que parte de una experiencia

de carácter física, indubitable, observable, demostrable y exacta.⁸⁴⁴

Las verdades de razón práctica caerán dentro de un entorno de lo razonable, lo develable, lo mostrable y lo plausible; pues si en el derecho se dice que algo es justo o injusto, esas verdades se encuentran sustentadas en razonamientos que parten de aproximaciones de grado, no definitivas. Se encuentran en razones que tienden a evidenciar la proporcionalidad, analogía y equidad en la toma de decisiones jurídicas. Son verdades de razón práctica que en ningún momento se pueden apreciar en toda su extensión, con los parámetros de la ciencia y el método de la modernidad, cuando hacemos referencia a las ciencias duras o exactas en comentario.

Decir que *el conocimiento es un bien humano que ha de ser buscado, de forma tal que en su misma apropiación adquiera un sentido para el sujeto que conoce*, muestra cómo se evidencia su actualización en el mismo acto de conocer. Esto es, se aprecia de su misma inderivabilidad deductiva. Por lo cual John Finnis sostiene que los bienes humanos, se conocen a partir del primer principio de la razón práctica “haz el bien y evita el mal”; dicho principio es inderivado de la razonabilidad práctica, no hacen referencia a la naturaleza humana, sino sólo al bien humano, el cual entra al mundo de lo “bueno”, lo “razonable”, lo mostrable como *prima principia per se nota* prácticos.⁸⁴⁵

Después de que el operador jurídico, acude al paradigma argumentativo del círculo hermenéutico para entender la complejidad del derecho y su relación con la moral, así como la bifurcación de sus estructuras normativas entre reglas y principios; es necesario recurrir a un paradigma que transforme la interpretación imperante, con respecto a un caso específico en materia de derechos fundamentales y no quedarse con un modelo que en apariencia de novedoso repita los errores del modelo interpretativo formalista.

Después del círculo hermenéutico, el operador jurídico debe pasar a una segunda fase en la cual, el conocimiento de las verdades de razón práctica, no puede quedar atascado en el círculo hermenéutico, sino pasar a otra dimensión dinamizadora del conocimiento humano y su protección multinivel de los derechos fundamentales, tanto desde un aspecto interno y estructural del sistema jurídico, como desde la protección internacional y comunitaria de los derechos.

⁸⁴⁴ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., p. 30.

⁸⁴⁵ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 69.

6. LA ESPIRAL HERMENÉUTICA

1) La protección multinivel de los derechos fundamentales

El círculo hermenéutico llega a un estado de cosas en el cual, ya no puede traducir los contenidos normativos de los derechos fundamentales y es cuando es preciso saltar hacia la *espiral hermenéutica*; sin embargo es necesario buscar *prima facie* esa proyección argumentativa en la realización de los valores materiales de justicia de los derechos humanos. Es decir, agotar las condiciones de posibilidad argumentativa de las normas de derecho fundamental, en la concreción de los bienes humanos dentro del mismo *círculo hermenéutico*.⁸⁴⁶

La espiral hermenéutica, es en términos simples, como una escalera por la que tiene que subir el operador jurídico, cuando se pretende elevar hacia pisos más altos la protección de los derechos fundamentales. Es el momento en el que se hace constar la insuficiencia del círculo hermenéutico, en el cual, no se logran concretar de mejor forma el contenido de moralidad y de justicia de esos derechos. Por lo cual es preciso escalar a un nivel de justicia más acabado, para responder a las necesidades de esa sociedad, sin renunciar a lo que de inicio le proporciona identidad y unidad a la tradición jurídica, además de proteger el contenido esencial de un derecho fundamental.

La espiral hermenéutica sigue la idea del círculo hermenéutico, de considerar el todo a la luz de las partes, y las partes a la luz del todo; sin embargo, lo que intenta poner de relieve para neutralizar la falacia del círculo vicioso, extiende su propuesta metafórica hacia un nuevo nivel de comprensión: *la espiral hermenéutica* busca saltar hacia nuevos horizontes en la toma de decisiones jurídicas que se plantean desde una tradición jurídica imperante, sin regresar al punto de partida en el que se argumentó el caso, principalmente desde el modelo analógico y prudencial. Es decir, *la espiral hermenéutica se vuelve un antídoto, en contra de la supuesta falacia del círculo vicioso, para enfrentar cualquier reticencia que implique la absolutización o dogmatización del mismo círculo hermenéutico.*

En la hermenéutica constitucional de los derechos humanos, a la luz del control de convencionalidad, ya habíamos señalado la proyección argumentativa del círculo hermenéutico. Dicho paradigma tiene sus límites, cuando colma sus contenidos de aplicación, tanto en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, así como la jurisprudencia nacional e internacional, y en general el bloque de constitucionalidad y convencionalidad; es decir, cuando el bloque de constitucionalidad-

⁸⁴⁶ Para una explicación de la espiral hermenéutica en la interpretación de los derechos humanos en el control de convencionalidad. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 196-210.

convencionalidad no logra colmar sus contenidos normativos, entra a la escena la *espiral hermenéutica*.⁸⁴⁷

El antídoto que posee la espiral hermenéutica, no tiene otra finalidad sino reconocer que el círculo hermenéutico es dinámico y evolutivo. Esto es, el círculo hermenéutico puede verse limitado cuando de la tradición jurídica existente y el contenido normativo de la Constitución o de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como en la jurisprudencia tanto de fuente nacional como internacional, no logran dar una solución plausible a los problemas que aquejan a las sociedades posmodernas.

El círculo hermenéutico salta hacia la espiral hermenéutica, cuando no pueda realizar la evolución de los derechos, y con ello, alcanzar pisos más altos de protección a los derechos humanos. Por lo cual, en el caso de la justicia constitucional, concretamente en la aplicación del control de constitucionalidad-convencionalidad, se encuentra entablando siempre un *diálogo permanente entre tribunales nacionales y las cortes internacionales de derechos humanos*. La espiral hermenéutica de los derechos fundamentales, se mueve hacia pisos más altos de protección a través del diálogo jurisprudencial global, regional y nacional, con la finalidad de realizar una tutela multinivel de los derechos fundamentales.⁸⁴⁸

La interpretación de los derechos fundamentales desde un primer momento, deben apreciarse a la luz de la experiencia previa; desde el *prejuicio* que se encuentra en el horizonte de comprensión, en la unidad de significado y de sentido que actualmente tiene determinado derecho fundamental en el ya aludido círculo hermenéutico del control de convencionalidad (Constitución-tratados internacionales/jurisprudencia nacional-jurisprudencia internacional).⁸⁴⁹

En el fondo, la espiral hermenéutica viene a controvertir la idea de que el mismo *prejuicio*, se convierta en un dogma que se impone como punto de partida de manera acrítica y sistemática, pues toda realidad interpretada, es ya una realidad situada en un horizonte de comprensión. La *fusión de horizontes* se adhiere a la argumentación que desarrolla el operador jurídico a la luz de la tradición jurídica imperante, y su reflejo se materializa en el *diálogo jurisprudencial*: en la interpretación de la Constitución y la jurisprudencia del tribunal constitucional, así de los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de las cortes internacion-

⁸⁴⁷ *Idem*.

⁸⁴⁸ JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 23-52.

⁸⁴⁹ Para advertir la nueva dinámica del sistema jurídico multinivel de protección de los derechos fundamentales desde el paradigmático control de convencionalidad, resulta fundamental el capítulo “El bloque de convencionalidad y el círculo hermenéutico de los derechos humanos” en FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 149-210.

les en la materia; para advertir el mejor trato a la persona humana y la menor restricción a sus derechos.

Dicha tradición jurídica, es en realidad una tradición cultural determinada por las circunstancias sociales, económicas, históricas y de cualquier otra índole a la luz del *margen de apreciación nacional*; el cual permite invocar las circunstancias particulares del derecho interno de los Estados nacionales en los casos difíciles y complejos en materia de derechos fundamentales.⁸⁵⁰

2) La historicidad del derecho

Arthur Kaufmann, al recordar que la acertada expresión *espiral hermenéutica* introducida por Winfried Hassemer, refiere de manera ejemplificativa a la forma en la cual se capta el sentido de dicha espiral: que *el círculo hermenéutico no se encuentra atrapado en un callejón sin salida*. Concretamente refiere a que el camino desde la legislación, hasta la decisión jurídica, indica una *vía de concretización, de positivación, del devenir histórico del derecho*. Esto es, el operador jurídico debe atender a la *historicidad del derecho*, que *actualiza los contenidos normativos de los derechos fundamentales*. Dicha transformación se origina a partir de la cultura, los cambios tecnológicos o las nuevas necesidades humanas de cualquier índole; ello implica un *camino en forma de espiral*, en el que *deber ser y ser* son puestos en *correspondencia recíproca* haciéndose “idénticos en cuanto al sentido”, que “se encuentra en ambos”.⁸⁵¹

Para Javier Hervada la dimensión de historicidad en lo justo natural y lo justo legal, no se trata que lo que cambia es la ley natural, sino su decidida influencia de las dimensiones históricas. *La naturaleza no está sujeta a cambio histórico, sino lo que está en constante evolución es la humanidad; pues si cambiara la esencia del hombre no habría hombre sino un ser distinto. Es decir, si la naturaleza humana hubiese cambiado con el paso del tiempo, necesariamente la especie humana habría evolucionado a otra especie. No estaríamos ante la historicidad del hombre, sino ante la evolución de las especies*⁸⁵², *tal y como lo han propuesto las teorías evolucionistas o transhumanistas*.⁸⁵³

⁸⁵⁰ Para entender los conceptos de diálogo jurisprudencial, fusión de horizontes y margen de apreciación nacional Véase *Ibidem*, pp. 323-360.

⁸⁵¹ OLLERO TASSARA, Andrés “Estudio preliminar, Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann” en KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, op. cit., p. 17. Las cursivas son nuestras.

⁸⁵² HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, op. cit., pp. 98-99.

⁸⁵³ Una importante obra que da cuenta del pensamiento filosófico contemporáneo y posmodernista, que va del estructuralismo hasta el posthumanismo, Véase LECHTE, John, *Cincuenta pensadores contemporáneos esenciales. Del estructuralismo al posthumanismo*, 5ª ed., trad. Carmen García Trevijano, Catedra, Madrid, 2010.

Por lo cual *no hay que confundir transformación con la historicidad*. El hombre cambia en cuanto al tiempo, pero el cambio opera en el mismo hombre (niño, adulto y anciano), no hay mudanza en otro ser, sino mudanza en el mismo ser: *uno mismo es el que cambia, por lo cual, la historicidad es cambio permanecido en la mismidad. El cambio no afecta a la naturaleza, pero radica en la naturaleza, porque el tiempo es una dimensión natural: el tiempo existe en la naturaleza. Por lo cual naturaleza e historia son inescindibles.*⁸⁵⁴

Los derechos naturales no son ajenos a la historicidad, sino que ésta es una dimensión suya, por ser derechos que existen en el tiempo y en la historia de la persona humana y por el cambio de ajustamiento entre cosas o entre personas, o bien, de manera específica entre libertades e intereses de esas personas en relación con sus derechos. La historia no afecta al fundamento de los derechos y tampoco a la titularidad de los derechos naturales, pues el título es inherente a la persona. Lo que si resulta afectado es la *modalidad del derecho*.

Por ejemplo, un niño no tiene el derecho a casarse de manera concreta, sino hasta que tienen la capacidad legal y biológica para ejercer ese derecho.⁸⁵⁵ Igualmente no tienen obligación de dar alimentos, sino hasta que tiene hijos. Por lo cual los derechos no existen al “alto vacío” sino que *las circunstancias históricas condicionan su aplicación real y concreta, para hacerlos efectivos y actualizar su contenido relacional.*⁸⁵⁶

En ese sentido la historicidad afecta sólo modalmente a la titularidad, no la quita ni la da, pues el título *inhiera* a la naturaleza humana; allí donde está la condición de persona humana, allí está el título del derecho, por lo cual *la historicidad se limita a lo naturalmente influido por ella*. En ese contexto, la colisión de derechos entre dos sujetos distintos no afecta a la titularidad ni a la eficacia de éstos; solo puede anular o suspender el deber en justicia de coadyuvar al derecho del otro. De igual forma el entorno y el estado de la persona influye en cada momento histórico, pues por un lado pueden ser mayores o menores en cantidad y calidad como el derecho a la salud y a la alimentación, como por otro lado el derecho positivo puede establecer penas más severas, injustas o desproporcionadas, dependiendo del grado de delincuencia, así como en los cambios culturales, tecnológicos y científicos.⁸⁵⁷

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 99.

⁸⁵⁵ *Ibidem*, pp. 99-100.

⁸⁵⁶ Agradecemos a Juan Abelardo Hernández Franco la explicación de estos ejemplos, para advertir la titularidad de los derechos y su ejercicio de manera circunstanciada; para contrastarlo con las posturas filosóficas que afirman la existencia de derecho subjetivo, sin existir las condiciones concretas que permitan gozarlo. Para abundar en dicha cuestión véase HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, “El lenguaje jurídico y sus sentidos lógicos” en *Cuadernos de trabajo. Serie Azul. Redacción Judicial*, Instituto de la Judicatura Federal – Escuela judicial, México, núm. 1/2014, p. 9.

⁸⁵⁷ HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, *op. cit.*, pp. 100-103.

La historicidad también tendrá límites en cuanto a que existe una distinción importante entre el núcleo permanente de los seres y sus factores afectados por la dimensión del tiempo, el cambio solo se da en la cantidad, la cualidad y la relación, y se refiere en el *ajustamiento entre cosas o entre personas y cosas*. Por lo cual la historicidad del derecho no puede estar afectada por estimaciones de carácter social, pues su respeto no depende de dicha estimación, sino que muestra simplemente un menor sentido de la justicia en la sociedad, por lo que a ese derecho en concreto se refiere.⁸⁵⁸

En ese contexto, pensemos en la Alemania nazi, en cuanto al grado de respeto a la dignidad humana del pueblo judío, pues para la sociedad de raza aria, era común tratarlos como cosas o esclavos, al instrumentalizar el derecho para legitimar sus acciones.

3) Del círculo a la espiral hermenéutica

Atentos a las prevenciones de la historicidad del derecho, la doctrina de la *espiral hermenéutica*, en el fondo resulta correcta porque lleva a un estadio más coherente a la concreción de los derechos fundamentales, que la idea de un círculo, considerando que las mismas limitaciones del conocimiento humano van evolucionando para llegar a la *perfección de la persona*; y no quedarse atascados en ideas, conceptos o dogmas que no proporcionan las condiciones en las que esa comprensión se desarrolla en todo su esplendor.

Hemos hecho referencia a Heidegger cuando nos advertía con respecto al círculo hermenéutico para no tildarlo de círculo vicioso, y malcomprenderlo con la idea de ser una falacia que imprima un falso objetivismo. Por el contrario, la persistencia en la posición ontológica de “ir a las cosas mismas”, deviene de la misa existencia humana del hombre y su relación con las cosas que tiene “a la mano”.⁸⁵⁹ Es decir, como se hace con las cosas, habérselas con las cosas en relación directa con su realidad ontológica, desde un sentido referencial hacia sus posibilidades fácticas, así como su relacionalidad con sus congéneres. Es decir, el derecho es a la vez una realidad *ontológica-objetiva* por que reside en las cosas mismas, pero también es una realidad *ontológica-relacional*, porque también depende de las relaciones sustanciales que devienen de la vida en comunidad de la persona.

El acontecimiento de relevancia para el derecho “acaece” en el mundo, porque le da sentido el proyecto humano, y como tal, la *intencionalidad del proceso intelectual*, se concreta cuando se relaciona el modo de ser del *Dasein* (ser-ahí del hombre), en su relación con las cosas; así los objetos, bie-

⁸⁵⁸ *Ibidem*, p. 104.

⁸⁵⁹ Cfr. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op. cit.*, pp. 482, 547-585; GADAMER, Hans-Georg, “La verdad de la obra de arte” en *Los caminos de Heidegger*, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

nes, derechos y la relación entre los hombres prefiguran su sentido y finalidad específica en el que se origina el proceso de la comprensión del fenómeno jurídico en toda su expresión auténtica.

La intencionalidad de la conciencia humana, proyectada a sus posibles, ha mostrado como se gesta ese proceso hermenéutico, y ante esa evidencia, no requiere comprobación sino *mostración y develamiento*; pues las cosas se presentan ante la conciencia del hombre, como una voluntad que se actualiza ante el mismo existente humano, y no como mera representación vacía de contenido dependiente de un método o de una técnica para la apropiación del sentido que encierra en su misma practicidad operativa de lo humano: *su hominidad*.

La espiral hermenéutica, expresa de manera muy ejemplificativa, el proceso que brillantemente encontró Winfried Hassemer: no se trata de un “círculo hermenéutico”, sino de una “espiral hermenéutica”. Es decir, no es un mero juego de palabras; más bien la reformulación de la expresión que designa el proceso de la comprensión de realidades complejas del derecho, la cual revela la verdadera estructura de la hermenéutica⁸⁶⁰, cuya relación con la moral constituye su modo natural de ser.

Como ya lo habíamos anticipado, Karl Larenz refiere a la concepción que tanto Winfried Hassemer como Arthur Kaufmann, consideran al proceso del comprender, ya no cómo un círculo hermenéutico, sino como una *espiral hermenéutica*. En efecto, para Larenz la imagen de “círculo” no es una concepción afortunada en cuanto a la dinámica del movimiento circular de esa comprensión; pues no retorna sencillamente a su punto de partida, sino que necesariamente lleva a un nuevo grado de comprensión del texto.⁸⁶¹

Esto es, si el significado de una palabra primeramente aceptado por el intérprete no concuerda con la conexión de sentido del texto, tal como éste se descubre al intérprete, entonces el intérprete rectifica su primera suposición. Pero si los posibles significados de la palabra, ofrecen una conexión de sentido diversa a la primera conjetura formulada por el intérprete, éste la rectifica; es de esta manera, en la que el proceso puede mirar hacia adelante o hacia atrás múltiples veces, sobre todo cuando sólo se había considerado partes del texto –o bien cualquier otra circunstancia hermenéuticamente relevante–, y aún y cuando el intérprete ya no se encuentra en el mismo punto de partida, la duda que motivó el regreso hacia una nueva interpretación, ahora es un certeza; la conjetura de sentido tienen el carácter de una hipótesis que a su vez será confirmada mediante una interpretación exitosa.⁸⁶²

⁸⁶⁰ KAUFMANN, Arthur, “La comprensión hermenéutica del método jurídico” en *Hermenéutica y derecho*, *op. cit.*, p. 144.

⁸⁶¹ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, *op. cit.* p. 195.

⁸⁶² *Idem*.

Por lo anterior, Larenz comparte que más que la visión de un círculo hermenéutico, la actividad interpretativa de un texto, para encontrar su sentido, precisa de un dinamismo que permita atender al significado de las palabras conforme a su sentido; y si es preciso, volver la mirada previamente para analizar si la comprensión del mismo a la luz de su conjunto, resulta correcto.⁸⁶³

Si bien es cierto, que el hermeneuta tiene una comprensión diferente, cuando vuelve la mirada hacia atrás para analizar el correcto sentido de la comprensión del texto –pues las dudas y las nuevas conjeturas cuestionaron la correcta interpretación del texto–, es claro que el hermeneuta ya conoció nuevos aspectos que tenía en su *pre-comprensión* del texto. Es decir, su horizonte de comprensión se vio ampliado, cuando después de refutar sus conjeturas iniciales, a la luz de la naturaleza del texto y demás circunstancias hermenéuticamente relevantes, se replantea su sentido último para llevarlo hacia un proceso superior de conocimiento sobre la “cosa” interpretada sin quedar atascado en el círculo de la comprensión.

La transición de un círculo en una espiral, no es una mera combinación mecánica o mecanicista de significados, sino el reconocimiento patente del proceso complejo que se origina al interior del derecho, cuando su relación con la moral deviene del mismo proceso de comprensión de la normas que contienen derechos humanos; y por ende, se representa a través de disposiciones sujetas a ponderación de principios de carácter moral de forma coexistente con las reglas jurídicas, con la finalidad de determinar su proporcionalidad analógica en la decisión para advertir su límite y alcance. En suma el proceso de comprensión es un proceso complejo entre reglas y principios, así como la relación del derecho y la moral.

En consecuencia, dicha dinámica no es una mecánica cerrada en sí misma, sino una *coexistencia real y efectiva*, cuando en las relaciones fácticas y jurídicas, el derecho y la moral se comunican de manera necesaria en los derechos humanos. Sin embargo, a la luz de la metáfora espiral hermenéutica, la evolución de esos derechos no permanece en el punto de partida para quedarse en una solución abstracta. El significado de una disposición constitucional tiene su relevancia en lo que un caso constitucional puede significar para interpretar, concretar, aplicar o delimitar los derechos humanos en conflicto.

Es por ello que la dinámica del círculo hermenéutico no puede quedarse en la idea de ese círculo vicioso que regresa al punto de partida, para seguir en el mismo círculo interpretativo del que se generó la argumentación ponderativa del caso, al haber elegido las premisas fácticas y jurídicas, así como los principios que juegan en sentido contrario, como *normativas relevantes para la ponderación, objetivadas en las reglas de preceden-*

⁸⁶³ *Ibidem*, pp. 194-195.

*cia condicionada en la solución de conflictos entre derechos fundamentales*⁸⁶⁴, en las sentencias de los jueces o en la jurisprudencia.

Por lo cual, el círculo vicioso será tal, cuando no se sale del círculo ante la necesidad de escalar hacia pisos más altos de protección de los derechos fundamentales, y por ende, no se estanca en el estado de cosas interpretadas; a la luz del material fáctico y normativo que impera en la singularidad de cada caso concreto es preciso realizar esa evolución hermenéutica.

*La escalera argumentativa, una vez colmada su razón de ser, es necesario desecharla. Es decir, el operador jurídico debe arrojar la escalera después de haber subido por ella.*⁸⁶⁵ La transformación de los derechos humanos en realidades concordantes entre sus titulares, no puede quedarse en concepciones historicistas o románticas de lo que el progreso social y cultural de los pueblos ha significado, sino que siempre es necesario buscar el perfeccionamiento de la persona humana en todos los aspectos, dentro de la vida comunitaria a la que pertenece.

El reto más grande para el operador jurídico en la hermenéutica de los derechos humanos, es un sano equilibrio entre progreso y tradición. Es decir, la búsqueda por un *sano margen de apreciación nacional*, para advertir cuando estamos ante las extralimitaciones de los Estados nacionales, co-

⁸⁶⁴ En este aspecto, hacemos referencia al concepto que Robert Alexy toma de Müller, en cuanto a lo *normativamente relevante*, como aquello que “significa, razonablemente, todo aquello que determina el caso que hay que decidir, que indica la dirección de su solución”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 60. Se ha dicho que los principios no tienen mayor relevancia pues al final de la ponderación se establecen reglas de precedencia condicionada, para advertir en un caso concreto la prevalencia de un derecho con respecto a otro. En ese sentido particular, vamos a sostener que el proceso interpretativo de la ponderación tiene un sentido hermenéutico; pues si bien el *test de la ponderación* culmina con el establecimiento de una regla, no se puede renunciar al momento hermenéutico que deriva del razonamiento práctico de carácter moral en el que se advierte el peso específico, la delimitación y concreción efectiva de un derecho fundamental: en suma, *juicios concretos de deber ser*. *Infra* “3 Los casos de la ponderación: juicios concretos de deber ser desde el razonamiento práctico”.

⁸⁶⁵ La frase “tirar la escalera después de haber subido” es de Ludwig Wittgenstein en su *Tractatus lógico-filosófico*, en la cual al final de su *opera prima* de la filosofía analítica, deja en claro el sentido del quehacer filosófico y su relación con la metafísica. “6.54 Mis proposiciones son esclarecedoras de este modo; que quien me entiende las conoce al final como absurdas, cuando a través de ellas –sobre ellas- ha salido fuera de ellas. (*Tiene, por así decirlo, que arrojar la escalera después de haber subido por ella.*) Tiene que superar estas proposiciones; entonces ve correctamente el mundo.” “7. De lo que no se puede hablar hay que callar.” WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus lógico-filosófico*, 5ª reimpr., versión e introducción de Jacobo Muñoz e Isidro Reguera, Alianza, Madrid, 2009, p. 183. Las cursivas son nuestras. Por la naturaleza del presente estudio, no es el lugar adecuado para profundizar sobre el tema de la relación de la metafísica y de la filosofía analítica. De igual forma y aún más importante para nuestro estudio, la relación de la filosofía analítica y la hermenéutica filosófica, en cuanto a la fundamentación epistemológica de la razón, y su incesante búsqueda por la indisponibilidad del derecho ante la libre discrecionalidad del operador jurídico; por el consenso de las mayorías del poder político, del legislador, de los tribunales o de los expertos.

mo cuando se dictan medidas nugatorias de los derechos humanos, justificándolo en circunstancias de carácter económico, político, social, en la seguridad nacional, o en general, “el bien mayor” de la nación sin desarrollar una argumentación justificatoria de la decisión de forma proporcional y razonable.⁸⁶⁶

La espiral hermenéutica, actúa de forma creativa, dinámica y evolutiva, de lo que el círculo hermenéutico puede representar cuando se interpretan las normas iusfundamentales. En el caso de la espiral hermenéutica, ocurre lo contrario del círculo hermenéutico, pues nos hace regresar sobre las premisas fácticas y normativas primigenias de las que partió dicho círculo, para replantear las hipótesis y condiciones de relevancia en la aplicación de las normas iusfundamentales, en la que siempre se evoca el respeto a la dignidad de la persona humana como punto de llegada.

La espiral no aterriza sobre el punto de partida para quedarse en él, sino que conduce a un plano “superior” cuando así lo justifica. La espiral hermenéutica, no se aboca a un callejón sin salida, sino que se mueve en un terreno abierto, alcanza nuevos ámbitos de protección, se aproxima a un objetivo alejado del punto de partida, hasta que lo consigue; es en ese sentido que aplica la analogía de los casos cuando éstos son comparados, equiparados, o bien considerados desiguales, cuando de sus premisas fácticas y jurídicas no se advierte de manera expresa su contenido material y concreto.⁸⁶⁷

A la luz del contexto anterior, la doctrina de la *espiral hermenéutica*, resulta ser una herramienta interpretativa que de forma metafórica, puede lograr explicar el proceso mediante el cual opera la comprensión del fenómeno jurídico en toda su extensión. La “espiral hermenéutica”, designa la forma en la cual se origina el proceso de la comprensión, en tanto fenómeno complejo en la *interpretación-concreción* de las normas de derechos humanos. La espiral conduce a un plano “superior” en la cual se puede advertir de manera específica las condiciones de posibilidad para analizar nuevos casos a la luz de situaciones cambiantes y problemáticas, cuestionando la práctica del estado de cosas imperante en el que se origina el círculo de la comprensión.

Lo relevante de la espiral hermenéutica, es que ya no choca con un callejón sin salida como ocurre con el círculo vicioso. La metafórica pirámide kelseniana no corrige esa situación, pues las estructuras normativas de sus inflexibles cadenas de autorización sucesiva de actos, están destinadas a derrumbarse. El argumento circular del sistema jurídico piramidal,

⁸⁶⁶ El concepto de margen de apreciación nacional relacionado con la hermenéutica de los derechos humanos como criterio de adecuación normativa a las circunstancias especiales de los pueblos latinoamericanos Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 338-360.

⁸⁶⁷ KAUFMANN, Arthur, “La comprensión hermenéutica del método jurídico” en *Hermenéutica y derecho*, op. cit., pp. 144-145.

no es otra cosa más que suponer que por encima del poder soberano del constituyente, no se encuentra otra autoridad superior; sino una hipotética autoridad soberana que autoriza al poder constituyente a emitir la norma constitucional, y así *ad infinitum*.⁸⁶⁸

Cuando en la cúspide de la pirámide kelseniana, se encuentra la norma básica presupuesta como basamento fundamental, no tienen otro sentido más que consolidar el esfuerzo de separar el *ser* del *deber ser* del derecho a través de una ficción: el monismo jurídico de la teoría pura, la norma fundante no tiene fundamento último positivo, sino que se sostiene en una ficción que le dota de eficacia a todo el ordenamiento al presuponer la validez de sus normas en una supuesta autoridad ficticia. García Máynez afirmará, de manera sorprendente para muchos que apreciarán en él un seguimiento ciego a Kelsen: “Quien levanta el velo y abre bien los ojos, descubre la cabeza de Gorgona del poder. *La teoría de la norma básica es el velo que oculta el iusnaturalismo kelseniano.*”⁸⁶⁹

El normativismo jurídico se centraba en un derecho acrítico y sistemático dentro del ordenamiento jurídico, sin referir a la moral, la política y en general a los principios de justicia que deben nutrir el sustrato ético de las normas jurídicas. En el caso de la espiral hermenéutica, se mueve en un terreno abierto a la valoración moral de los contenidos normativos de los derechos humanos, la cual rompe de manera contundente con la visión acrítica y cerrada del sistema jurídico impermeable a los saberes de las ciencias humanas.

La hermenéutica constitucional alcanza nuevos ámbitos de ponderación de las normas iusfundamentales, para aproximarse a un nuevo estadio en la protección de los derechos humanos de fuente internacional reconocidos en la misma Constitución. El *bloque de constitucionalidad-convencionalidad* ha evolucionado, hacia una nueva interpretación de un derecho humano constitucional, a partir de una espiral hermenéutica que sube a un nivel superior de protección en los derechos de fuente internacional.

La comparación de casos bajo el método analógico, cuando éstos son equiparados, o bien considerados desiguales, han dejado en claro que la labor hermenéutica del operador jurídico, es una labor creativa que se gesta primero desde el *círculo hermenéutico*⁸⁷⁰; para posteriormente derivar en

⁸⁶⁸ ALEXY, Robert, “La teoría y la validez del derecho”, en *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

⁸⁶⁹ *Idem.* GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*, *op. cit.*, p. 164. Para abundar en las inconsistencias de Kelsen en relación con la *norma básica fundamental* para sostener todo el sistema jurídico, en tanto ficción del ordenamiento jurídico escalonado Véase *Supra* “3. El iusnaturalismo de Hans Kelsen: la norma básica fundamental y su desdén por el imperativo socrático”.

⁸⁷⁰ El análisis del método analógico como método creativo Véase KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, pp. 148-168. Tratamos más adelante el caso de Kaufmann, en el que se cuestiona si el ácido clorhídrico era un arma para efectos de configurar un

una *espiral hermenéutica* que evolucione la interpretación de las normas iusfundamentales en caso de ser necesario, iniciando con ello las *ponderaciones extraordinarias*.

En otro lugar ya hemos señalado⁸⁷¹, que la espiral hermenéutica genera una *ponderación ordinaria*, cuando se aduce la colisión de principios desde la misma Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, para delimitarlos entre sí y en su caso declarar inconstitucionales o inconventionales a las leyes o actos que contravengan el bloque de constitucionalidad-convencionalidad.

Ahora bien, cuando se realiza una *ponderación extraordinaria*, se cuestiona el mismo bloque de constitucionalidad-convencionalidad; pudiendo declarar la inconventionalidad de la Constitución, mutar la interpretación jurisprudencial de las Cortes constitucionales o de las cortes internacionales de derechos humanos en función del principio *pro persona*. Dicha ponderación es extraordinaria, pues cuestiona los límites o las restricciones que el mismo constituyente estableció a los derechos fundamentales o en la jurisprudencia del tribunal constitucional; o en último término, se realizó una reinterpretación por la Corte Internacional de derechos humanos.

Lo extraordinario de la ponderación se concibe como un cuestionamiento directo al principio democrático de las decisiones del constituyente, al delimitar, regular o restringir un derecho humano; la ponderación cuestiona a las decisiones democráticas, las cuales deben tener límites racionales, y por ende, deben cumplir con los principios de proporcionalidad y contenido esencial de los derechos fundamentales.

La *espiral hermenéutica* tiene como cúspide a la persona humana y su dignidad. El camino de los derechos parece interminable, cuando se aprecia que en la historia de la humanidad, el hombre necesita de la protección de nuevas formas jurídicas para reclamar su efectividad. Es por ello que la metáfora de la *espiral* nos sirve para ejemplificar, la forma en la cual el derecho se basa en nuevos pisos o niveles de protección para los derechos, tanto desde el ámbito interno como desde el ámbito internacional. La importancia desde el punto de vista teórico como práctico, adquiere en el

robo calificado; pus tal líquido no estaba considerado como un arma peligrosa en el Código Penal alemán; y por ende se dilucidaba con bastante claridad el aspecto hermenéutico y creativo de la analogía para equipararla a una sustancia, que puede causar un efecto similar al de un arma y en consecuencia catalogarlo como robo calificado. Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?”, en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, op. cit., pp. 285-291 y 346-355; *Infra* “2) Los presupuestos de la analogía y el caso del ácido clorhídrico ante el Tribunal Federal alemán en causas penales”.

⁸⁷¹ Véase “La paradoja de la reversión antinómica del control de convencionalidad: el derrumbe de la pirámide kelseniana” en FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 36-49.

contexto del diálogo de justicia global, una tutela multinivel de los derechos fundamentales.⁸⁷²

En ese sentido, el mismo círculo hermenéutico ya rompe con el positivismo, al afirmar una relación necesaria entre el derecho y la moral. Sin embargo y para evitar confusiones con la circularidad de la lógica formal, apreciamos en el círculo de la comprensión, una auténtica *espiral hermenéutica* hacia un derecho dinámico y renovado. Es decir, los derechos humanos se impregnan de *la historicidad del derecho*⁸⁷³, por lo cual el círculo hermenéutico no puede derivar en una cadena interminable de silogismos deductivos, para apreciar cuál norma gana en la carrera de jerarquías, para alcanzar la cumbre de la pirámide kelseniana del sistema jurídico.

En la hermenéutica, el único ganador es la persona humana, sin menospreciar que en el afán de promover la máxima protección y menor restricción a los derechos humanos, también se pueda lograr coherencia lógica en los razonamientos argumentativos desde un aspecto formal. Es decir “una *hermenéutica iusfundamental*, para la adecuada concreción de los derechos fundamentales en su expresión como principios sujetos a ponderación y *su correcta combinación axiomática con las reglas, en función del equilibrio normativo y deontológico de los contenidos materiales de la Constitución.*”⁸⁷⁴

Bajo el contexto del círculo hermenéutico, la experiencia que aporta la tradición jurídica del derecho internacional de los derechos humanos a través del diálogo entre tribunales nacionales e internacionales de todos los sistemas jurisdiccionales –tanto universales como regionales–; se gesta desde un horizonte de comprensión de significados, que orienta el actuar de los juzgadores hacia la búsqueda de la mejor interpretación de cada derecho humano, cuyo análisis logre dilucidar su alcance, extensión y limitación, en concordancia con el caso paradigmático y los principios en contrario que se deduzcan en colisión.⁸⁷⁵

Por lo anterior, ese *ius commune* que se va formando desde la misma tradición jurisprudencial, en todos los ámbitos de protección de los derechos humanos mencionados, se origina desde el círculo hermenéutico de la comprensión; la tradición jurídica acaba por alimentarse de la *reflexión circular de la hermenéutica*, o bien en su transformación en la *espiral her-*

⁸⁷² JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, op. cit., pp. 23-52.

⁸⁷³ FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?”, en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, op. cit., pp. 273-285.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, pp. 388.

⁸⁷⁵ Cabe recordar la aclaración que hicimos cuando se dice que los derechos humanos entran en colisión, no asumimos una posición conflictivista que afirma que las normas indeterminadas como los derechos fundamentales se encuentran formuladas de manera tendencialmente contradictorias; al contrario, lo que en realidad colisionan son los intereses de los particulares, o bien el desbordamiento injustificado de un derecho en perjuicio de otro. *Ibidem*, pp. 25-28.

menéutica, hacia la comprensión correcta del sentido de un derecho humano.

Aunado al concepto del círculo hermenéutico, *la espiral hermenéutica* denota la búsqueda del significado situado de un derecho fundamental, en el contexto histórico en el cual encuentran cause interpretativo los bienes humanos que se van develando. No se advertía en el siglo pasado, el derecho a las tecnologías de la información, a los datos personales o la información genética, entre otros descubrimientos de la ciencia o la tecnología. Tal pretensión se aprecia como una búsqueda interminable hacia la mejor interpretación de ese derecho, pero sin incurrir en la inacabable cadena de autorización normativa que aludía Kelsen hasta llegar a la *norma básica presupuesta*⁸⁷⁶ y con ello considerar, que los derechos encuentran su límite en el derecho positivo; sólo por provenir de la autoridad competente para “otorgar” ese derecho y por ende su origen autoritativo, para dejar en la función interpretativa del derecho una mera aplicación mecánica.

Para nosotros, tanto el círculo hermenéutico como su espiral, no se trata de una ficción o de una metáfora irrealizable, sino que parte de la misma experiencia de verdad que proporciona de manera radical, el conocimiento de los bienes básicos fundamentales de forma intencional de conformidad con la doctrina *neoiusnaturalista* que sostiene John Finnis; complementada con la hermenéutica propuesta, sin dejar de lado los aspectos positivos de la ética discursiva de los derechos fundamentales que ha formulado Robert Alexy.⁸⁷⁷

4) Los pasos de la espiral hermenéutica: de la singularidad a la dignidad humana

En una obra dedicada específicamente a la hermenéutica constitucional de los derechos humanos, dentro del paradigmático control de convencionalidad, hemos desarrollado la espiral hermenéutica desde los siguientes elementos: análisis de los *casos* de relevancia constitucional y convencional a la luz de dicho bloque normativo bifronte (Constitución-tratados) hacia su *interpretación conforme*, pasa por la presunción de constitucionalidad-convencionalidad; si no logra sortear dicha presunción, su inconstitucionalidad-inconvencionalidad es inminente, y por tanto su inaplicación

⁸⁷⁶ Para Gadamer la experiencia hermenéutica es la conciencia de la finitud, de la limitación del hombre y sus posibles; sin embargo se puede decir que la búsqueda de la verdad sigue una espiral hermenéutica infinita, pero se hace consciente en el reconocimiento de nuestra falibilidad, de nuestras limitaciones humanas como seres finitos. Para una excelente apreciación de la experiencia hermenéutica con Gadamer y la finitud de la existencia humana. Véase ESQUIVEL ESTRADA, Noé Héctor, *Trazos para una ética hermenéutica en la vida y obra de Hans-Georg Gadamer*, *op. cit.*, p. 112-118.

⁸⁷⁷ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.* pp. 57, 63 y 78. En general para analizar dicha propuesta. *Infra* “Capítulo Séptimo: El derecho como sistema de principios”.

y en su caso la declaratoria general de inconstitucionalidad por el tribunal constitucional. Al final, toda interpretación debe preguntarse por el sentido más favorable a la persona (principio *pro persona*).⁸⁷⁸

Por lo que respecta a nuestra *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, la espiral hermenéutica queda conformada desde un sentido más general. Partimos de presupuestos más esenciales en el proceso argumentativo del caso hasta su solución transformadora, en una nueva interpretación de la norma que otorga impulsos consistentes hacia esferas o ámbitos de protección más amplios de lo que otorgaba, o en su caso, la restricción justificada de un derecho en beneficio del orden público o el bien común.

A) La singularidad del caso: una metáfora del derecho posmoderno

a) El agujero negro espacial y la singularidad en el horizonte de sucesos: el caso inédito ante el juzgador constitucional

A lo largo de la historia de la ciencia del derecho se han empleado muchas metáforas de la naturaleza para explicar determinadas categorías, así como para ejemplificar determinada institución jurídica. Las metáforas o las analogías se aplican de manera muy recurrente en el derecho cuando se alude a materias especiales de la ciencia jurídica, como la referencia a “ramas” del derecho (p.e. derecho civil, derecho mercantil, derecho penal, etc.); como si éste fuera un árbol frondoso. Por otra parte, se habla de las “fuentes” del derecho, como emanara agua del gran caudal de un río que es el derecho (p.e. fuentes formales, fuentes materiales, fuentes primarias, fuentes secundarias, etc.)

Para estar en sintonía con la física cuántica y demás *ciencias posmodernas complejas*, hacemos referencia a la *singularidad* que se genera en un agujero negro espacial; la cual se origina de una curvatura *espacio-temporal*, ante la fuerza de gravedad de una estrella cuando se colapsa en su propio centro gravitatorio. En otras palabras, un agujero negro es una región determinada en el espacio, en cuyo interior existe una concentración de masa, lo suficientemente elevada como para generar una densidad de gravedad inmensamente fuerte, de tal manera que ninguna partícula de material, ni siquiera la luz, puede escapar de ella.

El agujero negro se produce por la explosión de una estrella, una *supernova*. La concentración de la gravedad que dejó dicho cuerpo celeste, se reduce a un espacio infinitamente pequeño. Toda la materia de la estrella estará comprimida en una región de volumen nulo, de tal forma que *la densidad de materia y la curvatura del espacio-tiempo se harán de igual*

⁸⁷⁸ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 196-210.

forma “infinitas”. En otras palabras, se obtiene una singularidad contenida dentro de una región del espacio-tiempo llamada agujero negro.⁸⁷⁹

La gravedad de un agujero negro, o *curvatura del espacio-tiempo*, provoca una *singularidad* envuelta por una superficie cerrada, llamada *horizonte de sucesos*. El horizonte de sucesos separa la región del agujero negro del resto del universo; es la superficie límite del espacio a partir de la cual ninguna partícula puede salir, incluyendo los fotones.

A la luz de la explicación de Stephen Hawking, entendemos a *la singularidad* como aquella cualidad del universo que se encuentra afectado por la gravedad de los cuerpos celestes que han desaparecido tras una explosión de grandes magnitudes (la *supernova*)⁸⁸⁰; creando una “abolladura” en la red *espacio-temporal*, por la densidad en la que se encuentran situada la gravedad que se ejerce sobre ese espacio infinitamente pequeño.

El agujero negro que se origina en el corazón de una estrella que colapsa, provoca una inmensa gravedad que distorsiona el espacio-tiempo hasta el punto de ruptura: en el centro del agujero negro esta la singularidad, por lo cual, las leyes de la física conocidas desaparecen, o bien, no resultan aplicables para explicar dicho fenómeno.

Generalmente las teorías de la física teórica, como la que se explica en la física cuántica para la *singularidad*, son radicales, pues no se tiene la capacidad científica y tecnológica⁸⁸¹ para conocer sus leyes por experiencia directa sino a través de sus efectos en el universo, como los *cuásares*; que son destellos de gas que el agujero negro va consumiendo, al igual que la misma luz, no puede escapar de su campo gravitatorio. Sin embargo nadie ha visto directamente un agujero negro, y mucho menos, ha obtenido in-

⁸⁷⁹ HAWKING, Stephen W., *Historia del tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros*, introd. Carl Sagan, trad. Miguel Ortuño, Crítica (Grijalbo), México, 1988, p. 77.

⁸⁸⁰ Dejamos en el tintero la metáfora de que el “nacimiento” de un derecho, se asemeja a lo que sucede cuando fenece una estrella; se genera una supernova en el universo jurídico para crear un campo expansivo, que al final se reducirá a su propio centro de gravedad en una singularidad, *el núcleo esencial de un derecho*. Los derechos se van develando y su onda expansiva se produce de tal manera que los derechos adquieren su propia fisonomía, según las directrices que dicte el razonamiento práctico del hermeneuta, al momento de aplicar al caso concreto las normas de derecho fundamental. El momento en el que ese círculo hermenéutico, se convierta en una espiral, estaremos hablando de una nueva transformación o el develamiento de un derecho fundamental bajo una nueva perspectiva histórica; la historicidad del derecho devela un horizonte que no habíamos avistado en la interpretación de un derecho a la luz de las innovaciones de la ciencia, la técnica, etc., o las necesidades de la comunidad política dentro del contexto de la proporcionalidad y lo razonable. Véase *Supra* “2) La historicidad del derecho”.

⁸⁸¹ Por ejemplo, la capacidad para construir una nave espacial que pueda alcanzar la velocidad de la luz; o bien, para introducir una nave espacial en un agujero negro que dilucide la paradoja de la información, que es cuando la materia o cualquier persona se introduce en el agujero negro, para presenciar lo que le pasa en el horizonte de sucesos ¿La información se pierde o que es lo que sucede con ella?

formación directamente para advertir lo que le sucede a la materia cuando un cuerpo se introduce en él.⁸⁸²

La explicación de lo que constituye la singularidad, tiene una importancia crucial para la teoría de la relatividad general propuesta por Einstein, y la evolución de la era atómica, con los descubrimientos de Stephen Hawking. Podemos hablar de un *cambio de paradigma* en la ciencia de forma determinante con la antigua ley de Isaac Newton que “el tiempo es absoluto”; posteriormente con Albert Einstein demostrara que “el tiempo es relativo”.

Finalmente con Stephen Hawking con un tercer cambio de paradigma, intenta dar congruencia a las contradicciones que existen entre la teoría de la relatividad general -que rige a los cuerpos celestes- y la física cuántica que establece la nueva era atómica con la *teoría de cuerdas: la teoría del todo*.⁸⁸³

A la luz de la física cuántica que postula la idea de la singularidad en el nacimiento de un agujero negro, podemos aplicar de manera metafórica o *hermenéuticamente*, con lo que sucede en la interpretación de las normas de derecho fundamental, que contienen principios de valor de carácter moral. Es decir, la valoración moral en el contexto antes explicado, se rige bajo los principios del razonamiento práctico, que escapan de la especulación teórica de las ciencias duras como la física, en las que imperan las exactitudes de las reglas científicas, pues *cada caso es inédito y no se tiene previamente la respuesta exacta en el texto legal, en la jurisprudencia o en cualquier otra manifestación del derecho positivo*.

⁸⁸² Este aspecto es crucial para definir lo que en la actualidad ha establecido la llamada filosofía de la ciencia; pues los últimos hallazgos de la física cuántica como los agujeros negros, los *cuásares*, y todos los fenómenos que de manera directa no se han comprobado desde el método científico de manera rigurosa, sino que constituyen hipótesis provisionales a contrastar. El cuestionamiento que planteamos al respecto ¿Se hace ciencia o filosofía respecto de resultados que no han sido verificados a través de una metodología estricta?, pues la ciencia posmoderna en muchos de sus planteamientos ha tomado como verdades, algo que ya se parece más a posiciones filosóficas que ha conocimientos exactos y verificables, lo cual sin duda consideramos una reticencia del cientificismo por no reconocer las limitaciones del método científico y seguir insistiendo en un empirismo excéntrico e inconsistente: al final podemos afirmar, que *la ciencia ha sido víctima de su propio método*. Resulta muy representativo de lo que pretendemos explicar, en una “caricatura” – que en realidad es una posición filosófica- que Stephen Hawking formula en su libro *El gran diseño*, respecto de lo que sucede en la ciencia posmoderna, cuando una científica le dice a dos colegas: “Los dos tienen algo en común: el doctor Davis ha descubierto una partícula que *nadie ha visto*, y el profesor Higbe ha descubierto una galaxia *que nadie ha observado*”. Cfr. HAWKING, Stephen W. y MLODINOW, Leonard, *El gran diseño*, op. cit., p. 54. Las cursivas son nuestras.

⁸⁸³ Por la naturaleza de la obra, no pretendemos abundar en especificaciones del ejemplo metafórico al que nos referimos, como el hecho de que hayan sido Jöel Scherk y John Henry Schwarz, los creadores de la teoría de cuerdas desde una versión elemental; y que posteriormente Stephen Hawking o Michio Kaku -entre otros científicos-, hayan establecido sus elementos fundamentales o diversas variantes de dicha teoría.

La metáfora nos sirve para explicar de forma análoga, lo que sucede en el *horizonte de sucesos* de un agujero negro, en el que no aplican las leyes generales de la física; en cuanto a la valoración razonable de la conducta humana que no encuentra respuesta plausible a la luz del círculo hermenéutico antes explicado: la espiral hermenéutica da cuenta de dicha singularidad, como si se tratará de la espiral que crea el agujero negro, al atrapar dentro de su campo gravitatorio a los cuerpos celestes y a la materia en general.

Es decir, para determinar el contenido de un derecho humano sujeto a interpretación y ponderación, en la singularidad del caso constitucional, *no aplican las reglas generales de la ley, la Constitución, los tratados internacionales, la jurisprudencia nacional e internacional, y prima facie*, no se logra apreciar una solución plausible a la luz de un caso en abstracto, comparado con el material fáctico-normativo de relevancia en cuestión (bloque de constitucionalidad-convencionalidad); principalmente por el carácter relevantemente inédito de las cuestiones que plantea lo novedoso del echo puesto a consideración del hermeneuta; al controvertir el estado de cosas imperante de las normas aplicables, de la práctica jurídica y de la jurisprudencia a la luz del círculo hermenéutico.

El bloque normativo aplicable se muestra insuficiente para dar respuesta al caso particular. Las condiciones, razones y circunstancias, precisan de una nueva reflexión del derecho humano sujeto a interpretación, para elevar hacia pisos más altos de protección de los derechos fundamentales dentro del *sistema multinivel de protección de los derechos humanos* de rango nacional, internacional, comunitario o universal.

El operador jurídico debe resolver el problema complejo, situado en un *horizonte de sucesos relevantes*, para emitir una decisión de forma circunstanciada aplicando la justicia y la equidad, en suma *el derecho*; sin que previamente tenga la única respuesta correcta o una jerarquía normativa *a priori* entre derechos fundamentales.

Tanto para para el círculo de la comprensión, como para la espiral hermenéutica, no existe una metodología o método *interpretativo-argumentativo* ni subjetiva, ni objetivamente excluyente, ni tampoco jerarquías normativas internas que de manera previa den solución definitiva al caso inédito –como la pirámide kelseniana–, tal y como lo hemos vislumbrado con el paradigmático control de convencionalidad y su hermenéutica constitucional.⁸⁸⁴

En ese sentido estamos ante la presencia de una *singularidad jurídica*, porque la decisión que tome el operador jurídico será desde una *posición inédita, una singularidad argumentativamente única e irreplicable*. El operador jurídico se introduce a la singularidad de forma originaria al *horizonte de comprensión del caso*, desentrañando las cualidades relevantes que lo

⁸⁸⁴ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 149-210.

hacen claro y distinto de otros, a la luz de las normas del sistema aplicables y los precedentes jurisprudenciales, bajo la tradición jurídica imperante que le daban solución plausible.

El argumento que devela la concreción del bien humano sujeto a protección, tendrá que partir de premisas correctas a la luz del material normativo relevante que el operador jurídico seleccione. La *singularidad hermenéutica* ha quedado definida de manera magistral, con Carlos I. Massini cuando refiere al “momento” interpretativo que se origina en el proceso de determinación del derecho.

De este modo, para la existencia de la operatividad práctica del derecho, resulta necesario un “paso” de la universalidad de las normas a la máxima concreción de la vida jurídica, el que se realiza a través de un proceso racional que incluye inevitablemente *la fijación o delimitación del contenido significativo de la norma o las normas que han de aplicarse para la resolución de cada uno de los casos jurídicos*.⁸⁸⁵

b) La verdad como el desocultamiento del ser (*Alétheia*) y la singularidad del acto moral

Ahora bien, el tema de la singularidad es tratado por Gadamer como un punto central de su conferencia *Sobre la posibilidad de una ética filosófica* de 1963. Para la presente obra no hay punto más importante que el análisis sobre *la imposibilidad de sostener una pretensión metodológica de intuir órdenes apriorísticos de valores*. Apoyado en Nicolai Hartmann, Gadamer no concibe la jerarquía apriorística de los valores como un sistema cerrado en sí y que culmina en el valor de lo “santo”, sino como un margen de acción amplio que se encuentra abierto de valores, un objeto inconmensurable de experiencia humana y, al mismo tiempo, como un terreno inmenso de investigación.⁸⁸⁶

La singularidad a la que nos referimos, queda ejemplificada a lo que Gadamer y Heidegger aluden a la verdad como *Alétheia* (en griego *Αλθηθεια*, “Verdad”), como concepto de la filosofía refiere directamente a lo que son las cosas en sí, a los hechos y su relación con la realidad. Un concepto gramatical sería que la *alétheia* es aquello que no está oculto, aquello que es evidente, lo que es verdadero porque se muestra así mismo como evidencia; en su sentido más originario, implica que el conocimiento de la verdad en realidad es el “desocultamiento del ser”. La verdad como *alétheia* en lugar de referirse a la noción clásica, de la correspondencia del intelecto con la realidad o coherencia, Heidegger pretende distanciarse de la filosofía tradicional de la escolástica medieval, para darle un sentido más originario

⁸⁸⁵ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, op. cit., p. 128.

⁸⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, op. cit., p. 125.

y más radical. En *Ser y Tiempo*, Heidegger ya nos decía que el ser verdadero del λογος (la razón) es el modo originario a través del cual se hace ver al ente en su desocultación, en su estar al descubierto, el cual se accede a él de forma originaria, precisamente sacándolo fuera del ocultamiento; significa estar ante la presencia de las cosas mismas, aquello que se muestra en el ente como estar al descubierto.⁸⁸⁷

Ante el giro hermenéutico de la verdad como desocultamiento, Gadamer propone que un ámbito abierto de valores, es un *objeto inconmensurable de experiencia humana y, al mismo tiempo, un terreno inmenso de investigación*. Si bien es cierto que en un proceso de investigación sobre la ética, se van descubriendo incesantemente estructuras más sutiles de valores y circunstancias más precisas que corrigen la reinante “ceguera” a los valores; es decir, aquello que de inicio no se ve claro, la filosofía práctica va develando una conciencia de los valores morales de forma correcta y originaria. La filosofía moral no crea nuevos valores, sino que los descubre, por lo que no es posible hablar de un sistema moral humano que sostenga una metodología apriorística de los valores de forma completa y consistente desde un punto de vista abstracto.⁸⁸⁸

Aristóteles refiere a la inexistencia de un concepto de los valores, sino “virtudes” y “bienes”, y por ello, en palabras del mismo Gadamer, el *Estagirita* es sin duda, el *fundador de la ética filosófica* por haber corregido la unilateralidad del “intelectualismo” socrático-platónico, sin abandonar sus intuiciones esenciales. En ese contexto es que, el concepto de *ethos*, expresa precisamente que la “virtud” no consiste sólo en el saber; que la posibilidad de saber depende, más bien, de cómo sea uno: “ese ser de cada uno ha experimentado, a su vez, su impronta precedente por medio de la educación y la forma de vida.”⁸⁸⁹

La mirada de Aristóteles se dirige más intensamente hacia la condicionalidad de nuestro ser moral. La dependencia de cada decisión particular de con sus correspondientes determinantes prácticas y sociales, se encuentra menos dirigida a la *absolutividad* que corresponde al fenómeno ético. Si bien Kant y Platón estudiaron la problemática acerca de la “justicia misma” o por decirlo así “la justicia absoluta”, Aristóteles consigue dilucidar de tal modo la esencia del saber moral, que abarca en el concepto de la “elección preferencial” no sólo la subjetividad de la conciencia moral, que enjuicia el caso de conflicto, sino también “la sustancialidad sustentadora del derecho y de la costumbre, que determina su saber moral y su correspondiente acción de elegir”.⁸⁹⁰

⁸⁸⁷ HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, *op. cit.*, pp. 235-236.

⁸⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, *op. cit.*, pp. 125-126.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, p. 126.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, pp. 126-127.

La *phrónesis* aristotélica se reconoce en el saber ético, como una forma del ser moral mismo, una forma que no puede desligarse de toda la concreción de lo que él denomina *ethos*. El saber moral reconoce lo factible, lo que una situación exige, y reconoce eso factible en virtud de una reflexión, que refiere la *situación concreta a lo que uno considera como recto y acertado en general*. Gadamer sin expresarlo abiertamente refiere al silogismo práctico, en el cual dicha reflexión tienen la estructura lógica de una conclusión, en la cual una de cuyas premisas es el saber general acerca de lo recto, que se piensa según los conceptos de las virtudes éticas.⁸⁹¹

No obstante –y como lo afirma en los mismos términos John Finnis⁸⁹²– no se trata de una mera subsunción, de un mero acto del juicio, en tanto que *del ser del hombre depende el que tal reflexión se efectúe sin extravíos*. Es de tal suerte que quien está inundado por afectos, es decir, por pasiones o un estado de inconciencia que nubla el juicio, se le escapa esa reflexión; sin tomar en cuenta la orientación que se atenga a los fundamentos en que debe basarse su reflexión moral, y en consecuencia, se encuentran en ese mismo instante como eclipsado.⁸⁹³ Aristóteles explica la situación anterior, recurriendo al ejemplo de la persona embriagada: que no sea imputada una persona que está embriagada no significa que no sea imputada moralmente, pues estaba en manos de esa persona tener moderación con la bebida.⁸⁹⁴

En ese contexto, podemos advertir lo que para nosotros es *la singularidad del caso*, cuando Aristóteles refiere a la prudencia, “podemos llegar a comprender su naturaleza, considerando a qué hombres llamamos prudentes”⁸⁹⁵, es decir, la prudencia no reside en el concepto abstracto de la virtud sino en la realidad circunstanciada de la persona que despliega su obrar en la conducta concreta del hombre prudente. Por ejemplo, si Pedro realiza una acción que se puede denominar como prudente, y ésta la realiza de manera habitual, Pedro ejerce la virtud de la prudencia y por ende dicha virtud lo perfecciona.

Por lo anterior, *el centro de gravedad de la ética filosófica en Aristóteles reside en la comunicación entre el logos y el ethos, entre la subjetividad del saber y la sustancialidad del ser*. Por lo anterior, el saber moral no se perfecciona en los conceptos universales de fortaleza, justicia, etc., sino en la aplicación concreta que determina, en términos de ese saber concreto de la virtud, lo que hay que hacer *aquí y ahora*.⁸⁹⁶

⁸⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, *op. cit.*, p. 127.

⁸⁹² FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 95

⁸⁹³ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, *op. cit.*, p. 127. Véase ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1140b, 10-30.

⁸⁹⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 1113b, 1-30.

⁸⁹⁵ *Ibidem*, 1140a, 23-25. Las cursivas son nuestras.

⁸⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, *op. cit.*, p. 127.

Se ha señalado con insistencia que el enunciado de Aristóteles sobre lo que es recto y acertado, se expresa con la fórmula indeterminada: “como ello debe ser”. El verdadero sentido de lo que expresa el contenido de la ética aristotélica no son los grandes conceptos guías de una ética heroica ejemplar y de su “tabla de valores”, sino la inapariencia y la infalibilidad de la conciencia moral concreta. Dicha conciencia se expresa en conceptos que parecen no decir nada y que su indeterminación refieren a todo y no a valores definitivos. Expresiones como “lo que debe ser”, “lo que es decente”, “lo que es bueno y recto”, no son formulas universales que se conviertan en una *pseudo-objetividad* o en una *ética situacionista* (lo que le parezca al agente moral como más adecuado sin un baremo objetivo distinto de la mera subjetividad).⁸⁹⁷

La doctrina que sostenemos de la *singularidad del caso*, y por ende, la singularidad de la *razón práctica y del acto moral*, queda ejemplificada en un pasaje fundamental de la ética filosófica de Gadamer que venimos comentando; en el cual deja en claro que la ética de Aristóteles, se basa precisamente en una *doctrina del centro de gravedad que une la objetividad del logos y la subjetividad del ethos, en la misma conducta que determina un saber concreto de la virtud, en un aquí y ahora circunstanciado que perfecciona a la persona que realiza la conducta de contenido moral*.

El sentido de la doctrina acerca del “centro”, desarrollada en Aristóteles, consiste en que toda la definición conceptual de los conceptos tradicionales acerca de las virtudes posea tan sólo una rectitud esquemático-típica, que está tomada de los *legomena*. Ahora bien, entonces *la ética filosófica se encuentra en la misma situación en la que se halla cada individuo*. Aquello que se considera como recto, aquello que afirmamos o censuramos en el juicio sobre nosotros mismos o sobre otros, se atiene a nuestras ideas generales sobre lo que es bueno y recto, pero *adquiere sólo su determinación particular en la realidad concreta del caso, porque no es un caso de aplicación de una regla general, sino que -por el contrario- es aquello de lo que propiamente se trata y de lo cual las formas típicas de las virtudes y la estructura del “centro”, que Aristóteles muestra que hay en ellas, representan sólo un vago esquema*. Por eso, aquella virtud por la cual nosotros acertamos con ese centro y efectuamos la concreción, aquello que es lo que en general muestra que algo es factible [...], la *phrónesis*, no es -ni mucho menos- una distinción especial de quien filosofa. Sino que, al contrario, aquel que reflexiona sobre lo bueno y lo recto en general, se ve remitido a ese *logos* práctico de la misma manera que aquel otro que quiere traducir en hechos las ideas que él tiene acerca de lo que es bueno y recto. Aristóteles reconoce expresamente que *el error de la gente consiste en dedicarse a elaborar teorías y, en vez de hacer lo que es recto, ponerse a filosofar sobre ello*.⁸⁹⁸

La doctrina acerca del “centro” de la conducta moral desarrollada en Aristóteles, así como la ética filosófica de Gadamer, aluden de forma muy

⁸⁹⁷ *Ibidem*, p. 128.

⁸⁹⁸ *Idem*.

ejemplificativa a lo que hemos referido como la singularidad del caso; para lo cual es necesario realizar un *razonamiento de carácter práctico y prudencial*, para la adecuada ponderación y concreción de dichos bienes humanos inscritos en los *principios jurídicos de derecho fundamental*.

Adolfo Sánchez Vázquez por su parte, en su clásico libro sobre *Ética*, refiere con todas las palabras a lo que significa la *singularidad del acto moral*.⁸⁹⁹ El acto moral tiene un carácter normativo, porque cobra un significado moral con respecto a una norma. Con ayuda de la norma, el acto moral se presenta como la solución a un caso dado, pues adquiere un sentido *singular* ante la hipótesis de la disposición. Es así que la norma reviste el carácter “general”, se transforma con su aplicación; se *singulariza a la luz del acto real*, pues aunque la norma sea aplicable a los casos particulares, subsumibles bajo su ámbito normativo, las peculiaridades de cada situación dan lugar forzosamente a una diversidad de realizaciones, o de actos morales.⁹⁰⁰

Por otra parte, es necesario advertir la distancia que existe entre la intención del agente moral y el resultado, en virtud de la imposibilidad de que se prevean todas las vicisitudes del proceso de realización del fin, o de la descripción objetiva de la intención. En dicho proceso, *hay siempre el riesgo de que el resultado se aleje de la intención originaria, hasta el punto de adquirir un signo distinto u opuesto al que originariamente se estableció*. En la transición de la intención al resultado, el acto puede adquirir un significado moral negativo, en atención a la multiplicidad y diversidad de casos, aún y cuando se recurra a la misma norma moral; los fines se jerarquizan de distinto modo, los medios se emplean de forma distinta, y en consecuencia las soluciones a los casos concretos son diversas.⁹⁰¹

Aunque las situaciones sean análogas y se establezca una norma general, no se puede determinar de antemano con toda seguridad lo que se debe hacer en cada caso; es decir, *resultaría imposible jerarquizar los fines, determinar la prevalencia de unos sobre otros, siempre habrá la posibilidad de que existan circunstancias imprevistas*. Por ende, el problema de cómo debemos comportarnos moralmente no deja de presentar dificultades cuando nos encontramos en una situación que se caracteriza por su novedad, singularidad o sorpresa⁹⁰², tal y como sucede con los casos difíciles, trágicos o complejos en los conflictos constitucionales.

Sin embargo, ante dicha imprevisión no nos hallamos totalmente desamparados, a través de un conjunto de normas morales, muy generales de las que *podemos extraer aquella que nos diga lo que debemos hacer*;

⁸⁹⁹ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *Ética*, 55° reimp., Random House Mandadori, 2010, pp. 70-73. Modificamos intencionalmente el texto, para aportar con base en la hermenéutica iusfundamental que proponemos el texto de Adolfo Sánchez.

⁹⁰⁰ *Ibidem*, p. 70.

⁹⁰¹ *Ibidem*, pp. 70-71.

⁹⁰² *Ibidem*, p. 71.

sin dejar de tomar en cuenta, las peculiaridades de la situación, y de sus aspectos imprevisibles, de un caso concreto, singular. En ese contexto, surge la confrontación de la norma con las *exigencias prácticas*, que apelan a la conciencia para analizar el conflicto de deberes.⁹⁰³

El intento de la modernidad de proporcionar a los agentes morales una decisión segura, con la pretensión de la casuística, han tomado como base el estudio de una multitud de casos reales, *para aspirar a tener en la mano la solución de todos los casos posibles, y, por ende, saber de antemano lo que se debe hacer; pasando por alto las peculiaridades y vicisitudes que cada situación real impone al acto moral.*⁹⁰⁴

Por lo cual, *la casuística resulta de un vano empeño, por establecer de manera anticipada una regla de realización, sin perder de vista la posibilidad de ajustarse necesariamente a cierta norma moral, de carácter general; pues al pretender ofrecer al agente moral, una decisión segura y trazarle de antemano lo que debe decidir en cada caso, empobrece enormemente su vida moral.* El casuismo disminuye la responsabilidad personal en la toma de la decisión correspondiente y en la elección de los medios adecuados para realizar el fin perseguido al acogerse a una decisión previamente tomada; hace dejación de su responsabilidad, situándose así en un nivel moral inferior.⁹⁰⁵ En suma, la casuística, como método para determinar de antemano el modo de realizar el acto moral, no debe quedarse en el nivel abstracto, cuando el sujeto debe razonar desde una perspectiva práctica en cada caso concreto, lo que entraña un empobrecimiento de la vida moral, así como la *singularización propia de los bienes humanos a los que accede la persona de forma natural.*

Adolfo Sánchez Vázquez al referirse al esfuerzo en vano que hace la casuística, no hace sino confirmar lo que la hermenéutica ha venido señalando desde hace mucho tiempo; *la imposibilidad de reducir el comportamiento humano a los axiomas de conducta establecidos en un ordenamiento moral, ético o positivo.* La capacidad humana de decidir, con base en argumentos de razonabilidad práctica, incide directamente en el enriquecimiento de la vida moral de la persona; y a la vez, el llamado a tomar responsabilidad de sus elecciones en el caso particular circunstanciado, en el cual adquiere significación normativa la norma moral: *la singularidad del acto moral.*

Citamos pues, el clásico texto de Adolfo Sánchez Vázquez donde habla específicamente sobre la *singularidad del acto moral.*

El acto moral tiene un carácter normativo; es decir, cobra un significado moral con respecto a una norma.

⁹⁰³ *Idem.*

⁹⁰⁴ *Idem.*

⁹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 71-72.

Con ayuda de la norma, el acto moral se presenta como solución a un caso dado, singular. La norma, que reviste un carácter general, se singulariza así en el acto real. Aunque la norma sea aplicable a diferentes casos particulares, las peculiaridades de cada situación dan lugar forzosamente a una diversidad de realizaciones, o de actos morales. Por otro lado, en virtud de la distancia que el agente ha de recorrer entre su intención y el resultado, y en virtud también de la imposibilidad de que prevea todas las vicisitudes del proceso de realización del fin, o de plasmación objetiva de la intención, hay siempre el riesgo de que el resultado se aleje de la intención originaria, hasta el punto de adquirir un signo distinto u opuesto al que se esperaba de él. En el tránsito de la intención al resultado, el acto puede adquirir un significado moral negativo.

En pocas palabras, como los casos son múltiples y diversos, aunque se recurra a la misma norma moral, los fines han de jerarquizarse de distinto modo, los medios que han de emplearse han de ser diversos, y, por ello, las soluciones a los casos reales han de ser también diversas. Por esto, aunque las situaciones sean análogas y se disponga al enfrentarse a ellas de una norma general, no se puede determinar de antemano con toda seguridad lo que se debe hacer en cada caso; es decir, cómo jerarquizar los fines, por qué preferir unos a otros, qué decisión tomar cuando se presenten circunstancias imprevistas, etcétera.

Así, pues, el problema de cómo debemos comportarnos moralmente no deja de presentar dificultades cuando nos encontramos en una situación que se caracteriza por su novedad, singularidad o sorpresa. Cierto es que no nos hallamos ante ella totalmente desamparados, ya que disponemos de un código moral, es decir, de un conjunto de normas de las que podemos extraer aquella que nos diga lo que debemos hacer. Pero, en virtud de las peculiaridades de la situación, y de sus aspectos imprevisibles, no podemos considerar tampoco totalmente amparados en un caso concreto, singular. Es entonces cuando nos preguntamos: ¿debemos hacer, X o Y? Surge así, al confrontar la norma con las exigencias prácticas, una situación problemática que toma la forma de un conflicto de deberes o de los llamados casos de conciencia.

No han faltado intentos, a lo largo de la historia de la moral, de acabar con esta situación conflictiva proporcionando a los agentes morales una decisión segura en todos y cada uno de los casos. Tal ha sido la pretensión del casuismo, o la casuística, que tomando como base el estudio de una multitud de casos reales, aspira a tener en la mano la solución de todos los casos posibles, y, por ende, saber de antemano lo que se debe hacer en cada caso. Es decir, la casuística no se conforma con disponer de normas morales, que puedan regular en determinada forma nuestro comportamiento, sino que pretende asimismo trazar de antemano reglas de realización del acto moral, de plasmación de nuestros fines o intenciones, pasando por alto las peculiaridades y vicisitudes que cada situación real impone al acto moral.

La casuística se nos presenta, por esta razón, como un vano empeño, ya que la singularidad, novedad y sorpresa de cada situación real integran el acto moral en un contexto particular que impide que pueda dictarse por anticipado una regla de realización, lo cual no quiere decir que no haya de ajustarse necesariamente a cierta norma moral, de carácter general. Por otra parte, a la casuística puede hacerse también esta grave objeción, a saber: que al ofrecerle al sujeto una decisión segura, es decir, al trazarle de antemano lo que debe decidir en cada caso, empobrece enormemente su vida moral, ya que disminuye su responsabilidad personal en la toma de la decisión correspondiente y en la elección de los medios adecuados para realizar el fin perseguido. Al acogerse

el sujeto a una decisión previamente tomada, hace dejación de su responsabilidad, situándose así en un nivel moral inferior. En suma, *la casuística, como método para determinar de antemano el modo de realizar el acto moral (lo que el sujeto debe hacer en cada caso concreto), entraña un empobrecimiento de la vida moral.*⁹⁰⁶

Atentos a la importante aclaración de Adolfo Sánchez, podemos concluir que la singularidad del acto moral no es lo mismo que relativismo moral, pues adquiere una connotación específica cuando nos referimos a la determinación en la corrección o incorrección de la conducta. La hermenéutica se sitúa en el fenómeno de los conflictos entre bienes humanos –y por ende, entre normas de derecho fundamental–, pues por una parte la decisión que tome el agente moral, en la que está implicado un bien humano, dependerá de la libre apreciación del agente moral pero desde el contexto de una tradición a la que pertenece y en el ámbito de su responsabilidad ética y jurídica.

Sin embargo la decisión se encuentra situada de manera intencional en el sujeto, que en un *espacio-tiempo* y circunstancias específicas, se crea la *singularidad del acto moral*. Pues dicho *horizonte de sucesos*, condicionan su actuación a la realización de los bienes humanos a los que se aproxima de manera natural en su plena realización, y que por ende, lo perfeccionan en el acto experiencial que materializa la persona humana en el obrar práctico; traduciendo la consecución racional de los bienes humanos en la fundamentación y motivación de la decisión de los poderes del Estado.

De igual forma, dicha singularidad, no se trata de ninguna postura dogmática, como predeterminaciones divinas, teologicistas o irracionales que el agente moral adopta sin razonar su conducta. *La hermenéutica considera a esos bienes humanos, como realidades indisponibles, transidas de moralidad y de justicia, cognoscibles a través de las argumentaciones de razón práctica desde una dimensión de razonabilidad; mas no así de una moral, filosofía o religión determinada, a la cual necesariamente deba adscribirse el agente moral de forma acrítica para tenerla por correcta.*

De manera análoga a la frase de Kirchmann⁹⁰⁷, afirmamos en relación con la visión de la hermenéutica: Ni bibliotecas enteras sobre cualquier materia jurídica, antropología, ética, moral o metafísica, pueden sustituir al instante constitutivo de la *singularidad del acto moral*, en el cual el mismo agente aprecia en los bienes humanos de manera directa, una experiencia de verdad, de forma libre y autónoma en el mismo sujeto que conoce.

La consecución de dichos bienes se sitúa en un aquí y ahora circunstan-

⁹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 70-72. Las cursivas son nuestras.

⁹⁰⁷ La frase de Kirchmann rezaba “Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se vuelven basura” Véase KIRCHMANN, Julius von, *La jurisprudencia no es ciencia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

ciado por las propiedades relevantes del caso particular, ante las cuales se desvela la existencia humana de manera natural, en la realidad social en la que despliega su obrar con sus congéneres; y en esa realidad individual circunstanciada, es en la cual la persona perfecciona sus potencialidades dentro de su propia finitud.

En ese orden de ideas, el jurista que se encuentra ante un *caso constitucional*, es preciso definir cuáles son los principios de derecho fundamental que están implicados en el conflicto, así como los hechos y pruebas relevantes para fijar la vinculación con el derecho humano que expresa la norma iusfundamental de manera circunstanciada; en el *aquí y ahora* en el que se expresa la virtud y el bien de la conducta singularizada de un acto moral: *la singularidad de la razón práctica.*

Así pues, el conocimiento de las verdades de razón práctica, de relevancia para el derecho, es un conocimiento que parte de la determinación de lo que es correcto o incorrecto ante los bienes humanos y su actuar moral; es decir, es en ese momento preciso y circunstanciado, en el cual, el hombre ejercerá su *elección moral constitutivamente autónoma y que le proporcionan la satisfacción de necesidades innatas como persona humana que lo perfeccionan.*⁹⁰⁸

Las verdades de razón práctica como “el conocimiento es un bien que se ha de buscar y que la ignorancia ha de ser evitada” se conoce a partir del primer principio de la razón práctica “haz el bien y evita el mal”; son afirmaciones que no contienen una hipótesis normativa en la cual se subsuma un hecho concreto, sino que exigen de la persona, la realización de un principio deontológico, con la finalidad de acceder a un bien humano; en el sentido señalado, de la verdad como *alétheia*, *los principios de razón práctica no son objeto de demostración, sino de mostración ante algo que es evidente por la razón, y ante la cual se debe circunstanciar sus respuestas, a la luz del caso puesto a consideración del operador jurídico en sus mismos contenidos normativos.*⁹⁰⁹

Para ejemplificar lo anterior, podemos advertir que el argumento de la verdad ética, se basa en la capacidad de conocer la virtud y esta virtud transforma a la persona que la realiza. Si bien es cierto, el argumento de la virtud y de la analogía del bien, es un argumento circular, siempre tendrá como basamento fundamental, *la persona que despliega la conducta hacia*

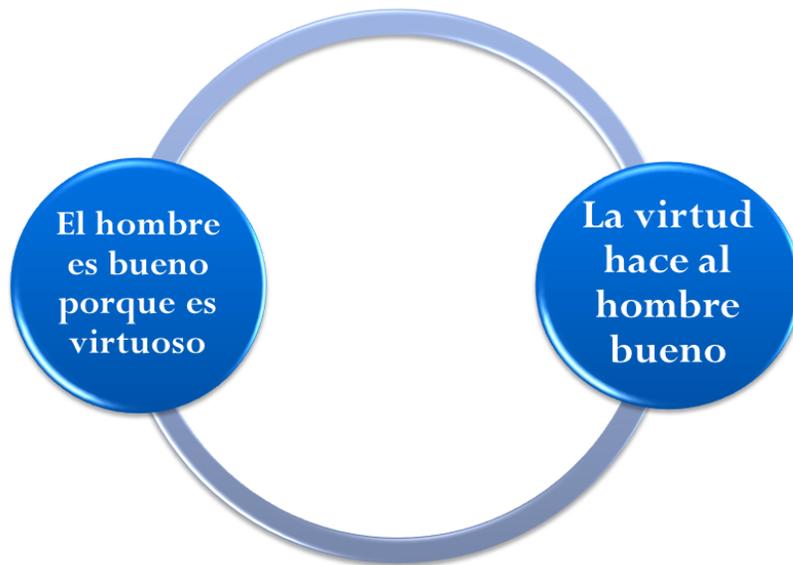
⁹⁰⁸ Más adelante abundamos en la cuestión en el epígrafe “6. El conocimiento y la singularidad del acto moral”

⁹⁰⁹ Con alteridad ya advertíamos que los argumentos de razón práctica difieren de los argumentos lógicos. El argumento práctico sería por ejemplo: “El conocimiento es algo bueno que vale la pena poseer”, “Estar bien informado y con la mente clara es una buena forma de ser”, “La confusión y la ignorancia han de ser evitadas”, etc. *Supra* “1) Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la *realidad coexistencial entre el derecho y la moral*”

*el bien humano; por ende, la virtud siempre refiere al bien, y el bien es necesariamente consecuencia de la virtud.*⁹¹⁰

Sin embargo -y a diferencia del argumento circular que incurre en falacia, porque no justifica la transición entre las proporciones lógicas-, *la virtud siempre tendrá como cualidad referencial-ontológica a la persona que realiza la conducta que la vuelve virtuosa y en consecuencia la perfecciona.*

Argumento circular que incurre en falacia: versiones “fisicalistas” de la ley natural que parten del ser para postular un deber



⁹¹⁰ De igual forma para advertir que en la hermenéutica no se incurre en la falacia naturalista, *idem*.

**Argumento circular que no incurre en falacia:
la objetividad ontológico-referencial en la persona humana⁹¹¹**



B) Derecho positivo: reglas

El operador jurídico, debe reconocer el material normativo dentro del bloque de constitucionalidad-convencionalidad; definir cuál es la protección jurídica que brinda la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, así como las jurisprudencias nacionales e internacionales, relativas al derecho o a los derechos humanos implicados, para conocer sus delimitaciones y restricciones normativas existentes al momento de concretar su contenido.

En suma, determinar cuál es el derecho positivo vigente que aplica en ese lugar y momento determinados a la luz de la singularidad del caso, estableciendo cuál es el bloque normativo aplicable, o bloque de constitucionalidad-convencionalidad al que nos hemos referido cuando se aplica el control de convencionalidad.

Sin embargo, es necesario hacer una prevención, cuando hablamos del derecho positivo que normalmente se expresa como reglas del sistema jurídico, lo cual no significa que el mismo derecho positivo no reconozca a su vez principios; lo que intentamos advertir es que el derecho positivo nor-

⁹¹¹ Cuando referimos a Pedro en el siguiente esquema, no hacemos referencia como a un "Pedro" en abstracto, sino a una persona en lo particular que realiza la virtud, pues a diferencia del esquema anterior, se refiere al concepto hombre en abstracto para ejemplificar la transición injustificada del ser al debe.

malmente se expresa como mandatos definitivos, y si en algún momento establece principios, estos a su vez derivan en la aplicación de una regla.

Es así, que la distinción entre reglas y principios -como se advertirá en el siguiente capítulo-, constituye una distinción metodológica que postula la existencia de principios de valor que reconocen cierta dimensión de la justicia o de la moralidad; y que en un momento dado, se distinguen de las reglas, pues estas, se expresan en mandatos definitivos.

No obstante a lo anterior tanto los principios se pueden manifestar en reglas, como las reglas reconocer un principio; lo importante aquí es que el operador jurídico al momento de tomar la decisión, realiza en todo momento un juicio concreto de deber ser, un razonamiento práctico a la luz del caso planteado.⁹¹²

Por ejemplo, es un caso fácil no es necesario ponderar, considerando que las peculiaridades del caso se puede subsumir en una regla; de igual forma, los principios pueden derivar en reglas, pues una vez realizada la ponderación, se concreta en un mandato, que dadas las condiciones relevantes, se actualiza la hipótesis por la cual fue resuelto el caso, y establecido un precedente, como sucede con la jurisprudencia; no obstante, dicha regla fue producto de un razonamiento ponderativo, en el que se dilucidaron valores de carácter moral reconocidos en la norma positiva.

Sin embargo, en todos los casos el operador jurídico realiza una interpretación, y en ese sentido, un razonamiento práctico y prudencial para advertir cuál método o métodos es el adecuado para resolver ese caso; lo cual nos centra en el debate de la hermenéutica con las teorías que afirman la primacía del método frente al proceso interpretativo como un todo que no se escinde en interpretación y aplicación, esto es, el círculo hermenéutico y su espiral.

La explicación aquí señalada para las reglas, aplica de igual forma para los principios, como expresión del derecho natural, de forma coexistente con el derecho positivo que se expresa normalmente como reglas; sin que se excluyan entre sí tales categorías normativas, es decir, existe una comunicación virtuosa entre reglas y principios, como se dilucida en el siguiente capítulo.

C) Derecho natural: principios

Al igual que el círculo hermenéutico, en la espiral hermenéutica, el caso constitucional pasa sobre el test de los principios de justicia y de moralidad. En el estudio que nos ocupa, establecemos una relación muy estrecha entre la teoría de los principios y el nuevo derecho natural que propone John Finnis y la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer, para advertir ya no un derecho natural abstracto, sino un derecho natural que se expre-

⁹¹² *Infra* “3 Los casos de la ponderación: juicios concretos de deber ser desde el razonamiento práctico”

sa en los *principios como proposiciones concretas de deber ser que se aplican en un caso de relevancia constitucional*.⁹¹³

En ese sentido, advertirnos la existencia de un derecho natural concreto y debidamente circunstanciado en la teoría de los principios jurídicos, dentro del proceso aplicativo tanto en el círculo hermenéutico como en la espiral; en la cual es necesario tomar en consideración la historicidad del derecho antes explicada para advertir el dinamismo de los principios, así como sus límites justificados en la evolución de los derechos.

De alguna manera, el presente trabajo en su integridad, pretende establecer una adecuada relación entre el derecho positivo y el derecho natural como una relación coexistencial⁹¹⁴; la cual se expresa de manera muy patente en el derecho de principios y su aplicación práctica a través de las herramientas hermenéutica que se dilucidan en el presente trabajo, por lo cual no abundaremos al respecto en el presente epígrafe.

Si bien es cierto, que la teoría de los principios no reduce a un derecho natural de carácter abstracto, el nuevo derecho natural que propone John Finnis, vinculado con la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer, son ejemplos de cómo el derecho no se debe cerrar a los contenidos de moralidad y de justicia que necesariamente reconocen los derechos fundamentales, sin caer en falacias lógicas o en dogmatismos irracionales; bien como métodos excluyentes de cualquier otro o en jerarquías *a priori* de valores.⁹¹⁵

D) Subsunción-ponderación: concreción.

Anteriormente ya nos referíamos a la relevancia del caso en la hermenéutica, el cual no busca desechar el método deductivo o subsuntivo para resolver los casos, sino todo lo contrario. Apoyado en la analogía, la hermenéutica pretende darle un sentido menos formalista a la subsunción,

⁹¹³ En general para dilucidar la propuesta de que el derecho de la hermenéutica es un sistema de principios, sin soslayar un adecuado equilibrio axiomático con las reglas *Infra* “Capítulo Séptimo: El derecho como sistema de principios”.

⁹¹⁴ *Infra* “1) Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la *realidad coexistencial entre el derecho y la moral*”

⁹¹⁵ No podemos dejar de señalar que resulta problemático aceptar la existencia de un derecho natural abstracto para el operador jurídico, que lejos de advertir las cualidades esenciales de los principios de moralidad y de justicia en los casos concretos, es preciso develar con la hermenéutica propuesta, cierta *esfera de indisponibilidad de un derecho humano o su contenido esencial*. En este sentido, la teoría de los principios, así como la propuesta del *neoiusnaturalismo* de John Finnis, apela a un derecho natural renovado a la luz de principios de moralidad concretos que derivan de la misma razón práctica en los bienes humanos –principalmente de el silogismo práctico–, sin apelar necesariamente a la metafísica o a la “naturaleza” humana: *juicios concretos de deber ser, ajustados a las circunstancias particulares del caso*. Véase *Infra* “La ausencia de jerarquía formal en los bienes humanos y la coincidencia de John Finnis con el pensamiento filosófico de Hans-Georg Gadamer”.

para concretar su debido alcance en la complementación con los demás métodos de interpretación.

Si bien la hermenéutica refiere a que los “métodos” de interpretación tradicionales, como la interpretación literal, histórica, original y sistemática, no son suficientes para resolver los problemas jurídicos.⁹¹⁶ Dichos métodos pueden ayudar a precisar posibles variantes de sentido, en el espacio delimitado por el mismo texto de la norma constitucional.

Kaufmann nos enseña con profunda visión hermenéutica, que el modelo antiguo de la subsunción se critica, no porque se haya vuelto obsoleto, pues dicho método no se ha agotado en lo más mínimo cuando se interpreta la ley, sino por el contrario. Los métodos clásicos de interpretación en ese sentido, serán una fórmula *prima facie* que el operador jurídico tendrá que implementar como una primera aproximación al fenómeno jurídico, pero sin renunciar a dichos métodos.

Con dicha afirmación se consolida de alguna manera nuestra posición respecto del círculo hermenéutico, en el cual *prima facie* no se puede advertir la respuesta adecuada al caso; y en consecuencia, la espiral hermenéutica tendrá que echar mano de la ponderación extraordinaria y el método analógico para crear nuevas reglas y develar principios relevantes que den solución plausible a los casos complejos que se le presenten al operador jurídico.

En este estadio de la espiral hermenéutica resulta fundamental entender el significado de la concreción, el cual se dilucida a través del *principio de concordancia práctica* que Konrad Hesse postuló, para referirse a una ponderación no conflictivista: *los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, deben estar coordinados unos con otros de tal modo que cada uno de ellos gane realidad para su optimización conjunta así como su autolimitación, sin presuponer de manera irreflexiva una ponderación en la que de manera abstracta se sacrifique un derecho en beneficio de otro.*⁹¹⁷

E) Dignidad humana

Finalmente y después de los procesos argumentativos anteriores, el operador jurídico, siempre se preguntará sobre la interpretación más favo-

⁹¹⁶ Ya habíamos señalado con Kaufmann que “el modelo de la subsunción no se ha vuelto obsoleto [...] también tiene lugar la subsunción, sólo que el método jurídico no se agota, en lo más mínimo, en una subsunción del caso bajo la ley”. Los métodos clásicos de interpretación en ese sentido, serán una fórmula *prima facie* que el operador jurídico tendrá que implementar; como una primera aproximación al fenómeno jurídico, pero sin renunciar a dichos métodos. Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 176; *Supra* “1. El giro hermenéutico y su objetividad radical”.

⁹¹⁷ El proceso de concreción de la norma constitucional se puede entender a partir de los principios de interpretación constitucional que el gran jurista alemán Konrad Hesse postuló. Véase HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 65-66. *Infra* “Capítulo Décimo Primero: Hermenéutica como concreción”.

rable a la persona humana y menos restrictiva de sus derechos humanos que de manera injustificada afecten a la persona y su dignidad.

El operador jurídico, pasará al nivel de las ponderaciones extraordinarias, cuando en su momento advierta desde la misma Constitución, los tratados internacionales, la jurisprudencia nacional e internacional, si se vulneran los derechos fundamentales o se incurre en una restricción injustificada.

En ese contexto, deberá aplicar las herramientas hermenéuticas idóneas para resolver el caso con base en el control de constitucionalidad-convencionalidad, así como en las directivas de interpretación conforme, *pro persona*, el principio de proporcionalidad o del contenido esencial de los derechos fundamentales, o cualquier directiva hermenéutica que solucione el conflicto entre derechos fundamentales en un nivel superior, como las tratadas en la presente obra: ponderación, proporcionalidad, concreción, contenido esencial y analogía.

En otro lugar ya señalábamos, cómo el principio de proporcionalidad se confirma, más que ningún otro, que la *concordancia práctica* que debe imperar en la ponderación de principios, debe estar debidamente justificada y razonada

[...] en ese sentido el principio de proporcionalidad se encuentra vinculado de manera esencial con el principio *pro persona*; pues a través del test de proporcionalidad se puede apreciar si la restricción a un derecho humano se encuentra razonable y proporcionalmente establecida y por ende se respeta la directiva hermenéutica *pro homine*.

*Por lo tanto, el mecanismo interno del principio de interpretación pro persona, es el principio de proporcionalidad; pues para identificar si una restricción o el mejor trato de la norma a la persona, se encuentra razonablemente establecido, es necesario evaluar si la medida restrictiva es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, y por ende si se encuentra o no justificada.*⁹¹⁸

El principio *pro persona* no sólo reconocerá la norma más favorable, bien de la Constitución o de los tratados internacionales de derechos humanos (preferencia normativa), sino que apreciará en el derecho humano sujeto a interpretación, *aquel que mejor armonice con los demás derechos en conflicto en el caso paradigmático* (preferencia interpretativa), tal y como ya lo hemos referido con la *coherencia sustancial en el círculo hermenéutico*.

En efecto, la *coherencia sustancial*, consiste en aquella combinación armónica y no conflictivista del bloque normativo constitucional y convencional, para encontrar no la única respuesta correcta, sino la que mejor beneficie a la persona, bien en la Constitución o en los tratados de dere-

⁹¹⁸ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 318-319. En lo particular véase el epígrafe “7. Los principios de interpretación conforme y *pro persona* y su relación con el principio de proporcionalidad”, *Ibidem*, pp. 311-322.

chos humanos, o en su interpretación por los tribunales constitucionales o internacionales; la interpretación convencional de los derechos humanos no impone la norma internacional sobre la nacional, sino la más benéfica para la persona humana y la menos restrictiva para el desarrollo de las libertades fundamentales.

Así, no hay un traslape normativo desde un aspecto formal y jerárquico de manera inamovible, sino precisamente una *jerarquía móvil*, en función de la norma que mejor protege al derecho humano, al resultar más favorable y menos restrictiva a la persona para la protección indisponible e impostergable de su dignidad.⁹¹⁹

Por lo anterior, llegamos a una de las conclusiones fundamentales, que la hermenéutica, lejos de ser un método de interpretación, constituye una filosofía práctica que a través de la combinación de métodos de interpretación, busca encontrar la mejor respuesta para el respeto integral de la persona humana y su dignidad; sin quedarse atascado en la “simple subsunción” de la ley y su interpretación de significados unívocos en una metodología jurídica.

Para apreciar el paradigma de la espiral hermenéutica de los derechos humanos, formulamos el siguiente diagrama.

⁹¹⁹ Esa coherencia más sustancial que procedimental, se centra en la idea de indisponibilidad del derecho con fundamento en la dignidad humana, es analizada en dos trabajos previos. Véase *Ibidem*, pp. 185-186; FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?”, en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, op. cit., pp. 195-398.

La espiral hermenéutica en la interpretación jurídica



5) La metáfora de la espiral y la evolución de los derechos

El tema principal en la espiral hermenéutica, son los casos de relevancia constitucional y convencional a la luz de dicho bloque normativo bifronte (Constitución y tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia constitucional e internacional), que no encuentran solución plausible y razonable, al momento de aplicar las herramientas hermenéuticas como el principio de *interpretación conforme*, en tanto presunción de constitucionalidad-convencionalidad de manera *prima facie*: *la singularidad hermenéutica de los derechos fundamentales*.

Después de haber apreciado *prima facie*, el círculo hermenéutico, las normas o actos controvertidos no se logra sortear la presunción de su inconstitucionalidad-inconvencionalidad; la espiral hermenéutica en su *vorágine interpretativa-argumentativa-concrecional*, elevará hacia niveles más altos de protección de la persona en pleno respeto de su dignidad. Esto es,

*no hay una hermenéutica más correcta que aquella en la que se pregunta por el sentido más favorable a la persona.*⁹²⁰

La espiral hermenéutica no llega al punto de partida, en el que despegó el círculo hermenéutico en la argumentación constitucional de las premisas normativas. La hermenéutica de los derechos se ha desarrollado para aterrizar siempre a un punto de llegada que es la persona humana; el ejercicio hermenéutico de la comprensión y el sentido de un derecho humano, volverá a empezar cuando las condiciones en las cuales se tomó dicha determinación ya fueron rebasadas.

Ante las circunstancias y problemas actuales, de la realidad histórica del derecho y su concreción en los bienes humanos básicos, darán lugar a las ponderaciones extraordinarias, que terminará en una modificación jurisprudencial, reforma constitucional o una nueva Constitución; pero ante todo, el respeto por la dignidad humana será la punta de lanza, la piedra angular en la cual cualquier método de interpretación pretenda concretar el sentido material de un derecho humano en un caso concreto.

En suma, es necesario aclarar que el círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica, no son dos métodos o formas distintas de la comprensión del fenómeno jurídico, y menos aún se contraponen. Sino que la espiral hermenéutica vendría a ser una forma distinta de analizar ese mismo proceso, pero desde la misma singularidad en la cual se gesta el centro de gravedad de las condiciones relevantes para la ponderación del caso paradigmático.

A la luz de la metáfora que comentamos con los agujeros negros y la singularidad, recordemos la vieja pugna de la física teórica ante las preguntas ¿Qué sucede cuando algo cae en un agujero negro? ¿Qué sucede con la información? ¿Desaparece? Esto es lo que afirmó hace treinta años un joven físico llamado Stephen Hawking suscitando un fecundísimo debate sobre las leyes fundamentales del universo.

Leonard Susskind, padre de la *teoría de cuerdas* y uno de los físicos más eminentes de nuestro tiempo, y Gerard't Hooft, premio Nobel de Física, conscientes del gran reto que implicaba la propuesta de Hawking, fiel a la teoría de la relatividad general, contraatacaron con las leyes de la mecánica cuántica en la mano.

La guerra de los agujeros negros –como se le llamó a dicha disputa– no es simplemente, la historia de aquel enfrentamiento entre los más grandes científicos de nuestro tiempo. En realidad, lo que nos transmite es la tensión intelectual permanente de estos científicos y el esfuerzo que realizaron para aparcar momentáneamente sus más firmes convicciones y tratar de reconciliar ambas teorías para progresar hacia la construcción de una teo-

⁹²⁰ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 196-210.

ría cuántica de la gravedad y llegar a desentrañar algún día, las incógnitas últimas.⁹²¹

La referencia a uno de los debates más importantes de la época contemporánea en la ciencia y particularmente en la física teórica, tiene mucha relación con lo que sucede en el derecho, con el debate de la interpretación jurídica; específicamente con la interpretación constitucional cuando colisionan dos derechos fundamentales, los cuales tienen una misma jerarquía constitucional y convencional; el caso deberá resolverse con las reglas y principios existentes, o en su caso iniciar las investigaciones extraordinarias, ante lo cual la espiral hermenéutica nos ha proporcionado un banco de pruebas muy fructífero.

La pregunta ¿Qué derecho prevalece cuando ambas normas tienen la misma jerarquía? Con las respuestas que nos proporciona el sistema jurídico de la dogmática positivista (jerarquía, especialidad, temporalidad, competencia, etc.), no es posible resolverlo.⁹²²

El círculo hermenéutico en ese sentido, no es un círculo vicioso porque reconoce la complejidad dialógica del derecho, y no queda atascado en la relación monológica entre el sujeto (intérprete) y el objeto interpretado (norma), muy a la usanza del método kelseniano positivista a quien le pudiéramos asumir un *paradigma antiguo de soluciones monológicas y lineales*; ahora la moral impregna al derecho con sus juicios de valor y de sentido, al advertir en los derechos humanos, los bienes humanos incardinados en el discurso jurídico de la ponderación desde un contexto dialógico.

La espiral hermenéutica, viene a conformar un aspecto de carácter evolutivo y flexible, hacia un *cambio de paradigma*⁹²³, cuando dentro del círculo hermenéutico, no se encuentran respuestas plausibles que solucionen el caso en la ponderación de principios. Por lo cual y como pudimos advertir con Hassemer, la espiral hermenéutica tiene un punto de partida, pero ineludiblemente conduce a un plano “superior”, sin quedarse atascada en el “método” moderno de la interpretación jurídica. La espiral hermenéutica alcanza nuevos ámbitos, para encontrar la mejor interpretación, el mejor

⁹²¹ Véase SUSSKIND, Leonard, *La guerra de los agujeros negros. Una controversia científica sobre las leyes últimas de la naturaleza*, CRITICA, Barcelona, 2009.

⁹²² *Infra* “6. Los métodos clásicos de solución de conflictos entre normas y la hermenéutica jurídica”

⁹²³ En este aspecto resulta relevante advertir la importancia que ha tenido la filosofía de la ciencia, para el desarrollo de la doctrina contemporánea del Estado de derecho constitucional y democrático. El cambio de paradigma de Thomas Kuhn, será una referencia obligada en el análisis de la nueva epistemología dinámica que enarbola las investigaciones extraordinarias de la ciencia, cuando no se encuentran soluciones que colmen las esperanzas profesionales de los expertos; de manera muy similar a la transición que ha experimentado el Estado de derecho legal hacia el Estado de derecho constitucional con la introducción de los principios jurídicos en el ordenamiento fundamental. FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?”, en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, *op. cit.*, pp. 195-200.

contenido normativo de las normas de derechos humanos en función del principio *pro persona*.

Por ende el *círculo hermenéutico*, podemos apreciarlo como las condiciones normales a través de las cuales surge el fenómeno de la comprensión de la existencia humana de relevancia para el derecho en la interpretación de los derechos humanos. La *espiral hermenéutica* resultaría como ese proceso extraordinario de la comprensión en la cual se verán reflejados, nuevas analogías, equiparaciones y comparaciones de casos, con el material normativo que de inicio (*prima facie*) el círculo hermenéutico (bloque de constitucionalidad-convencionalidad) no daba cobertura plausible a la ponderación de los derechos humanos en cuanto al mayor beneficio y menor restricción de la persona humana (*pro persona*).

La espiral hermenéutica, refleja no sólo la complejidad del derecho posmoderno, con una Constitución cargada de principios y valores de forma pluralista, y por ende, vinculada a la moral de forma necesaria; la espiral hermenéutica refleja también la verdadera estructura de la hermenéutica que se gesta a partir de un denominador común, tanto como punto de partida como punto de llegada: el principio *pro persona*, se constituye en el paradigma unificador en la hermenéutica constitucional de los derechos humanos, porque precisamente, será en la persona a la que se busque beneficiar con la interpretación del bloque de constitucionalidad-convencionalidad, previa interpretación conforme.⁹²⁴

7. LA APLICACIÓN DEL CÍRCULO HERMENÉUTICO Y LA ESPIRAL HERMENÉUTICA: EL CASO RADILLA PACHECO Y SU CUMPLIMIENTO EN EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010

En México, se ha implementado de forma “expresa” el modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso por parte Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el contexto del cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte IDH, en el Caso Radilla Pacheco; mismo que quedó instaurado en el expediente Varios 912/2010 y resuelto el 14 de julio de 2011.⁹²⁵

En aquella ocasión, implicó que nuestra SCJN -entre otras cuestiones-, realizara una nueva interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) a la luz de la reforma al artículo 1º del mismo texto fundamental; dicha reforma reestructuró de for-

⁹²⁴ Nuestra propuesta de la espiral hermenéutica desde el contexto del control de convencionalidad de los derechos humanos. Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 196-210.

⁹²⁵ El análisis del Caso Radilla y la reestructuración del sistema jurídico mexicano, así como los pasos a seguir para efecto de llevar a cabo un control de convencionalidad difuso *ex officio*, Véase *Ibidem*, pp. 238-250.

ma paradigmática el ordenamiento jurídico mexicano, tanto desde su norma fundamental en la reforma constitucional de junio de 2011, en materia de amparo y derechos humanos, como en la jurisprudencia, la práctica en los tribunales, así como en la doctrina jurídica. A la luz de dichas transformaciones la Constitución comparte el mismo nivel normativo con los tratados internacionales de derechos humanos, así como la jurisprudencia de la Corte IDH.

En primer término es necesario señalar la importancia de los lineamientos que la Corte IDH estableció al Estado mexicano, para la observancia del control de convencionalidad en sede interna. Es decir, la sentencia del Caso Radilla Pacheco, de fecha 23 de noviembre de 2009, señaló diversos efectos jurídicos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y en lo particular la obligatoriedad y vinculación del Poder Judicial del Estado mexicano, de acatar lo resuelto por la Corte IDH, y no solamente, la referida Convención.

La sentencia de la Corte IDH, advirtió la vinculación de los jueces mexicanos de ejercer el control de convencionalidad de forma oficiosa, el cual consiste en realizar una comparativa entre la ley, acto o norma, y el *corpus iuris* de Derechos humanos; esto es, la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, así como su interpretación por la SCJN y la Corte IDH. Dicho análisis de compatibilidad, se debe realizar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.⁹²⁶

La misma SCJN, estableció de manera precisa, una serie de pasos que los juzgadores deben de seguir, según sea su competencia, para advertir cuando una norma ordinaria puede contravenir lo establecido en la Constitución o en los tratados en materia de derechos humanos. En ese sentido, en ningún momento se está contraviniendo el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que por el contrario, parte de dicha presunción, para desplegar el *test de la constitucionalidad-convencionalidad* de la norma en el caso concreto.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: **a) Interpretación conforme en sentido amplio**, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea

⁹²⁶ *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrafo 339.

parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; **b) Interpretación conforme en sentido estricto**, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, **c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles**. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.⁹²⁷

Atendiendo al precedente en cuestión, vamos a analizar el expediente Varios 912/2010 emitido por la SCJN, en la cual se dió cumplimiento a la sentencia del Caso Radilla Pacheco, emitido por la Corte IDH. De manera específica, vamos a dilucidar a la luz del círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica, cómo la SCJN realizó dos tipos de interpretaciones para homologar el derecho interno al bloque de constitucionalidad; en este caso la Constitución mexicana y la CADH, así como sus respectivas interpretaciones por la SCJN y la Corte IDH:

1. *Interpretación conforme en sentido estricto*, en el que se optó por aquella interpretación jurídicamente válida, atendiendo a su presunción de “convencionalidad”, del artículo 13 de la Constitución en relación con los artículos 2º y 8.1 de la CADH (interpretación conforme dentro del círculo hermenéutico);

2. *Inaplicación de la ley*, considerando previamente que no existían posibilidades interpretativas compatibles del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar mexicano, con el artículo 13 constitucional, interpretado de conformidad con los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que establecen entre otras prerrogativas, el derecho a comparecer ante juez competente (inaplicación por quebrarse la presunción de constitucionalidad-convencionalidad y precisar de un nivel más alto de protección bajo la espiral hermenéutica).

Veamos pues, la resolución del expediente varios 912/2010, relativa a la restricción interpretativa del fuero militar que estableció la Corte IDH.

37. OCTAVO. Restricción interpretativa de fuero militar. En cuanto a las medidas específicas a cargo Estado mexicano contenidas en la sentencia aquí analizada, cabe señalar que en sus párrafos 337 a 342, se vincula al Estado Mexicano a realizar diversas reformas legales para *restringir el fuero militar para juzgar a elementos de las fuerzas armadas en activo sólo por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos*

⁹²⁷ Tesis: P. LXIX/2011, [TA]; 10a. Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Pág. 552. (Énfasis añadido)

propios del orden militar, y en los párrafos 272 a 277 se proporcionan las consideraciones relativas, por lo que es necesario reproducir su contenido:

“C2. Reformas a disposiciones legales”

“i) Reformas constitucionales y legislativas en materia de jurisdicción militar”

“337. Los representantes solicitaron a este Tribunal que ordene al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que, “[a]unque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpretaciones que de éste se han hecho[...] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos”.

“338. Para este Tribunal, *no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento.* También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. *En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.*

“339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial *debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*”

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los *criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (supra párrs. 272 a 277).*”

341. *Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

“342. No obstante lo anterior, la Corte declaró en el Capítulo IX de este Fallo, que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párrs. 287 y 289). En consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta Sentencia.”

“272. El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que *en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.*”

“273. Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.”

274. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal (supra párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. *En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.*”

“275. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (supra párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. *La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.*”

“276. El Tribunal nota que, durante la audiencia pública (supra párr. 69), el perito Miguel Sarre Iguíniz advirtió sobre la extensión de la jurisdicción militar en México y señaló que el artículo 57, *fracción II, del Código de Justicia Militar* “[se sale del] ámbito estricto [y] cerrado [...] de la disciplina militar [...]”, además de que “[n]o solamente es más amplio respecto del sujeto activo, sino que es más amplio porque no considera al sujeto pasivo [...]”. Asimismo, el perito Federico Andreu-Guzmán, en la declaración rendida ante el Tribunal (supra párr. 68), señaló que entre los elementos característicos de la jurisdicción penal militar mexicana se encontraba “[u]n extenso ámbito de competencia material, que supera el marco de los delitos estrictamente militares”, y que “[m]ediante la figura del delito de función o con ocasión del servicio consagrado por el artículo 57 del Código de Justicia Militar, la jurisdicción penal mexicana tiene las características de un fuero personal ligado a la condición de militar del justiciable y no a la naturaleza del delito”.

“277. En el presente caso, no cabe duda que la detención y posterior desaparición forzada del señor *****, en las que participaron agentes militares (supra párr. 150), no guardan relación con la disciplina castrense. De dichas conductas han resultado afectados bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal y el reconocimiento de la personalidad jurídica del señor *****. Además, en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar.”

38. Aunque el primer grupo de párrafos (337 a 342) se titula “C2. Reformas a disposiciones legales” “i) Reformas constitucionales y legislativas en materia de jurisdicción militar”, las cuales pueden ser competencia del poder de reforma constitucional o del poder legislativo del Estado mexicano, lo cierto es que del examen de su contenido se advierte que también le resultan obligaciones al Poder Judicial de la Federación. *Particularmente, en el sentido de ejercer un control de constitucionalidad en los términos precisados en el considerando anterior, sobre el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, de modo tal que se estime incompatible con lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo que a su vez otorga sentido interpretativo al artículo 13 de la Constitución Federal.*

39. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos no establece la necesidad de modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero en términos prácticos, su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y el artículo 8.1 de la citada Convención Americana.*

40. La conclusión a la que arribó la sentencia cuyo cumplimiento se examina, fue en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, *bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la*

respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

41. A lo anterior el mismo Tribunal Internacional añadió que las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen *derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal civil competente*, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.

42. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación *la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2° de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante un juez competente.*

43. Por tanto *el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13 conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2° y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.*

44. Consecuentemente, como el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Federal dispone que las normas relativas a los derechos humanos se *interpretarán de acuerdo con lo que ella establece y de conformidad con los tratados internacionales de la materia y favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, deberá considerarse que el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles.*

45. Esta interpretación debe observarse en todos los casos futuros que sean del conocimiento de este Tribunal, funcionando en Pleno o en Salas e independientemente de la vía por la cual el asunto llegue a ser del conocimiento de estos órganos. Esto es, por las vías ordinarias para la resolución de asuntos, sean estos de competencia originaria del tribunal o sea necesaria su atracción, para lo cual debe considerarse este tema como de importancia y trascendencia para el ejercicio de las competencias correspondientes.⁹²⁸

A la luz de la resolución en comento, la SCJN analizó las restricciones interpretativas al fuero militar, en cuanto a las medidas específicas a cargo del Estado mexicano contenidas en la sentencia de la Corte IDH, para lo cual, además de la exigencia de realizar diversas reformas legales para restringir el fuero militar, realizó dos tipos de control de convencionalidad en los términos apuntados:

⁹²⁸ Expediente Varios 912/2010, pp. 39-43. Las cursivas son nuestras.

1. Interpretación conforme en sentido estricto.

A través de dicho modelo, se optó por aquella interpretación jurídicamente válida, atendiendo a su presunción de “convencionalidad”, del artículo 13⁹²⁹ de la Constitución en relación con la CADH.

En términos de la resolución en cuestión, se determinó que la interpretación del referido artículo 13 constitucional, debía ser compatible con la citada CADH, en aplicación de las normas o su interpretación, en tanto que las prácticas jurisdiccionales, así como la manifestación del orden público estatal debe encontrarse ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2^o⁹³⁰ de la Convención.

En ese sentido, la interpretación del artículo 13 de la CPEUM, en concordancia con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso, acceso a la justicia y derecho al juez competente, se debe interpretar de conformidad con los contenidos en el artículo 8.1⁹³¹ de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

Así pues, se optó por realizar una interpretación conforme para efecto de que, de las interpretaciones constitucionales y legislativas posibles del artículo 13 Constitucional cuestionado, se encontrara en consonancia con la CADH; es decir, se buscó una *adecuación de compatibilidad entre los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, con los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH.*

Considerando la posibilidad de plantear una interpretación compatible con la CADH, la Corte IDH determinó que no resultaba necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la

⁹²⁹ **Artículo 13.-** Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. *Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.*” Las cursivas son nuestras.

⁹³⁰ **Artículo 2.** Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a *adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*” Las cursivas son nuestras.

⁹³¹ **Artículo 8.** Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o *tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley*, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o *para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.* [...]” Las cursivas son nuestras.

CPEUM; contrario a lo que ha ocurrido en otros casos en los cuales, ha declarado inconvencionales artículos de la misma constitución nacional, en virtud de no existir interpretaciones posibles que armonicen la normativa constitucional con la convención.⁹³²

Por lo anterior, y en términos de lo planteado en el círculo hermenéutico, estamos ante la posibilidad de que en el derecho positivo vigente, así como su interpretación, se encuentre la solución jurídica más adecuada para el caso en cuestión. El estado de cosas que se regula en el derecho positivo vigente, tiene la posibilidad de ser interpretado de conformidad con la normativa establecida en todo el bloque de constitucionalidad, en este caso, resultó posible homologar el artículo 13 de la CPEUM con lo establecido en la CADH.

Es decir, el parámetro fijado por el círculo hermenéutico en el derecho positivo vigente a través del bloque de constitucionalidad-convencionalidad (Constitución-tratados y jurisprudencia nacional-internacional) determinó la respuesta más razonable al caso concreto y más benéfica al justiciable; sin necesidad de escalar hacia pisos más altos la protección de los derechos de la persona como sucede con la espiral hermenéutica, en la cual se rompe con la presunción de constitucionalidad y convencionalidad al no ser posible una interpretación armonizadora de la norma interpretada.

Lo anterior significó, que si bien es cierto la jurisprudencia de la Corte IDH establecía un trato más benéfico al justiciable, no resultaba necesario adaptar el artículo 13 de la Constitución mexicana a la CADH, pues de las múltiples interpretaciones de dicho dispositivo, se lograba salvar su convencionalidad; en este sentido, se lograba incorporar al texto de la norma constitucional, un significado más idóneo para advertir que el artículo 13 de la CPEUM, no pretendía ampliar la jurisdicción militar a los civiles, y por el contrario, el texto cuestionado se armonizaba con los artículos 2 y 8.1 de la CADH.

Es decir, la interpretación conforme entró en operación, para que dentro de las posibles opciones interpretativas de la norma constitucional, resultaba factible su compatibilidad normativa a la luz de la citada Convención, atendiendo a su presunción de “convencionalidad”; el artículo 13 de la Constitución para efecto de ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, se interpretó de conformidad con los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente.

⁹³² Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Recordemos que en éste caso, se declaró la inconvencionalidad de un artículo de la Constitución de Chile que establecía la censura previa en la exhibición de una película, a través del Consejo de Calificación Cinematográfica.

2. *Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.*

La SCJN advirtió que no existían posibilidades interpretativas compatibles del artículo 57, fracción II⁹³³, del Código de Justicia Militar mexicano (CJM), con el artículo 13 constitucional, interpretado de conformidad con los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a comparecer ante juez competente); en este caso se aplica el control de convencionalidad en sentido estricto y por ende la inaplicación de un dispositivo que permanece en contradicción con el bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

En este tipo de interpretación, la inaplicación constituye el último recurso, pues entra en operación cuando se rompe la presunción de constitucionalidad-convencionalidad; resulta ineludible pasar a un nivel más alto de protección bajo la concepción de la espiral hermenéutica a la que nos referimos, en el cual la interpretación conforme ya no es posible, pues la armonización del dispositivo cuestionado implica realizar una mutación que no le está permitida al juez constitucional.

Si bien es cierto que la Corte IDH determinó que en el caso no resultaba necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la CPEUM, si estableció una interpretación que condicionaba su validez y en consecuencia lo hacían coherente con la CADH; sin embargo por lo que respecta al artículo 57, fracción II, del CJM, no era posible su armonización, pues extendía la jurisdicción militar a civiles, al señalar la tipificación de delitos contra la disciplina militar aquellos del orden común o federal, cuando en su comisión *fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo*.

En ese sentido, al establecer la jurisdicción militar como la competente para conocer de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles y ejercer jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad; *extiende su competencia de manera inconstitucional e inconvencional, pues también conoce respecto de la víctima civil quien tiene el derecho de ser tutelado ante la jurisdicción de un juez ordinario competente y no ante la jurisdicción militar, y en consecuencia se extiende de manera injustificada a un civil*.

En efecto, el aludido artículo 13 de la Constitución debía ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo

⁹³³ “**Artículo 57.** Son delitos contra la disciplina militar: [...] II. *Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo; [...]*”. Las cursivas son nuestras.

8.1 de la citada Convención Americana. Sin embargo, la interpretación 57, fracción II, del Código de Justicia Militar mexicano, debía ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, *bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar*, considerando que los tribunales militares, cuando conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

Por lo anterior, la SCJN constató de manera fehaciente la incompatibilidad del 57, fracción II del CJM y que además de haber sido declarada dicha incompatibilidad por la Corte IDH, procedió a declarar su inconventionalidad, a partir de la propia interpretación que dicha Corte internacional estableció del artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana; además de que su incompatibilidad proviene de la violación a los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en la Constitución, así como en el artículo 8.1 de la CADH, que contempla, entre otras prerrogativas, el derecho a comparecer ante juez competente.

El sistema multinivel de protección de los derechos humanos en el caso Radilla Pacheco, a la luz de la espiral hermenéutica, conlleva a escalar hacia pisos más altos de protección de los derechos humanos, en beneficio de la persona humana de forma más garantista. En el caso, no solamente se declaró la inconventionalidad del artículo 57, fracción II del CJM por contravenir el artículo 8.1 de la CADH, que establece el derecho al juez competente; sino que la incompatibilidad de dicho dispositivo, también se deduce, de una interpretación que la misma Corte IDH realiza del artículo 13 de la Constitución Federal, el cual se encuentra en concordancia con el artículo 2o. de la CADH, al permanecer compatible con los mismos principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia.

La anterior interpretación implicó un *efecto integrador*⁹³⁴ de los derechos del justiciable, pues la misma Constitución se interpreta a la luz de la CADH, así como su interpretación por los tribunales internacionales de derechos humanos; produciendo una *evolución acumulativa del derecho interpretado*, en este caso la prohibición de ampliar la jurisdicción militar a los civiles, y por otra parte el derecho al juez competente.

⁹³⁴ El efecto integrador de los derechos humanos de fuente nacional e internacional y el control de convencionalidad es analizado en un caso de la Corte IDH *Véase Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, sentencia de 30 de enero de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). El análisis de dicho caso a la luz de los argumentos antes esbozados, hacemos referencia del Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor *Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos, op. cit., pp. 233-238.*

Como ya lo hemos señalado en otro lugar, la espiral hermenéutica y el efecto de la inaplicación de una norma declarada inconstitucional o inconvencional, se justifica en el sentido de que su interpretación no puede resultar compatible con el bloque de constitucionalidad y convencionalidad. En este caso hablamos de una nueva etapa en el control de convencionalidad, en la que los derechos humanos en lo particular, *se van integrando como una nueva versión complementada de cada derecho en su interpretación convencional; en la medida en la cual se van interpretando por los tribunales nacionales a la luz diversos tratados internacionales, así como por la Corte IDH en su jurisprudencia.*⁹³⁵

La *espiral hermenéutica* de los derechos humanos, es una metáfora que explica cuándo es necesario que un derecho tenga que evolucionar hacia pisos más altos de protección ante la imposibilidad de adecuación de una norma con el bloque de constitucionalidad y por ende su inaplicación; por lo cual *la integración normativa obedece a una dinámica de progresividad de los derechos, en cuya interpretación se encuentra tanto el círculo hermenéutico del control de convencionalidad, así como la espiral hermenéutica que catapulta el efecto irradiación de los derechos humanos hacia nuevos estadios de protección convencional.*⁹³⁶

El efecto integrador de realizar una interpretación conforme del artículo 13 de la Constitución Federal, para armonizarlo e introducir nuevos elementos que impulsa hacia pisos más altos de protección dicho artículo constitucional, a la luz de los diversos 2º y 8.1 de la CADH; el artículo 57, fracción II, del CJM declarado inconvencional, no solamente vulneró un dispositivo constitucional, sino que el propio artículo 13 constitucional, se encontraba interpretado a la luz de la propia CADH, y además, controvirtió directamente dispositivos convencionales como los artículos 2o. y 8.1 de dicha convención, principalmente en cuanto a la violación del derecho de comparecer ante juez competente, principalmente en los juicios del orden penal.

En conclusión, la espiral hermenéutica se actualizó en el caso, en virtud de que de las posibilidades interpretativas del artículo 57, fracción II, del CJM, no subsiste su presunción de constitucionalidad y convencionalidad, pues al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario; controvirtiendo en consecuencia la interpretación conforme dada al propio artículo 13 constitucional, así como los artículos 2o. y 8.1 de la CADH, al vulnerar el derecho a comparecer ante juez competente.

Derivado del expediente Varios 912/2010 se emitieron diversas tesis aisladas, de las cuales destaca un precedente que corrobora los argumen-

⁹³⁵ *Ibidem*, p. 233.

⁹³⁶ *Idem*.

tos antes aducidos en cuanto a los niveles interpretativos que aplicó la SCJN (interpretación conforme e inaplicación) y que a continuación se cita.

RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 2o. Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que *su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que *su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana*. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar, porque cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación *la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de diez votos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cosío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXXI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: "ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: 'CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.' y 'CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.'", conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011.

Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 anteriormente citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente.⁹³⁷

CONCLUSIONES

1. *El giro hermenéutico y su objetividad radical.*

A) La teoría hermenéutica de los derechos, constituye el principio de una gran tradición iusfilosófica que se ha forjado al calor de los grandes problemas del siglo XX, como lo fue la Segunda Guerra Mundial.

B) Las visiones apocalípticas de la modernidad, han traído desesperanza en la forma en la cual el hombre ha usado la razón para autodestruirse.

C) Rodolfo Vigo, cuando señala que la interpretación jurídica del modelo positivista dogmático, se transformó en un modelo de argumentación jurídica, para finalmente consolidar una disciplina iusfilosófica de la interpretación de manera sustancial.

D) En ese contexto, *la hermenéutica da un giro copernicano, para centrarse en el conocimiento radical de los bienes humanos, cuestionando de manera persistente la forma en la cual el jurista se ha aproximado al fenómeno jurídico de la interpretación.*

E) *La metodología jurídica de la modernidad, como método lineal, monológico, solipsista, unilateral, cerrado, reduccionista, anclado en la relación sujeto-objeto, ha "encasillado" al derecho en los axiomas de las reglas, bien de la lógica formal o del consenso intersubjetivo que termina postulando un formalismo ético, una ética de reglas.*

2. *El horizonte de comprensión de la hermenéutica como filosofía tras-*

⁹³⁷ Tesis: P. LXXI/2011 (9a.), Décima Época, Pleno, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, p. 554. Las cursivas son nuestras.

cidental.

A) La hermenéutica gadameriana es el regreso a la pregunta socrática que retoma Heidegger en su crítica al olvido por la pregunta por el ser en su obra monumental *Ser y Tiempo*: ¿Por qué hay algo y no más bien nada?

B) La hermenéutica iusfilosófica responderá en relación con el derecho: porque no hay que pedir permiso al método de la ciencia jurídica de la modernidad, para preguntarle al sistema jurídico, si determinado caso tiene relevancia normativa para los bienes humanos que precisan su protección y defensa desde el ordenamiento fundamental.

C) La respuesta de la hermenéutica iusfilosófica es determinante: ¡Porque “hay” cosas afuera! ¡Porque los bienes humanos existen, con independencia de su reconocimiento en el derecho positivo por el legislador!

D) La hermenéutica se basa en el propio razonamiento práctico del obrar humano y el fenómeno de la comprensión en tanto experiencia de verdad, para la búsqueda del sentido de las normas de derecho fundamental.

3. El abandono del método jurídico moderno, como concepto objetivo de conocimiento en tanto relación lineal sujeto-objeto.

1) La abolición del esquema sujeto-objeto del método y su transformación en una interpretación ontológica-sustancial

A) El paradigma fundamental de la hermenéutica filosófica en general, se orienta en contra del *concepto objetivo de conocimiento*, para atemperar el esquema rígido del sujeto-objeto e ingresar en el fenómeno de la comprensión.

B) La relación monológica de la metodología de la ciencia moderna, consiste en que el sujeto que *conoce-reconoce* el objeto en su pura objetividad sin mezclarle elementos subjetivos, o sea, conocimiento como “reflejo” del objeto en la conciencia en su realidad “pura”.

C) En la hermenéutica, la comprensión es siempre al mismo tiempo objetiva y subjetiva, el “comprendedor” entra en el *horizonte de la comprensión* y no reproduce de manera puramente pasiva en su conciencia lo comprendido como mero reflejo de la realidad de manera “reproductiva”, sino que lo conforma en su manera singular de conocer.

2) Ética hermenéutica y la objetividad-referencial de la razón práctica

A) *La hermenéutica iusfundamental, no abandona la necesaria referencialidad del sujeto y el objeto, pues no se queda en la versión “fiscalista” de la ley natural como un error lógico, así como un despropósito del verdadero sentido de la razón práctica; si bien es cierto que la intencionalidad del sujeto al que apela la hermenéutica, termina con la relación monológica sujeto-objeto de la metodología jurídica moderna, no soslaya que el relativismo moral y el consecuente escepticismo ético, son de igual forma falacias epistemológicas que no resuelven el problema.*

B) Se rompe la relación lineal sujeto-objeto como método lineal y univocista y se transforma en la referencialidad sujeto-objeto como realidad indisponible en la interpretación dialógica y equivocista de la hermenéutica: *equivocismo que no presupone relativismo, pues de la existencia de varias interpretaciones posibles, el operador jurídico tendrá que optar por aquella que mejor realice el contenido deóntico material de los bienes humanos que reconocen las normas iusfundamentales.*

4. El círculo hermenéutico

1) El giro hermenéutico en la interpretación jurídica: el prejuicio legítimo

A) La idea del círculo hermenéutico que sostenemos con Gadamer, se refiere al cambio de expectativa, en la cual el texto normativo de una regla moral o positiva, se recoge en la unidad de una referencia de sentido, entero distinta a la que se había establecido desde la invención del derecho moderno con su propuesta axiomatizante en procesos lógicos y subsuntivos.

B) La idea fundamental en el proyecto hermenéutico de Gadamer es *la transformación de la relación sujeto-objeto en la metodología moderna, hacia la traducción del sentido lingüístico de las normas del derecho, supone al mismo tiempo y ante todo, una autocomprensión del sujeto que comprende.*

C) La hermenéutica propone salirse de las filosofías de la conciencia del periodo ilustrado, a través de la fenomenología y el existencialismo, que pone al sujeto ante la *praxis vital* que significa, encontrar respuestas en tiempo actual y sin establecer la supremacía del método frente a la verdad.

D) El *giro hermenéutico*, presupone abandonar la ingenua seguridad de encontrar respuestas, a través de procesos formales del conocimiento, y darle primacía a la experiencia efectiva del sujeto, al develarse el significado intrínseco que las cosas mismas poseen: *el brillo de la razón, se presenta ante el intelecto, como un resplandor que solo puede generar la fuerza verdad en las cosas mismas.*

E) *El giro hermenéutico, consiste en que la interpretación ya no habla desde el sujeto que conoce como en las filosofías iluministas que apelan a la conciencia, sino que la interpretación para una adecuada comprensión el sujeto que interpreta se encuentra arrojado hacia la existencia.*

F) *Es necesario dejar hablar a las cosas, dejar que nos hablen lo que nos quieren decir a la luz de ese horizonte de comprensión y de la tradición histórica en la que se encuentra el sujeto interpretante en su situación singular de comprensor de la "cosa" interpretada.*

2) *El círculo hermenéutico como un "ir y venir" de la mirada entre la norma y el hecho concreto.*

A) Karl Engisch habla de una "continua interacción", de un *ir y venir de la mirada* entre la norma y el hecho de una realidad concreta, es decir: elaborar concretas proposiciones jurídicas en relación con el contenido de hecho, y su construcción en relación con la norma.

B) Larenz refiere a la concepción que tanto Hassemer como Kaufmann, consideran al proceso del comprender, ya no cómo un círculo hermenéutico, sino como una *espiral hermenéutica*; el movimiento circular de esa comprensión no retorna sencillamente a su punto de partida, sino que necesariamente lleva a un nuevo grado de comprensión del texto.

3) *El círculo hermenéutico y los derechos humanos: la complejidad de la interpretación jurídica.*

A) Bajo la perspectiva de la interpretación de los derechos humanos, el círculo hermenéutico se mueve entre Constitución y tratados internacionales, con sus respectivas interpretaciones jurisprudenciales, y los principios de interpretación conforme y *pro persona*.

B) La finalidad de la hermenéutica constitucional descrita, es que en la ponderación de principios, se encuentre dentro de las posibilidades interpretativas de la norma iusfundamental, aquella que sea menos restrictiva a las libertades de la persona, o aquella que reporte un mayor beneficio en cuanto al respeto y protección de la dignidad humana.

C) El círculo hermenéutico pretende traducir el horizonte de comprensión del operador jurídico, como una realidad compleja y dialógica a la que se enfrenta el derecho: comprende no sólo las normas positivas, sino las normas morales.

D) Es decir, derecho y moral, reglas y principios se mueven en el círculo hermenéutico a la luz de la singularidad como un ir y venir de la mirada entre el hecho y la norma, para dar lugar a concretas determinaciones del deber ser: *la complejidad del derecho es una realidad coexistencial, que se origina en el círculo hermenéutico:*

a) *Derecho y moral, como una relación de coexistencia; una fenomenología ontológica de lo jurídico.*

b) *Las reglas y los principios; una dialéctica de las estructuras normativas del sistema jurídico, en tanto metodología para una ponderación no conflictivista.*

c) *Toda la dialéctica, entre derecho y moral, reglas y principios, se origina en el epicentro del círculo hermenéutico: la singularidad del caso concreto que crea las condiciones de relevancia para la ponderación, en el cual se aprecian los hechos como circunstancias de modo, tiempo y lugar; esto es el material fáctico-probatorio que se interpreta a la luz del derecho positivo aplicable (Constitución, tratados internacionales, jurisprudencia nacional e internacional, etc.), sin soslayar los principios morales y de justicia, para dar lugar a concretas determinaciones de deber ser.*

La dialéctica en la que se mueve el círculo hermenéutico, la ejemplificamos con el siguiente diagrama.

El círculo hermenéutico en la interpretación jurídica



2) *La prevención del círculo vicioso en la hermenéutica.*

A) Heidegger pone la advertencia, en cuanto a que *el círculo hermenéutico no debe ser degradado a círculo vicioso*, ni siquiera a considerarlo como una falacia permisible en nuestras argumentaciones.

B) En el círculo hermenéutico, yace una posibilidad positiva del conocimiento más originario, cuando en el proceso de comprensión no se ha dejado imponer con ocurrencias propias o conceptos populares, ni prejuicios injustificados o estrategias argumentativas consecuencialistas o utilitaristas; sino que resulta imprescindible asegurar el conocimiento científico desde *la cosa misma*.

C) *La tesis central del círculo hermenéutico gadameriano, consiste en que la hermenéutica controvierte la “violencia” del método jurídico como asignación subjetiva de significados, producto del laboratorio de la ciencia; para dar lugar a una nueva interpretación de la realidad, desde el conocimiento de las ciencias humanas con énfasis en el razonamiento práctico, como lo es la ciencia jurídica de forma paradigmática: interpretar la realidad circunstanciada para orientar la conducta humana.*

5. *La espiral hermenéutica*

1) *La protección multinivel de los derechos fundamentales.*

A) El círculo hermenéutico llega a un estado de cosas en el cual, ya no puede traducir los contenidos normativos de los derechos fundamentales y es cuando es preciso saltar hacia la *espiral hermenéutica*.

B) Sin embargo es necesario buscar *prima facie* esa proyección argumentativa en la realización de los valores materiales de justicia de los derechos humanos. Es decir, *agotar las condiciones de posibilidad argumentativas de las normas de derecho fundamental, en la concreción de los bienes humanos dentro del mismo círculo hermenéutico.*

C) En ese contexto Karl Engisch ya nos refería a una “continua interacción”, de un *ir y venir de la mirada* entre la norma y el contenido de hecho: las situaciones fácticas se aprecian a la luz del contenido normativo del texto legal, para derivar en determinadas respuestas concretas a los casos planteados cuantas veces sea necesario para ponderar correctamente un caso concreto.

D) *La espiral hermenéutica, es en términos simples, como una escalera por la que tiene que subir el operador jurídico, cuando se pretende elevar hacia pisos más altos la protección de los derechos fundamentales.*

E) *La espiral hermenéutica se vuelve un antídoto, en contra de la supuesta falacia del círculo vicioso, para enfrentar cualquier reticencia que implique la absolutización o dogmatización del mismo círculo hermenéutico.*

2) *La historicidad del derecho.*

A) Arthur Kaufmann, al recordar que la acertada expresión *espiral hermenéutica* introducida por Winfried Hassemer, refiere de manera ejemplificativa a la forma en la cual se capta el sentido de dicha espiral: que *el círculo hermenéutico no se encuentra atrapado en un callejón sin salida*. Concretamente refiere a que el camino desde la legislación, hasta la decisión jurídica, indica una *vía de concretización, de positivación, del devenir histórico del derecho*.

B) Sin embargo, hay que recordar lo que señaló Javier Hervada con la dimensión de historicidad en lo justo natural y lo justo legal, no se trata que lo que cambia es la ley natural, sino su decidida influencia de las dimensiones históricas.

C) *La naturaleza no está sujeta a cambio histórico, sino lo que está en constante evolución es la humanidad; pues si cambiara la esencia del hombre no habría hombre sino un ser distinto.*

D) *Si la naturaleza humana hubiese cambiado con el paso del tiempo, necesariamente la especie humana habría evolucionado a otra especie. No estaríamos ante la historicidad del hombre, sino ante la evolución de las especies, tal y como lo han propuesto las teorías evolucionistas o transhumanistas.*

3) *Del círculo a la espiral hermenéutica.*

A) Atentos a las prevenciones de la historicidad del derecho, la doctrina de la *espiral hermenéutica*, en el fondo resulta correcta porque lleva a un estadio más coherente a la concreción de los derechos fundamentales, que la idea de un círculo.

B) Las mismas limitaciones del conocimiento humano van evolucionando para llegar a la *perfección de la persona*; y no quedarse atascados en ideas, conceptos o dogmas que no proporcionan las condiciones en las que esa comprensión se desarrolla en todo su esplendor.

C) La espiral hermenéutica, expresa de manera muy ejemplificativa, el proceso que brillantemente encontró Winfried Hassemer: no se trata de un “círculo hermenéutico”, sino de una “espiral hermenéutica”.

D) Dicha transformación no es un mero juego de palabras; la reformulación de la expresión que designa el proceso de la comprensión de realidades complejas del derecho, revela la verdadera estructura de la hermenéutica, cuya relación con la moral constituye su modo natural de ser, una coexistencia.

E) La espiral conduce a un plano “superior” en la cual se puede advertir de manera específica las condiciones de posibilidad para analizar nuevos casos a la luz de situaciones cambiantes y problemáticas, cuestionando la práctica del estado de cosas imperante en el que se origina el círculo de la comprensión.

4) *Los pasos de la espiral hermenéutica: de la singularidad a la dignidad humana.* Por lo que respecta a nuestra *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, la espiral hermenéutica queda conformada desde un sentido más general. Partimos de presupuestos más esenciales, en el proceso argumentativo del caso hasta su solución transformadora.

1. *La singularidad del caso.*

A) Para estar en sintonía con la física cuántica y demás *ciencias posmodernas complejas*, hacemos referencia a la *singularidad* que se genera en un agujero negro espacial como una metáfora en el campo del derecho; la cual se origina de una curvatura *espacio-temporal*, ante la fuerza de gravedad de una estrella cuando se colapsa en su propio centro gravitatorio.

B) A la luz de la física cuántica que postula la idea de la singularidad en el nacimiento de un agujero negro, podemos aplicar de manera metafórica o alegóricamente, con lo que sucede en la interpretación de las normas de derecho fundamental, que contienen principios de valor de carácter moral.

C) La valoración moral en el contexto antes explicado, se rige bajo los principios del razonamiento práctico, que escapan de la especulación teórica de las ciencias duras como la física, en las que imperan las exactitudes de las reglas científicas.

D) El operador jurídico debe resolver el problema complejo, situado en un *horizonte de sucesos relevantes*, para emitir una decisión inédita de forma circunstanciada aplicando la justicia y la equidad, en suma *el derecho*; sin que previamente tenga la única respuesta correcta a través de un método de interpretación o de una jerarquía normativa *a priori* entre derechos fundamentales.

2. *Derecho positivo: reglas.*

A) El operador jurídico, debe reconocer el material normativo dentro del bloque de constitucionalidad-convencionalidad; definir cuál es la protección jurídica que brinda la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, así como las jurisprudencias nacionales e internacionales, relativas al o a los derechos humanos implicados, para conocer sus delimitaciones y restricciones.

B) En suma, determinar cuál es el derecho positivo vigente que aplica en ese lugar y momento determinados a la luz de la singularidad del caso, estableciendo cuál es el bloque normativo aplicable (Constitución-tratados y la jurisprudencia nacional e internacional);

3. *Derecho natural: principios.* Al igual que el círculo hermenéutico, en la espiral hermenéutica, el caso constitucional pasa sobre el test de los principios de justicia y de moralidad: el derecho natural, o en su caso, el derecho de gentes. En dicho proceso aplicativo en la espiral hermenéutica es necesario tomar en consideración la historicidad del derecho antes explicada.

4. *Subsunción-ponderación: concreción.*

A) La hermenéutica, no busca desechar el método deductivo o subsuntivo para resolver los casos, sino todo lo contrario. Apoyada en la analogía, la hermenéutica pretende darle un sentido menos formalista a la subsunción, para lograr su debido alcance en la complementación con los demás métodos de interpretación.

B) Kaufmann nos advierte con profunda visión hermenéutica, que el modelo antiguo de la subsunción se critica, no porque se haya vuelto obsoleto, pues dicho método no se ha agotado en lo más mínimo cuando se interpreta la ley, sino por el contrario.

C) Los métodos clásicos de interpretación en ese sentido, serán una fórmula *prima facie* que el operador jurídico tendrá que implementar como una primera aproximación al fenómeno jurídico, pero sin renunciar a dichos métodos.

D) El *principio de concordancia práctica* de Konrad Hesse, en esta etapa será decisivo para advertir de una ponderación no conflictivista; la solución más adecuada al caso, sin que dicha ponderación signifique sacrificar un derecho a costa de otro.

5. *Dignidad humana.* Finalmente y después de los procesos argumentativos anteriores, el operador jurídico, siempre se preguntará sobre la interpretación más favorable a la persona humana y menos restrictiva de sus derechos humanos que de manera injustificada afecta a la persona; pudiendo armonizar distintas herramientas hermenéuticas (como las analizadas: ponderación, proporcionalidad, concreción, contenido esencial, analogía), principios o directivas de interpretación (pro persona e interpretación conforme) para efecto de lograr el respeto y protección de la persona y su dignidad.

Para apreciar el paradigma de la espiral hermenéutica de los derechos humanos, formulamos el siguiente diagrama.

La espiral hermenéutica en la interpretación jurídica



5) *La metáfora de la espiral y la evolución de los derechos.*

A) Después de haber apreciado *prima facie*, el círculo hermenéutico, y en su caso no lograr sortear la presunción de su inconstitucionalidad-inconvencionalidad, la espiral hermenéutica en su *vorágine interpretativa-argumentativa-concrecional*, elevará hacia escalones más altos de protección de la persona en pleno respeto de su dignidad.

B) Esto es, *no hay una hermenéutica más correcta que aquella en la que se pregunta por el sentido más favorable a la persona.*

6. La aplicación del círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica: el *Caso Radilla Pacheco* y su cumplimiento en el expediente *Varios 912/2010*

A) Para efecto de ejemplificar, la aplicación del círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica, analizar el expediente *Varios 912/2010* emitido por la SCJN, en la cual se dió cumplimiento a la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*, emitido por la Corte IDH.

B) De manera específica, analizamos a la luz del círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica, cómo la SCJN realizó dos tipos de interpretaciones para homologar el derecho interno al bloque de constitucionalidad; en este caso la Constitución mexicana y la CADH:

1. *Interpretación conforme en sentido estricto*, en el que se optó por aquella interpretación jurídicamente válida, atendiendo a su presunción de “convencionalidad”, del artículo 13 de la Constitución en relación con los artículos 2º y 8.1 de la CADH (interpretación conforme dentro del círculo hermenéutico);

2. *Inaplicación de la ley*, considerando que no existían posibilidades interpretativas compatibles del artículo 57, fracción II, del CJM con el artículo 13 constitucional, interpretado de conformidad con los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que establecen entre otras prerrogativas, el derecho a comparecer ante juez competente (inaplicación por quebrarse la presunción de constitucionalidad-

convencionalidad y precisar de un nivel más alto de protección bajo la espiral hermenéutica).

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL DERECHO COMO SISTEMA DE PRINCIPIOS

SUMARIO: 1. Los paradigmas, la tradición jurídica y los principios: 1) Los paradigmas de la ciencia en el derecho de principios. 2) La tradición jurídica de occidente: el derecho romano, el ordenamiento jurídico medieval y el Estado constitucional de derecho: A) El derecho romano. B) El ordenamiento jurídico medieval. C) El paradigma del Estado constitucional. 2. Los principios y su ponderación: 1) Los principios jurídicos. 2) La ponderación de principios. 3. La distinción lógica y material de los principios y las reglas. 4. ¿El principialismo es iusnaturalismo? 5. Los principios como bienes humanos básicos reconocidos en la norma de derecho fundamental: John Finnis: 1) La vida. 2) El conocimiento. 3) El juego. 4) La experiencia estética. 5) La amistad. 6) La razonabilidad práctica. 7) La religión. 6. El conocimiento y la singularidad del acto moral: 1) Intencionalidad y objetividad de los bienes humanos básicos. 2) La naturaleza constitutiva del acto moral como verdades de razón práctica. 7. La ausencia de jerarquía formal en los bienes humanos y la coincidencia de John Finnis con el pensamiento filosófico de Hans-Georg Gadamer: 1) Ausencia de jerarquía entre bienes humanos y coincidencias entre Finnis y Gadamer. 2) La complementación de la hermenéutica iusfilosófica con el iusnaturalismo hermenéutico. 8. El *iusnaturalismo hermenéutico* de John Finnis. 9. Gadamer y Finnis ante la encrucijada del derecho posmoderno

Distintos autores de la doctrina jurídica contemporánea como Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza, Carlos S. Nino y Rodolfo L. Vigo han dilucidado ese *cambio de paradigma en la transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, con la finalidad de configurar un esquema *hermenéutico-filosófico* de fundamentación moral, principalmente de las resoluciones judiciales, en las cuales se sostiene más en el razonamiento práctico de los principios que en el formalismo de las reglas del positivismo jurídico.

Resulta muy representativo para nuestro estudio el ejemplo de Dworkin de la interpretación literaria como modelo que inspira el método de análisis legal. Para ello, formula una metáfora que en palabras de Rodolfo Vigo, sería una especie de drama en la cual el jurista se asemeja a un *novelista encadenado*: el jurista y sobre todo los jueces, se encuentran obligados a continuar una interpretación de lo que otros jueces han dicho en relación con un caso; con el compromiso hasta de “mentir” frente a aquellas respuestas erróneas o incoherentes que se han dado en el pasado y que desnaturalizan el verdadero sentido del derecho.

Schulz, desde el derecho romano, nos ha señalado de forma muy visionaria para el Estado constitucional de derecho, la manera en que los principios jurídicos son y siempre han sido, *históricamente relevantes y jurídicamente normativos*.

Por su parte Paolo Grossi revela la singularidad orden jurídico medieval como *un Derecho sin Estado*, que sin vincularse mutuamente en las manifestaciones del poder político, permanece en estrecha alianza con la sociedad civil en toda su complejidad y sin fragmentarse en soberanías, como sucedió en el derecho moderno.

El *paradigma de la Constitución como norma jurídica operativa*, centrado en la interpretación renovada de la Constitución, exige una revisión multidisciplinaria de las normas de todo el ordenamiento jurídico; las normas fundamentales relativas a los derechos se expresan como principios, encierran un contenido material que es necesario concretar a la realidad de los Estados constitucionales; principalmente desde el punto de vista multicultural en el que está inmerso el problema de la delimitación de los derechos cuando se aduce su colisión a través de la ponderación.

La ponderación es un *juicio de valor referenciado en cuanto a la intencionalidad del hermeneuta* que interpreta el derecho, en la concreción del bien humano adscrito en la norma iusfundamental: *la ponderación no es neutral*.

Finalmente estudiamos *los principios como bienes humanos básicos reconocidos en la norma de derecho fundamental, con fundamento en la doctrina neiusnaturalista de John Finnis*.

Desde la perspectiva de los principios jurídicos, hemos encontrado un punto de conexión entre Finnis y Gadamer, cuando en *Verdad y Método* alude de manera específica al tipo de derecho natural racionalista, al que nos referimos con nuestra crítica a una interpretación “fiscalista” de la ley natural.

Si bien es cierto que Finnis en ningún momento cita expresamente a Gadamer, introduce distintos conceptos en *Ley natural y derechos naturales*, muy similares a bagaje conceptual de *Verdad y Método*. Dichas conexiones contribuyen a controvertir el modelo epistemológico que ha dado lugar a una interpretación falseada de la ley positiva y de la ley natural, advirtiendo una sinergia positiva y una combinación complementaria de la hermenéutica iusfilosófica con el nuevo derecho natural.

1. LOS PARADIGMAS, LA TRADICIÓN JURÍDICA Y LOS PRINCIPIOS

1) Los paradigmas de la ciencia en el derecho de principios

Como ya lo hemos señalado en otro lugar⁹³⁸, el término paradigma se origina en la palabra griega παράδειγμα (parádeigma) que a su vez se divide en dos vocablos “pará” (junto) y “déigma” (modelo), en general, etimológicamente significa “modelo” o “ejemplo”. A su vez tiene las mismas raíces que “demostrar”. De su significado etimológico, un paradigma es un modelo o patrón en cualquier disciplina científica u otro contexto epistemológico que guía las prácticas o conductas de una ciencia determinada. Para Thomas Kuhn, constituyen las “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica.”⁹³⁹

Posteriormente aclara que dicho término se puede entender principalmente en dos sentidos distintos. “Por una parte, significa toda la constelación de creencias, valores, técnicas, etc., que comparten los miembros de una comunidad dada.”⁹⁴⁰ Por otra parte “denota una especie de elemento de tal constelación, las concretas soluciones de problemas que, empleadas como modelos o ejemplos, pueden remplazar reglas explícitas como base de la solución de los restantes problemas de la ciencia normal.”⁹⁴¹

En ese sentido el concepto paradigma se bifurca tanto en un significado de carácter regular o *estático* en el sentido de dotar de soluciones apegadas a la forma en la que la mayoría de los científicos resuelven los problemas. En otras palabras, constituyen las reglas ordinarias que proporcionan soluciones apegadas a la forma en la que la práctica de la ciencia normal resuelve los problemas.

Por otro lado, un significado de carácter variable o *dinámico*, como ideal regulativo que se asemeja más al carácter innovador de la ciencia cuando en la aplicación de dichos principios ordinarios no hay una explicación satisfactoria que resuelva una problemática, lo cual implica la construcción de un nuevo principio que colme las interrogantes que planteaba el caso paradigmático, al que no era posible la aplicación de las reglas ordinarias para solucionarlo.

El término paradigma desde un aspecto dinámico, constituye todas esas guías, modelos y estándares que encuentran solución a los problemas irresueltos por las reglas ordinarias y que influyen en la formación de nue-

⁹³⁸ Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant Lo Blanch, México, 2013, pp. 196-200.

⁹³⁹ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 3ª ed., 1ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 149 y ss.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, p. 269.

⁹⁴¹ *Idem*.

vos principios que satisfacen las expectativas profesionales de la comunidad científica.

Bajo esas ideas revolucionarias en el campo de la ciencia, Thomas Kuhn intentaba darle a la comunidad científica de su época, un panorama más flexible y simplificado de los postulados bajo los cuales se sustentaba el desarrollo científico, al considerar que los descubrimientos que eran explicados a través de un nuevo paradigma, venía a sustituir al antiguo como un cambio *deconstructivo*, es decir *destructivo-constructivo*.

En ese sentido se dotaba al conocimiento adquirido a través de la “ciencia normal”⁹⁴² una carácter acumulativo, al considerar a ese conocimiento, como un punto de partida a la luz del cual se dilucidaban los descubrimientos para la solución de problemas, y por otra parte auspiciaba la creación de nuevos paradigmas a través de los cuales reflejaban que el conocimiento adquirido no era suficiente para resolverlos.⁹⁴³

Consecuentemente cuando se presenta un problema que debería resolverse por medio de reglas y procedimientos conocidos -a través de la ciencia normal-; al no obtener una solución satisfactoria de manera natural, se presenta una oposición y resistencia a los esfuerzos reiterados de los miembros más capaces de la comunidad científica, lo que revelaba la frustración para solventarlos a través de los antiguos paradigmas.

Es a partir de entonces cuando la comunidad científica se percata de la existencia de una *anomalía*, que a pesar de los esfuerzos repetidos no responden a las esperanzas profesionales.⁹⁴⁴ En esas y en otras formas, la ciencia normal se extravía repetidamente, -y por ende, ya no puede pasar por alto las anomalías que subvierten la tradición existente de prácticas científicas- para lo cual se ve forzada a iniciar las *investigaciones extraordinarias* que conducen por fin a los expertos a un nuevo conjunto de compromisos, una nueva base para la práctica de la ciencia.⁹⁴⁵

Thomas Kuhn llama a esos esfuerzos que representan los episodios extraordinarios en que tienen lugar esos cambios de compromisos profesionales, *las revoluciones científicas*, cuyos complementos rompen la tradición a la que está ligada la actividad de la ciencia normal.⁹⁴⁶

En el Epílogo (1969) a la *Estructura de las Revoluciones Científicas*, Kuhn reconoce que con posterioridad a su trabajo inicial de 1962, el término *paradigma* generó confusiones y malas interpretaciones. La forma

⁹⁴² En términos kuhnianos, la ciencia normal constituye aquella “investigación basada firmemente en uno o más logros científicos pasados, logros que una comunidad científica particular reconoce durante algún tiempo como el fundamento de su práctica ulterior”. *Ibidem*, p. 70. En suma, la ciencia normal se basa en los principios que se constituyen a través las experiencias actuales, cuyas soluciones son satisfactorias para los problemas surgidos de dichas experiencias.

⁹⁴³ *Ibidem*, pp. 186 y ss.

⁹⁴⁴ *Ibidem*, p. 63.

⁹⁴⁵ *Idem*.

⁹⁴⁶ *Idem*.

inapropiada con la que se usaba el concepto por parte de los científicos de la época, desató no pocos debates en los distintos ámbitos del saber. Los propios científicos dirían que lo que comparten es una teoría o un conjunto de teorías, sin tomar en cuenta que el concepto “teoría” connota una estructura de naturaleza y alcance mucho más limitados de lo Kuhn pretendía referir con el término *paradigma*.⁹⁴⁷

Para evitar confusiones y como explicación de las finalidades por las que se introdujo el referido término a la jerga científica, en la que más adelante se desbordaría a todos los ámbitos del conocimiento, sugirió el concepto de “matriz disciplinar”; “disciplinar” porque alude a la posesión común por parte de los que practican una disciplina concreta, y “matriz” porque se compone de elementos ordenados de varios tipos, cada uno de los cuales precisa una especificación ulterior. Todos o la mayoría de los objetos del compromiso de grupo que en la *Estructura* consideraba como paradigmas, partes de paradigmas o paradigmáticos, todos ellos son constituyentes de la matriz disciplinar y en cuanto tales forman un todo y funcionan juntos.⁹⁴⁸

La idea de matriz disciplinar adquiere una nueva connotación de unidad en las ciencias, en las que su tratamiento no se puede desarrollar como si fuera una pieza, sino la realización de sus resultados. La matriz disciplinar se evalúan según sus principales componentes, a través de los cuales Kuhn buscaría no sólo clarificar la naturaleza de su posición, sino que a la vez también preparar el camino de los desarrollos posteriores.

El componente principal de esa matriz, consiste en las *generalizaciones simbólicas* que se asigna a un tipo importante de componentes, poniendo la mira en esas expresiones que los miembros de un grupo despliegan sin contestación o disenso y que se pueden poner fácilmente en una forma lógica. Son los componentes formales o fácilmente formalizables de la matriz disciplinar, expresiones como “los elementos se combinan en proporciones de peso constantes” o “la acción es igual a la reacción”. Si no fuese por la aceptación general de expresiones de este tipo, no existirían los puntos de anclaje en los que los miembros del grupo fijan las poderosas técnicas de manipulación lógica y matemática en su empresa de resolución de rompecabezas.⁹⁴⁹

Albert Einstein es el mejor ejemplo de lo que en la práctica constituye el *cambio de paradigma*, cuando se propuso encontrar soluciones a los problemas más complicados e incluso irresolubles que planteaba la ciencia de su tiempo. La forma de pensar de Einstein fue de tal manera diferente a la de los científicos de su época, constituyó un estilo de pensamiento que

⁹⁴⁷ *Ibidem*, p. 301 y ss.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, p. 313.

⁹⁴⁹ *Ibidem*, p. 313.

se salía de las reglas más comunes y elementales de la física, como el paradigma existente de Isaac Newton: “el tiempo es absoluto”.⁹⁵⁰

Después de que Einstein vulneró tal regla con unas breves ecuaciones matemáticas, demostró que el tiempo podía correr más rápido para *un* objeto que para *otro*, pues *ese tiempo* transcurre de manera relativa para *ese objeto*, y por tanto puede ser variable, cuando *estos* se mueven a velocidades diferentes, a partir de lo cual formula la teoría de la relatividad.⁹⁵¹ Con dicho razonamiento Einstein dio paso a las investigaciones extraordinarias que subvirtieron el antiguo paradigma, con la finalidad resolver problemáticas de muy diversa índole a los que se planteaban los paradigmas ordinarios: el nuevo paradigma del principio de la relatividad.

En ese orden de ideas, el concepto de paradigma científico, se aplica en el campo del derecho como ciencia, de una manera muy semejante al proceso de formación de la nueva concepción operativa de la Constitución. La formulación de la teoría de los principios en el derecho le ha dado una nueva forma y extensión flexible al ordenamiento fundamental del Estado, lo que viene a dar a luz al llamado *neoconstitucionalismo*. Para encontrar un significado del *cambio de paradigma* en el campo del derecho, basta aludir al nacimiento de una disciplina jurídica que ocasiona siempre problemas de diverso orden, en especial de carácter teórico en la formulación de la dogmática jurídica que le da estructura científica.

En el capítulo que nos ocupa, desentrañamos el significado de los principios que orientan la implementación del *paradigma de la Constitución como norma jurídica operativa*; desde un aspecto teórico la doctrina del *neoconstitucionalismo*⁹⁵² se ha encargado de fijar los principales elementos que orientan dicha práctica constitucional. Distintos autores de la doctrina jurídica contemporánea como Ronald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo

⁹⁵⁰ THORPE, Scott, *Cómo pensar como Einstein. Manera sencilla de resolver problemas imposibles*, Norma, Bogotá, 2009, p. 9 y ss.

⁹⁵¹ Scott Thorpe desarticula de una manera magistral la fórmula que en principio, dice, parece indescifrable, sin embargo uno no necesita ser capaz de realizar ni siquiera operaciones matemáticas sencillas para aplicar el pensamiento de Einstein. *Ibidem*, p. 263.

⁹⁵² Miguel Carbonell ha sido sin lugar a dudas, el más importante doctrinista en la conformación del neoconstitucionalismo en el ámbito latinoamericano y español, al acumular en su haber como editor y coautor de la obra, a tres colecciones de ensayos que dan cuenta de tan actual tendencia. CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.) *El canon neoconstitucional*, *op. cit.* (existe una versión de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010); CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, *Ensayos escogidos*, *op. cit.* y CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.* Para una visión actual del paradigma constitucional y sus variantes como el neoconstitucionalismo sustancial y procedimental, Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, *op. cit.*, pp. 195-398. Sin embargo, no dejamos de tomar las debidas prevenciones en relación con el origen “analítico” del neoconstitucionalismo; pues lo consideramos el “hijo legítimo” del positivismo jurídico por sus creadores: *la escuela del realismo jurídico genovesa*. *Supra* “1) La crítica al neoconstitucionalismo”

Zagrebelsky, han dilucidado la transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional, con la finalidad de configurar un esquema *hermenéutico-filosófico* de fundamentación moral, principalmente de las resoluciones judiciales, centradas más en el razonamiento práctico que en el formalismo de las reglas que ha establecido el positivismo jurídico.

Sin embargo, la senda del derecho de principios no termina en un punto de intersección de forma mecánica o causalista, sino en directivas de interpretación que orientan al juzgador a tomar una decisión adecuada para ese caso concreto; pudiendo advertir en el camino una serie de decisiones correctas en las que prevalece la razonabilidad y la justificación de la decisión en argumentos de plausibilidad, más no así en deducciones con pretensión de exactitud y rigidez formal.

El descubrimiento de paradigmas en el derecho es sin duda una actividad hermenéutica: pues para interpretar las normas de derecho fundamental, es preciso razonar desde muchas perspectivas que hablan de las buenas razones en las que se sustenta un argumento para decidir en determinado sentido. Para ello, resulta imprescindible la formulación creativa de nuevos conceptos, parámetros y directrices, que dinamicen la búsqueda de respuestas adecuadas para los problemas irresolubles que el derecho positivista no ha podido resolver. Dentro de la teoría constitucional, es fundamental para la hermenéutica la idea de paradigma, pues de la mano de la filosofía de la ciencia, ha constituido modelos epistemológicos de carácter flexible, para resolver los problemas más complejos en el terreno de los derechos fundamentales.

El concepto de paradigma se traslada al campo del derecho, para interpretar normas que apelan a la razón práctica, pues la concepción principialista de las normas jurídicas obtienen sus soluciones a través de la valoración moral de las disposiciones constitucionales, sin que sea plausible resolver dichos problemas, únicamente con los antiguos métodos de interpretación (literal, gramatical, histórico y sistemático) o de solución de conflictos entre normas (jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia). Es decir, el derecho principialista del Estado constitucional de derecho, así como el método de la ponderación, han representado para los operadores jurídicos, la impostergable tarea de traducir los contenidos de valor en la interpretación real y concreta de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales: los bienes humanos.

Bajo la lógica de los principios, es necesario referir de manera breve a la evolución de la tradición jurídica de occidente, principalmente en el derecho romano, el ordenamiento jurídico medieval y finalmente el Estado constitucional de derecho. Ello con la finalidad de advertir la forma en la cual se entendió el paradigma de los principios, como cualidades deónticas del derecho, a través de las cuales los juristas resolvían los problemas más complejos de la vida cotidiana desde una perspectiva de equidad y de moralidad; considerando que los axiomas de la ley no contienen todo el derecho y menos aún, la solución real y concreta que apele a la justicia en los

casos particulares que se le presentaban a los operadores jurídicos, sobre todo a los que tenían la importante responsabilidad de juzgar.

2) La tradición jurídica de occidente: el derecho romano, el ordenamiento jurídico medieval y el Estado constitucional de derecho

A) El derecho romano

Fritz Schulz en sus *Principios del derecho romano* comienza por hacer una importante aclaración. Los principios del derecho romano no exponen las normas elementales y generales del derecho romano positivo en su carácter de “rasgos del derecho romano”, en tanto conjunto de normas que señalan los supuestos jurídicos de hecho. Su propuesta reconocen más bien las ideas fundamentales, en materia de derecho y justicia, de aquellos romanos que se ocupaban de la producción del derecho: de estas ideas han derivado las reglas del derecho romano privado, y son los verdaderos *principia*, los verdaderos “veneros” del derecho romano.⁹⁵³

Estos principios no están expresados de tal forma en la que se puedan leer cómodamente en los textos de las fuentes, porque, en general, no era costumbre del romano la introspección ni la exposición de principios; se puede decir con certeza que de muchos de esos principios no fueron concebidos como tales de forma consciente. Sin embargo, los juristas romanos se basaron en los principios como un resultado de su trabajo, de forma necesaria, al inferirse de los hechos singulares de la historia jurídica.⁹⁵⁴

Muchos aspectos del ordenamiento jurídico romano y de su historia son y continúan siendo necesariamente problemáticos por el estado fragmentario e interpolado de nuestros textos históricos; para el reconocimiento de las ideas fundamentales y de la manera de pensar de sus creadores, las fuentes transcurren abundantes y limpias. En comparación con los hechos singulares de la historia del derecho, los principios del derecho romano se presentan como una constante; pero, naturalmente, siguen también una evolución muy peculiar y también tienen una historia. Esta evolución se reconstruye en el estudio de la lucha que se lleva a cabo alrededor de cada principio, del modo en que éste combate en lo individual por su reconocimiento, se entrecruza con otros principios o es rechazado por ellos, o, sin más, se desvanece hasta perder su fuerza creadora.⁹⁵⁵

Schulz anticipa de forma muy visionaria para el Estado constitucional de derecho, la forma de concebir los principios desde la época romana. Los principios jurídicos son y siempre han sido, *históricamente relevantes y ju-*

⁹⁵³ SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, 2ª ed., trad. Manuel Abellán Velasco, Civitas, Madrid, 2000, p. 23.

⁹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 23-24.

⁹⁵⁵ *Ibidem*, p. 24.

rídicamente normativos. Su evolución ha quedado marcada por el reconocimiento de su fuerza constitutiva y resolutoria de los conflictos entre principios, más como una *ponderación originaria* en las ideas fundamentales del derecho y la justicia, que como *interpretación de textos legales específicos* en el que las fuentes romanas pudieran sistematizarlos.⁹⁵⁶ Es decir, la distinción entre reglas y principios, ya está implícita en la evolución de los principios del derecho romano, al que Schulz enarbola como los grandes veneros del derecho en los orígenes de la tradición jurídica de occidente.

Juan Iglesias narra lo que la historia del derecho romano nos brinda, a través de la *aequitas*: una forma de razonamiento que de manera natural e histórica explica el influjo de la lucha por el orden y la regularidad. La pasión del romano por el derecho; el abundamiento jurídico, la escasez legislativa y la sencillez de las soluciones, atienden al alto significado de los vínculos extrajurídicos, a ese derecho de la fuerza y virtualidad de una *iurisprudencia* siempre atenta a la exacta misión de arrancar a la *natura* los contenidos de la verdad moral que convienen a lo que es bueno y justo, *bonum et aequum*.⁹⁵⁷

Tal es el caso del viejo *ius civile* que descansa en preceptos de una moralidad hecha tradición. La costumbre da vida al primitivo ordenamiento en la *interpretatio* jurisprudencial, que desenvuelve y adapta el derecho a las nuevas exigencias. En ese orden de ideas, la terminología romana no distingue entre los contenidos de moral tradicionales y la costumbre, dualidad que dota al ordenamiento jurídico de un parámetro flexible, así como de una función correctora o subsidiaria.⁹⁵⁸ Iglesias identifica como elementos de los principios del derecho romano una nómina muy esclarecedora del sentido que los nutre y les da forma jurídica.

I. Aptitud primordial del hombre es la de saber a qué atenerse en cada hora, en cada instante. La capacidad razonadora, volcada sobre lo real, sobre lo natural y circunstante, ayuda a saber *sin el recurso de tecniquerías intelectivas extrañas de lo que se ofrece a flor de tierra*. El romano mete a presión su juicio para captar la esencia de lo vital, con todas sus variantes y alternativas. Su juicio, basado en obrar con prudencia *-iudicium adhibere-*, y no ya el prejuicio, el pronóstico alimentado por ideaciones más o menos atrevidas o aventuradas. El romano no especula, no mira desde atalaya. Su razonar se produce aquí abajo. Actúa a ras del suelo, tratando de arrancar a la *natura* su ser vivo y bullente. Todo menos forzar a la realidad para que hable un lenguaje que no es el suyo. Todo menos someterla a los caprichosos y tornadizos juegos de la imaginación. Un romano antepone a lo que opina lo que siente, lo que es predicado de su sensibilidad. Nada importa tanto como el ser *-ontos-* de las cosas. II. La historia –continua– del *ius* habla de una batalla por el logro del *aequum*. Del *aequum* acostado al *bonum*. Pues *ius* es eso: “*ars boni et aequi*”, arte de lo bueno y de lo justo. La *aequitas*, impregnada de sentido moral-social, domina el entero territorio –no rigidamente acotado– del *ius*. Lo humano humanizado, civilizado, cul-

⁹⁵⁶ *Idem*.

⁹⁵⁷ IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, Historia e instituciones*, 11^a ed., Ariel, Barcelona, 1993, pp. 40 y 41.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

tivado, [...] triunfa por obra de unas virtudes o valores que actúan sobre el *ius* desde su propia entraña, en su misma encarnadura, o desde fuera, como clima ambiente preñado de moralidad. O lo que es lo mismo dentro del *ordo* o fuera de él, *extra ordinem*. El Derecho, según lo entienden los romanos, quienes su basamento en unos *principia*. Tales *principia*, enraizados, a su vez, en un mundo de creencias, sentimientos, impulsos, necesidades políticas, económicas y de otra varia suerte, no se vierten del todo, con precisiones contables o mensurables, en lo jurídico positivo. Sin embargo, en todos es la vida colectiva actúan, difusa e impalpablemente, cual complementos que aseguran la razón de ser, la vitalidad, la validez misma del derecho. En vía de síntesis, y aún a riesgo de repetir cosas ya dichas, como rasgos del derecho romano pueden señalarse los siguientes: [...] c) La concreción, lo contrario a la *abs-tracción*, el prestar atención debida a cada caso real, y no ya imaginado. d) La simplicidad, reflejada en la economía de las instituciones, esto es, en la no proliferación de figuras dentro de cada campo del derecho privado. Una figura puede servir a varios fines, como ocurre, por ejemplo con la *sponsio*. [...] g) La potenciación de los hoy llamados “derechos subjetivos”, trocados en verdaderos “poderes”, como se pone de manifiesto en el *dominium*, en la *obligatio*, en la *patria potestas*, en la más antigua herencia. [...] i) La persecución del *bonum et aequum* a lo largo de toda la andadura, y por quehacer comunal y por habilidosa actuación de los juristas y de los pretores. Y siempre sin olvido del ya dicho espoleo ejercido por fuerzas extra jurídicas o meta jurídicas, que actúan de vario modo sobre lo reglado o estatuido.⁹⁵⁹

En el procedimiento civil romano, en cuanto al ejercicio y protección de los derechos y en lo particular en la época del procedimiento formulario, existió la *Lex Aebutia* y la *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Tales ordenamientos dieron término al sistema de las *legis actiones*, introduciendo en el procedimiento civil romano la práctica de las *fórmulas*, esto es, breves escritos presentados por las partes -asesoradas previamente por los juristas cuando así era necesario-, donde se patentiza la naturaleza del derecho litigioso. Las fórmulas dictadas a manera de guías o instrucciones que el magistrado traspasa al juez, para que le sirvan de norma orientadora en la decisión final de la sentencia. El procedimiento formulario tiene su origen en el *ius honorarium* y en el *ius gentium*. Los procesos entre extranjeros, con intervención del *pretor peregrino*, se sustanciaba sobre la base de una fórmula escrita, fácilmente adaptable a las particulares circunstancias del caso, dentro de los variadas e indeterminadas situaciones que pudieran presentarse, esto es, fuera de la rigurosa predeterminación que era propia de las fórmulas verbales.⁹⁶⁰

Fue el pretor el que impuso un nuevo sello a la evolución jurídica procesal, que a raíz de las exigencias del comercio universal, incorporó en el derecho por él activado, la nueva práctica de enjuiciar, consonante con principios del derecho de gentes y que acabó por convertirse en derecho civil. El nuevo procedimiento formulario impuso de manera sumaria un sistema de enjuiciamiento que se mantuvo dentro de los moldes civilísticos,

⁹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 180 y 181.

sustituyendo la *fórmula verbal* por la *fórmula escrita* con un alcance y significación más flexible.⁹⁶¹

Resulta muy actual -a la luz del modelo principialista de derecho que propone el neoconstitucionalismo-, lo que Juan Iglesias nos muestra respecto de lo que las ideas romanas dicen de la relación de la moral con el derecho, y su derivación en la equidad y los principios jurídicos que se aplican a los casos particulares. Dichos temas, a la vez tan antiguos y tan actuales, pudieran identificarse con una auténtica agenda neoconstitucionalista, al considerar que los romanos buscaban la universalización de su derecho, como un *paradigma metajurídico* aplicable a todos los territorios a los que se extendía el imperio.

B) El ordenamiento jurídico medieval

Después de la caída del Imperio Romano de occidente, da inicio la etapa medieval, que implicó la dispersión política de Europa, y con ello un desmembramiento jurídico que originó una desarticulación e inseguridad jurídica en la existencia de una constitución, para consolidarse el sistema feudal como una forma de organización política y social.⁹⁶²

En ese sentido el historiador Maurizio Fioravanti distingue lo que en la antigüedad clásica se entendió por “constitución”, esto es, un gran proyecto de conciliación social y política, nunca impuesto por los vencedores, nutrido casi siempre del mito de la constitución de los padres y que enseña que en una comunidad política tiene una forma ordenada y duradera que debe estar dominada unilateralmente por un principio político absolutamente preferente.⁹⁶³

Posteriormente, los medievales asumieron como *constitucional*, al conjunto de leyes fundamentales que impiden la existencia de un poder omnicompreensivo totalizador precisamente para evitar que el *ordo iuris* preexistente se hubiera violentado. Es la idea del Medievo teocrático, dominado por la presencia rectora, en sentido universalista, del imperio y de la Iglesia, dentro del cual las únicas autoridades políticas legítimas son aquellas directa o indirectamente vicarios de Dios; una época en la que todo el po-

⁹⁶¹ *Idem.*

⁹⁶² Marcos del Rosario nos da una visión histórica muy completa del concepto de constitución y su máxima de vinculación jerárquica, a través del principio de supremacía constitucional. La supremacía constitucional, constituye un concepto esencial para entender el paradigma neoconstitucional del principialismo, como característica que dota a la Constitución con máximo rango y fuerza jurídica vinculante de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, “Análisis sobre los diversos modos de conceptualización de la supremacía constitucional: Desde la antigüedad hasta nuestros días”, en ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del (coord.) *Supremacía constitucional*, *op. cit.*, p. 76.

⁹⁶³ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, *op. cit.*, pp. 30-31.

der descendiente de lo alto, a través de una cadena jerárquicamente ordenada.⁹⁶⁴

En una primera etapa de la Edad Media, el vacío dejado por la estructura estatal romana fue cubierto por la Iglesia Católica, de forma tan auténtica que asumió las funciones de gobierno y administración de las diferentes comunidades distribuidas por el territorio que perteneció al imperio. De forma paulatina, los reyes bárbaros que se convirtieron al cristianismo, concentraron hacia sí mismos, un doble papel: 1) el primero, de carácter político, al fungir como monarcas, es decir, estar a cargo del gobierno de un espacio territorial determinado; y 2) segundo, en el ámbito espiritual, pues éstos determinaban y dirigían a su pueblo como cabezas de la Iglesia, en coadyuvancia, coordinación, y en algunos casos en contraposición con los criterios del Papa.⁹⁶⁵

Por otra parte, la estructura imperial de Carlo Magno fue una forma de organización contrapuesta al sistema feudal, ya que el imperio tendió a la universalización de valores -principalmente religiosos- entre los pueblos dominados, siendo su principal objetivo combatir aquellos lugares donde el cristianismo aún no penetraba, para fortalecerlo en los sitios donde se había establecido previamente. Si bien es cierto que no existía una norma fundamental en sentido material en el periodo del imperio de Carlomagno, si existía un conjunto normativo expedido por el emperador, al cual constituía las disposiciones superiores en relación a la organización, administración, religión y otras disposiciones de menor importancia, pero que también emanaban de la función legislativa que poseía el emperador.⁹⁶⁶

La Edad Media se caracterizó por una importancia fundamental en lo que constituyeron los pactos feudales, originados por la inseguridad existente en los siglos VIII y IX, provocó que los vasallos que buscaban la protección y alimentación de los señores feudales -a cambio de diversos servicios y tierras para su explotación-, estos concedían ciertos derechos que fueron evolucionando. De igual forma, tales pactos creaban obligaciones y deberes de tenencia de la tierra; contribuciones, servicios militares y lealtad para con su señor respecto del vasallo que pactaba. Estos pactos evolucionaron y expresaron, cada vez, un mayor número de prerrogativas y obligaciones entre los pactantes además de reconocer derechos adquiridos por servicios prestados en el pasado. Tal fue el caso de Inglaterra, cuando el rey Juan Sin Tierra en 1215, como respuesta de la presión ejercida por los nobles y caballeros de Inglaterra, expidió la *Carta Magna*, en la que se

⁹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

⁹⁶⁵ ROSARIO RODRIGIEZ, Marcos del, "Análisis sobre los diversos modos de conceptualización de la supremacía constitucional desde la antigüedad hasta nuestros días" en ROSARIO RODRIGIEZ, Marcos del (coord.) *Supremacía constitucional*, op. cit., p. 77 y BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 312.

⁹⁶⁶ *Idem*.

les reconocía una serie de derechos que exigían fuesen reconocidos como irreductibles e inalienables.⁹⁶⁷

Jürgen Habermas, al explicar el tránsito del derecho premoderno al derecho legal parte de la tesis de la vinculación del derecho con la moral y la política a través del derecho positivo, con quien no rompen sus relaciones internas no obstante se trate de un ordenamiento definido en un cuerpo legal autónomo.⁹⁶⁸ Para el surgimiento del proceso de creación en Europa desde fines de la edad media hasta las grandes codificaciones del siglo XVIII, el entrelazamiento entre el derecho y la moral, se da de manera natural con el nacimiento del derecho positivo. El derecho consuetudinario queda reorganizado por el derecho romano en los países del *Common Law*, a raíz de la influencia ejercida por juristas de formación académica en el ámbito de una economía capitalista.⁹⁶⁹

La positivización del derecho se puede entender bajo el prisma habermasiano en una estructura trimembre del sistema jurídico medieval, en el cual se habría conformado la cultura jurídica de las viejas civilizaciones.

a) Derecho burocrático

Los encargados de administrar en términos exegéticos -como los especialistas en teología y en derecho-, estructuran un sistema jurídico que se ve protegido y coronado en estas culturas premodernas por un *derecho sacro*. En concordancia con aquellas tradiciones de derecho sacro, la pieza nuclear de ese sistema lo constituye el derecho burocrático, “puesto” por el rey como un operador jurídico (quien es al propio tiempo juez supremo), que a la vez da forma a un derecho consuetudinario proveniente de las tradiciones jurídicas de cada etnia.⁹⁷⁰

b) Derecho canónico

En el Medievo europeo el derecho canónico de la Iglesia Católica significó el mantenimiento ininterrumpido de la elevada técnica jurídica y conceptual del derecho romano clásico, a la vez que el derecho burocrático de los edictos y leyes imperiales, incluso antes del redescubrimiento del *Corpus Justinianum*, que conectaba al menos con la idea de lo que había sido el imperio romano.⁹⁷¹ Este derecho divino o natural no se encuentra a disposición del príncipe, sino que representa más bien el marco legitimador dentro del cual el príncipe, a través de las funciones de administración de

⁹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 78 y 79.

⁹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad vía legalidad?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. y estudio introductorio de Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991.

⁹⁶⁹ *Ibidem*, p. 132.

⁹⁷⁰ *Ibidem*, p. 133.

⁹⁷¹ *Idem*.

justicia y de creación burocrática del derecho, ejercen su dominio profano, que en términos weberianos llamará “doble reino de la dominación tradicional”.⁹⁷²

c) Derecho natural

También en el Medievo se conserva este carácter tradicional del derecho, residiendo su modo de validez del origen divino de un derecho natural entendido en términos cristianos. Sin embargo, la vinculación que permanecía a la comprensión tradicional del derecho común, empieza a experimentar una interesante tensión, que se da entre los dos elementos del derecho provenientes del príncipe. El príncipe -en su calidad de juez supremo- está sometido al derecho sacro, pues es de tal forma que sólo así puede transmitirse la legitimidad de ese derecho al poder profano. Derivado de este respeto e impregnado de *pietas*⁹⁷³, ante un orden jurídico intangible recibe su legitimación el ejercicio del poder político.

El ejercicio del poder burocrático, sólo puede cumplir funciones de orden, manteniendo tradiciones jurídicas sacras en su carácter no instrumental, carácter que lo sitúa por encima del príncipe, y que éste ha de respetar al ejercer funciones de juez. Entre estos dos momentos (orden instrumental y sacralidad no instrumental) se presupone en la regulación por vía judicial de los posibles conflictos, y el de carácter instrumental de un derecho puesto al servicio de un determinado orden político, se da una permanente tensión, la cual permanece oculta hasta en tanto no se ataquen los fundamentos del derecho sacro y consuetudinario que le dio legitimidad.⁹⁷⁴

Derivado de dicha evolución, Habermas traduce el cambio de paradigma en el surgimiento del derecho en las sociedades modernas, en tanto que cada vez pueden cumplirse menos estas dos condiciones (del derecho sacro y consuetudinario), con lo cual puede uno explicarse el nacimiento de la corriente positivista del derecho como una reacción a tales mudanzas. En la medida en que las imágenes religiosas del mundo se desintegran en convicciones últimas de tipo subjetivo y privado, y las tradiciones del derecho consuetudinario quedan absorbidas por un derecho de especialistas, surge el *uso moderno del derecho*, lo cual no hace más que originar la caída de la estructura del derecho medieval antes analizada.⁹⁷⁵

En ese sentido, el derecho se reduce a una sola dimensión y sólo ocupa ya el lugar que hasta entonces había ocupado el derecho burocrático: *la estructura instrumentalizada del derecho sin considerar los contenidos no*

⁹⁷² *Ibidem*, p. 134.

⁹⁷³ *Idem*. Uno de los valores romanos más importantes que implicaba un sentimiento de lealtad y sacrificio, que impulsa al reconocimiento y cumplimiento de todos los deberes para con la divinidad, los padres, los parientes, los hijos, etc.

⁹⁷⁴ *Ibidem*, pp.134 y 135.

⁹⁷⁵ *Idem*.

*instrumentales de los que se nutría a través del derecho natural, mismo que dotaban de contenidos morales, con la peculiar estructura trimembre del derecho premoderno (derecho burocrático, derecho canónico y derecho natural).*⁹⁷⁶

Para un balance muy esclarecedor del orden jurídico medieval, Paolo Grossi lo revela con toda su singularidad en un *universo jurídico provisto de valores peculiarísimos*, separado de lo moderno por una profunda ruptura en la medida que está concebido, sentido, construido con una función y un *espacio absolutamente singulares en relación con lo social*. En ese sentido, el orden jurídico medieval se ve representado como un *Derecho sin Estado*, que sin vincularse mutuamente en las manifestaciones del poder político, permanece en estrecha alianza con la sociedad civil en toda su complejidad y sin fragmentarse en soberanías (como en el derecho moderno), sino con una amplia *koiné* unitaria y articulada autonomía sin fragmentarse. En suma, es un derecho medieval, auténticamente europeo, que porta en sí muchas manifestaciones autónomas pero al que tales autonomías jamás le hacen perder su calidad de *tejido esencialmente supranacional*.⁹⁷⁷

Grossi asume que *la sociedad medieval es jurídica porque se cumple y se salva en el Derecho; porque jurídica es su más profunda constitución y allí está su rostro esencial, su clave última*. De la desordenada sistematización del ordenamiento, contrasta el orden de la secreta pero presente constitución jurídica; un orden que no se deja deteriorar por los episodios grandes y pequeños de las vicisitudes históricas, porque se sitúa más allá del poder político y de quienes lo ejercen, desvinculado de las miserias de la cotidianidad, colocado en el terreno profundo y seguro de las raíces supremas, de los valores.⁹⁷⁸

Para Francisco Tomás y Valiente, una de las tesis centrales del pensamiento de Grossi son los principios que informan al orden jurídico medieval: la unidad y continuidad por debajo de apariencias diversas y grados sucesivos de elaboración técnica. Ese ordenamiento jurídico medieval está influenciado por leyes internas del organismo vivo que es el mundo medieval visto bajo perspectiva jurídica, representada y constituida en una dimensión radical y fundante de la sociedad. Ese *ordo iuris*, que en el terreno de las ideas y de los valores, más que en el de los hechos y poderes, está integrado por elementos inmanentes a la sociedad y por otros de naturaleza trascendente.⁹⁷⁹ Es elemental en el estudio grossiano de la transformación del ordenamiento jurídico, un pasaje de su libro en el que se explica con claridad lo que constituye el *ordo iuris* medieval.

⁹⁷⁶ *Idem*.

⁹⁷⁷ GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, op. cit., p. 14.

⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁹⁷⁹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Prólogo" en *Ibidem*, p. 18.

Un valor inmanente, la naturaleza de las cosas, y un valor trascendente, el dios nomoteta de la tradición canónica, uno en absoluta armonía con el otro, según los dictámenes de la teología cristiana, constituyen un *ordo*, un *ordo iuris*. Un *ordo iuris* que, por tanto, no puede sino ser la medida del Derecho positivo, de los varios Derechos positivos, según grados ascendentes de manifestaciones jurídicas que de las reglas pasajeras y contingentes de la vida cotidiana suben sin cesura, en espontánea y simple continuidad, hasta el nivel supremo del Derecho natural y del derecho divino con toda su riqueza de principios normativos eternos e inmutables en cuanto son la voz de la misma Divinidad.⁹⁸⁰

La experiencia jurídica medieval no se queda en la *interpretatio*, porque el Derecho está más allá. Es una dimensión óptica que se presupone, pero ciertamente se manifiesta como interpretación, como un modo de tomar nota -sea ésta *declaratio*, *additio*, *correctio*, *inovatio*- de cada cosa que hay, que no se crea, sino que sólo se puede declarar, integrar, corregir, renovar. El Derecho común europeo del Medievo, tiene un rostro científico y no legislativo ni monárquico por su implicancia en el ejercicio del poder. Encuentra su realización en la ciencia, precisamente por su continuo devenir y porque esta ciencia era, ni más ni menos, que *interpretatio*; no como exégesis de los textos romanos, sino como reapropiación y reconsideración, bajo la “protección” de dichos textos como un todo en el contexto de un orden jurídico, de un *orden de valores* jurídicos que aflora a la superficie histórica bajo el aspecto de la *aequitas*.⁹⁸¹ En voz de uno de los primeros glossadores nos define la *Aéquitas* en un fragmento teórico de rara expresividad, al que se le pudiera comparar con el concepto de analogía que tratamos en la presente obra.

Puesto que la justicia es la fuente y el origen de la equidad (*aequitas*), veamos en primer lugar qué es la *aequitas*. *Aequitas es la armonía derivada de los hechos conforme a la cual en causas similares se debe aplicar un Derecho similar*. Según lo que acabamos de exponer, el mismo Dios puede ser calificado de equidad. Nadie, en efecto, es equidad sino Dios. Si tal equidad se encuentra en la voluntad del hombre, se llama entonces justicia. Y por otro lado, si esta voluntad se materializa en preceptos, ya sean escritos, ya consuetudinarios, entonces se denomina Derecho.⁹⁸²

La edad media no es un apéndice del mundo romano, ni un paréntesis, que si para algunos ha sido oscuro, un torpe tiempo de oscuridades, es tan sólo porque no han sabido iluminarlo, o porque no han sido capaces de percibirlo con sus propias luces. Para Grossi se trata de un tiempo histórico dotado de su propia tipicidad y de una sólida unidad, a pesar de que en él se perciban dos “momentos”: el de fundación y el de madurez. La discontinuidad entre estas dos etapas no rompe para Grossi la continuidad de las características fundamentales del orden jurídico medieval que es posible percibir como “*un ordine soggiacente*” desde los tiempos de la na-

⁹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 35-36.

⁹⁸¹ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁸² *Ibidem*, p. 180.

ciente experiencia jurídica medieval elaborada en la oficina de la práctica, hasta los siglos XII a XIV cuando se construye lo que solemos denominar el *ius commune* como edificación de una experiencia ya en fase de plena madurez.⁹⁸³

Grossi propone las nociones de ordenamiento jurídico y de experiencia jurídica como ejes sistematizadores de su visión del Derecho medieval; el Derecho participa de la relatividad de todo lo histórico, pues nadie pone en duda la historicidad del Derecho, pero al mismo tiempo el Derecho tiene vocación de sistema, en cuanto a que la traducción de ciertos esquemas organizativos, son en cierto modo una manera de entender los valores vigentes en cada sociedad. Es por ello que pone de relieve la relación estrecha entre historia y sistema, pues el historiador se encuentra ante la necesidad de resolver o de describir la tensión que el Derecho refleja. La experiencia jurídica medieval engloba una multiplicidad de ordenamientos jurídicos, tras la caída del imperio romano.⁹⁸⁴

El vacío político que dejó el “Estado romano” hizo patente la necesidad de ser “llenado” por la fuente social del Derecho. No fue sino hasta la modernidad, que el Derecho vuelva a ser concebido como en Roma, producto del Estado, como *instrumentum regni*, separándolo así de lo social. La experiencia jurídica medieval remite a la ausencia de grandes protagonistas singulares, en especial durante los siglos de la etapa fundacional.⁹⁸⁵

La desaparición de la estructura estatal romana, implicará que el poder político medieval sea incapaz de imponerse como esa voluntad totalizante. Se fracturan los elementos cohesivos del mosaico y la realidad se nos aparece como una increíble muestra de particularismo político, económico y jurídico. El Derecho no es monopolio del poder, “*e voce della societa*”. Pero en ese mundo fragmentado hay una soberanía, una sola soberanía reconocida: la de Dios, que otorga unidad de sentido al universo medieval.⁹⁸⁶ En esta fase de la madurez, y gracias a la ausencia de un sujeto político fuerte, la dimensión jurídica mantiene intacta su libertad de acción, puesto que su vínculo seguro es con lo social. La pluralidad de sujetos con capacidad normativa da lugar al pluralismo jurídico, que, en su proyección territorial, no es otra cosa sino *localismo jurídico*.⁹⁸⁷

C) El paradigma del Estado constitucional

Al abandonar las estructuras y fuentes normativas que daban sustento al derecho premoderno en el orden jurídico medieval, el derecho moderno tendrá que construir -a raíz de las ideas de la ilustración-, nuevos derrote-

⁹⁸³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Prólogo” en *Ibidem*, p. 18.

⁹⁸⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁹⁸⁷ *Ibidem*, p. 24.

ros que legitimen las bases sobre las que se va a construir el Estado de derecho. El paradigma de la racionalidad como fuente inacabable de legitimación, encontrará en la ley, un mecanismo efectivo para imputar la máxima expresión de la soberanía popular. En ese sentido el uso moderno del derecho, utilizará a la ley como la medida y extensión de los derechos, en un sistema cerrado y hermético, liberado de las valoraciones morales que suponían la contaminación del derecho por la política y por el subjetivismo ideológico.

Por tomar un ejemplo paradigmático, es imprescindible señalar que el desarrollo del derecho romano -por mencionar una referencia genética de nuestra familia jurídica-, fue lento y producto de una compleja evolución que sólo se consolidó a lo largo de los siglos. La Edad Media con sus numerosas escuelas, constituyó un laboratorio de todo lo que iba a surgir después, y en el cual se condensó, por así decirlo, a fines del siglo XVIII, y más en concreto en el siglo XIX con la codificación. Esto es, si bien el derecho como conjunto normativo existió desde siempre y sobre todo como una unidad, tendió a especializarse a partir de dicha codificación, lo que explica que estas disciplinas, sobre todo el derecho civil y demás ramas del derecho privado, y luego las del derecho público interno -pues el internacional tiene su propia trayectoria-, hiciesen grandes esfuerzos para constituirse como partes adecuadas de un gran todo.⁹⁸⁸

Harold Berman hace referencia a la tradición jurídica de occidente, marcó una distinción entre las instituciones legales y las de otro tipo como la religión, la política, la moral y la costumbre; se vieron influidas por la fuente primaria de derecho en la autoridad de la ley, pero claramente diferenciada y autónoma para considerarse como un derecho. Fue la administración de tal parámetro positivo, conferida a un cuerpo especial de personas, con una preparación profesional especial, y en una relación compleja y dialéctica con las instituciones jurídicas. De igual forma esa tradición se le identifica con un todo coherente, o *corpus iuris*, que buscaba dentro de la técnica escolástica del siglo XII, la reconciliación de contradicciones y derivar conceptos generales a partir de reglas y casos, con la finalidad de hacer posible la coordinación e integración de un derecho romano, con una lógica interna en la que los cambios no solo son adaptaciones de lo antiguo a lo nuevo, sino que también forman parte de una pauta dentro de ese proceso de desarrollo sujeto a ciertas regularidades que reflejan esa necesidad interna.⁹⁸⁹

Berman explica que la tradición jurídica occidental es una reinterpretación del pasado para satisfacer las necesidades actuales y futuras, el derecho no solo es continuado, también tiene una historia. Nos cuenta una

⁹⁸⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "Encuentros y Desencuentros en torno al Derecho Procesal Constitucional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Sexagésimo Aniversario, número conmemorativo 1948-2008, UNAM, México, 2008, pp. 345 y ss.

⁹⁸⁹ BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, op. cit., p. 17 y ss.

historia, cuyo concepto de supremacía va unido al de las autoridades políticas a través de una coexistencia de competencias dentro de una misma comunidad; con una pluralidad de jurisdicciones y de sistemas legales, que hace que la supremacía del derecho sea, a la vez, necesaria y posible. En esa tensión entre los ideales y las realidades, entre las cualidades dinámicas y la estabilidad, entre la trascendencia y la inmanencia de la tradición jurídica occidental, trajo consigo a un inevitable derrocamiento de los sistemas legales mediante la revolución, a la cual sobrevivió dicha tradición, y que en realidad, fue renovada por dichas revoluciones.⁹⁹⁰

Bajo las ideas perfiladas en cuanto al significado del término paradigma, nos situamos en los comienzos del siglo XXI; el derecho es una ciencia que requiere de esas experiencias obtenidas para la formación intelectual y moral de la persona humana, para adaptarse a las nuevas circunstancias que exigen la asimilación de una nueva visión del paradigma de la Constitución para las sociedades modernas.⁹⁹¹

En ese sentido, el término *paradigma* como modelo para dar cuenta de la nueva realidad del Estado Constitucional, encuentra su sustento y antecedente inmediato al Estado legal de derecho, en el que el legislador como único representante soberano del pueblo, encontraba en la expresión petrificada de la ley, la forma y extensión a los derechos fundamentales; era en la ley la culminación y realización de la operatividad práctica de la Constitución, sin trascender a los contenidos morales del derecho que en la actualidad son representados por los principios jurídicos.

Para definir el paradigma del neoconstitucionalismo y demostrar que en su conformación genealógica, influyó la evolución de la concepción de los principios, es necesario analizar la forma en que la moral, encuentra su vinculación con el derecho. Es preciso configurar los elementos adecuados en los que se sustenta el *paradigma de la constitución*⁹⁹², para lograr una interpretación que logre una concreción eficiente y equilibrada de los derechos humanos reconocidos en los ordenamientos fundamentales. En esa tarea, la comunidad científica de los juristas, se ve obligada a traducir la nueva concepción del derecho como argumentación e interpretación, en cuanto al carácter rígido, operativo e invasivo de la Constitución.

Bajo esa perspectiva, se ha gestado en el derecho contemporáneo una metodología de análisis que ha marcado un parámetro de comparación en la transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucio-

⁹⁹⁰ *Ibidem*, 19 y ss.

⁹⁹¹ CEA EGAÑA, José Luis, "Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Número 51, UNAM, México, 2005, pp. 43 y ss.

⁹⁹² Para analizar *in extenso* lo que significa *el paradigma de la Constitución* Véase FLORES SALDAÑA, Antonio "El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?" en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, *op. cit.*, pp. 195-398. Específicamente las páginas 319-339.

nal. Desde autores positivistas como Luigi Ferrajoli, o iusnaturalistas como Rodolfo Vigo, no tendrán empacho en adoptar la muy recurrida distinción entre tres grandes paradigmas en la historia jurídica y política de occidente: Estado de Derecho pre-moderno; Estado de Derecho legal y Estado de Derecho constitucional.⁹⁹³

Si bien es cierto que en dichos autores se formulan diferentes concepciones acerca del derecho, del Estado y del perfil del jurista funcional a los mismos, ese carácter abarcativo habilita para que cualquier tema de teoría jurídica resulte útil contrastarlos en aquellos tres matrices. Por lo cual, la transición del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, no se relaciona con alguna concepción del derecho en lo particular, sino que se subrayan las grandes diferencias entre esos modelos.⁹⁹⁴

Si hacemos un poco de historia, recordemos que el Estado de Derecho Legal fue generado en la revolución francesa, pero desde ahí logra proyectarse al resto de Europa continental y también exportarse para las tierras latinoamericanas. Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del XIX hasta la segunda guerra mundial, pero que comienza su crisis y sustitución -especialmente en la práctica jurídica- después de los tribunales de Núremberg.⁹⁹⁵

En el desmoronamiento del Estado de derecho legal que comenzó en la segunda mitad del siglo XX, se observa de manera paradójica que el derecho que transita por los tribunales no termina de afectar significativamente los ámbitos académicos o universitarios dedicados a formar abogados. Permanece casi inalterablemente repitiendo los esquemas trazados por aquellas decimonónicas universidades francesas de inspiración napoleónica que fueron funcionales al Estado que se había creado bajo los influjos de la filosofía iluminista y liberal de los siglos XVII y XVIII. De cualquier forma, el impacto del totalitarismo nazi y su desenlace, fue tan decisivo que la historia institucional de Europa marca una nueva etapa a partir de ese momento. Gustav Radbruch en Alemania sirve de testimonio para mostrar biográficamente todo lo que cambió después de la experiencia del “mal radical”; en los escritos radbruchianos posteriores a su retorno a Alemania caído el nazismo, pueden leerse las acusaciones al positivismo jurídico de haber insensibilizado la conciencia de los juristas y la necesidad de incluir en el análisis de validez jurídica la dimensión ética de mane-

⁹⁹³ Véase VIGO, Rodolfo L., “Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 583-614; FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., pp. 13-29.

⁹⁹⁴ VIGO, Rodolfo L., “Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 581.

⁹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 581-582.

ra que frente a la “injusticia extrema” ya no había derecho (“*extremes Unrecht ist kein Recht*”).⁹⁹⁶

Ante ese escenario Rodolfo Vigo, aduce que la constitucionalización del derecho opera cuando la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador en la que se privilegia a su parte orgánica o funcional como la más importante, y pasa a ser reconocida como la fuente de las fuentes del derecho y, al mismo tiempo, la más importante de ellas en tanto las define, les pone límites y las orienta. El derecho se constitucionaliza y así en él operan principios, valores o derechos humanos, encomendando a los jueces para que garanticen que en sus respectivas sociedades se les tomen en “serio”, haciéndolos prevalecer incluso contra las decisiones mayoritarias o unánimes.⁹⁹⁷

Vigo hace una síntesis esquemática de los cambios más relevantes que tornan al derecho y la cultura jurídica en la segunda mitad del siglo XX notoriamente alterado respecto al escenario decimonónico: 1) La Ley deja de ser igual al Derecho, e irrumpe el principialismo; 2) La Constitución (con sus principios y valores) se juridiza y se judicializa; 3) Los derechos humanos se tornan operativos; 4) La supremacía de las Constituciones nacionales soberanas se quiebra; 5) El sistema jurídico entra en crisis; 6) Las sociedades incorporan un relevante pluralismo cultural y axiológico; 7) La legitimación de la autoridad enfrenta fuertes cuestionamientos; 8) Las democracias dejan de ser meramente formales para convertirse en sustanciales; y 9) La rehabilitación de la razón práctica.⁹⁹⁸

Atentos al *paradigma de la Constitución como norma jurídica operativa*, la interpretación renovada de la Constitución, exige una revisión multidisciplinaria de las normas de todo el ordenamiento jurídico –tanto sustantivas como procesales–, pues la interpretación de las normas fundamentales relativas a los derechos –que se expresan como principios–, encierran un contenido material que es necesario concretar a la realidad de los Estados constitucionales, principalmente desde el punto de vista multicultural en el que está inmerso el problema de la delimitación de los derechos cuando se aduce su colisión.

En ese sentido, los principios contenidos en la Constitución, manifiestan su vinculación normativa a través de un método diverso, del que se utiliza en la aplicación de disposiciones normativas que encierran única-

⁹⁹⁶ *Ibidem*, p. 584.

⁹⁹⁷ VIGO, Rodolfo L., “Argumentación constitucional”, en Báez Silva, Carlos, *et. al.* (coord.), *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*, Porrúa, México, 2009, p. 224. Para un estudio ampliado de los diversos cambios que representó la transición del Estado de derecho decimonónico al Estado de Derecho Constitucional VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, *op. cit.* y VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, *op. cit.*

⁹⁹⁸ *Idem*.

mente reglas como lo es el método subsuntivo.⁹⁹⁹ Al no contener los principios una hipótesis de hecho –a diferencia de las reglas–, que permita su aplicación directa del mismo, por medio de la consecuencia jurídica establecida en la norma, la premisa mayor que contiene el principio (como norma general de aplicación indeterminada), requiere de un procedimiento diverso al subsuntivo de las reglas, que es el método de la ponderación.

2. LOS PRINCIPIOS Y SU PONDERACIÓN

1) Los principios jurídicos

El tema de la estructura de las normas jurídicas de derecho fundamental, es esencial para sostener una adecuada teoría de los derechos fundamentales en el actual Estado de derecho constitucional. Las diferencias teórico-estructurales de las normas se centran en la problemática más acentuada al momento de definir los principios jurídicos en relación con las reglas y la proyección de su significado hacia todo el ordenamiento jurídico y sobre todo cuando existen conflictos entre las normas que contienen derechos fundamentales.

En palabras de Alexy, lo más importante para la teoría de los derechos fundamentales es la distinción entre reglas y principios; dicha distinción “representa la base de la teoría de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales.”¹⁰⁰⁰

Para Alexy la distinción lógica entre reglas y principios es de suma importancia por tres razones esenciales: a) no puede existir una teoría adecuada de los límites a los derechos fundamentales; b) no puede formularse una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales; y finalmente c) tampoco puede estructurarse una teoría suficiente acerca del papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico. “Por todo, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales.”¹⁰⁰¹

Lo primero que hay que tomar en cuenta es que tanto el concepto de regla como de principio se aglutinan bajo el concepto de norma. Es decir tanto las reglas como los principios son normas, porque ambos establecen lo que es debido. Es decir, ambos tipos de estructuras normativas expresan y se formulan como expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso o la prohibición.¹⁰⁰² De igual forma tanto las reglas como los prin-

⁹⁹⁹ Subsumir en el caso de las reglas, es la operación interpretativa de constatar que los hechos que se presentan para resolver un caso (premisa menor), se actualizan al adecuarse en la hipótesis fáctica establecida en la norma (premisa mayor), y atribuirle los efectos jurídicos que la misma establece (consecuencia).

¹⁰⁰⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 63.

¹⁰⁰¹ *Idem*.

¹⁰⁰² *Ibidem*, pp. 64-65

principios esgrimen razones para llevar a cabo *juicios concretos de deber ser*, aun cuando sean razones de tipo muy diferente, son en consecuencia razones para la acción; la distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de normas.¹⁰⁰³

Ronald Dworkin y Robert Alexy, son los principales expositores de la filosofía del derecho contemporánea, pertenecientes a tradiciones jurídicas diversas -el *Common Law*, el primero, y el segundo, de la teoría del Derecho europea continental del *Civil Law*¹⁰⁰⁴-, quienes se encargaron de iniciar el debate central en el que se basa el principialismo o no-positivismo. La base que sostiene el ataque al positivismo, como estandarte que inicia la controversia en el Estado de derecho constitucional, se centra en una distinción lógica, pero a la vez material, entre reglas y principios.

En primer término, Dworkin propone la distinción entre reglas y principios como una estrategia de ataque general en contra del positivismo jurídico como el que sustenta H.L.A. Hart. Para Hart, el derecho es un sistema de normas denominadas reglas, en el que su idea central como única fuente de derecho es la legislativa. Sin embargo, Ronald Dworkin considera que es necesario tomar en cuenta que el derecho no solamente debe reconocer reglas que establecen mandatos definitivos, sino que debe tomar en cuenta los principios jurídicos. Así pues, Dworkin define los principios como “*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*”.¹⁰⁰⁵

Robert Alexy, al comentar los criterios de distinción de reglas y principios que formula Dworkin, señala que las reglas son aplicables en la forma todo-o-nada (*all-or-nothing-fashion*), pero en cambio los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades: o la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión sino que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión.¹⁰⁰⁶

Por otra parte, los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (*dimensión of weight*) que se muestra en las colisiones entre principios. Esto es, si colisionan dos prin-

¹⁰⁰³ *Ibidem*, p. 65

¹⁰⁰⁴ Se dice que el sistema del *Civil Law* está inspirado en el Derecho Romano, sin embargo los sistemas codificados de influencia Francesa atienden más a la ley en su expresión normativa de “reglas” para resolver conflictos entre derechos en un sistema codificado; de manera paradójica, el *Common law* es el que en realidad aplica la justicia del caso inspirado en el Derecho Romano que atiende más a principios de justicia y equidad a través del sistema de precedentes.

¹⁰⁰⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

¹⁰⁰⁶ ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, op. cit., p. 10.

cipios, se da un valor decisorio al principio que el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor.¹⁰⁰⁷

Alexy señala que el punto decisivo en la diferencia entre reglas y principios, es que los principios son normas que ordenan que se realice algo *en la mayor medida posible*, en relación con las posibilidades jurídicas y prácticas. Los principios son por consiguiente, “*mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas”.¹⁰⁰⁸ En cambio las reglas son *mandatos definitivos*, es decir, normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser únicamente cumplidas o incumplidas.¹⁰⁰⁹

En ese sentido sostiene Alexy, que los derechos fundamentales basados en principios implican una *estructura racional de argumentación orientada a través del concepto de ponderación*, y que una estructura racional de argumentación jurídica implica que los derechos fundamentales tienen que basarse en principios.¹⁰¹⁰

A la luz de los conceptos que nos proporcionan Robert Alexy y Ronald Dworkin, podemos definir a los principios jurídicos como aquellos *mandatos, directrices o estándares de optimización que desde cierta dimensión de la justicia y la equidad, valora el contenido moral de los derechos fundamentales, en tanto normas que poseen una estructura deóntica flexible en cuanto a su interpretación y ponderación por el operador jurídico; y que en última instancia hablan de las buenas razones que se toman en consideración para resolver un caso en determinado sentido*.¹⁰¹¹

Los principios contemplan a su vez dos propiedades inherentes:

1) *Contenido inmanente*, en cuanto al núcleo esencial que caracteriza un derecho fundamental y cuya expresión normativa tiene como límite esencial la dignidad de la persona humana. Este contenido se ve reflejado desde un *bloque normativo bifronte* (Constitución y tratados internacionales) que en la teoría constitucional contemporánea ha constituido el *bloque de constitucionalidad*¹⁰¹²;

¹⁰⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, p. 39

¹⁰¹¹ Para una primera aproximación a éste concepto *Cfr.* FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, *op. cit.*, p. 208.

¹⁰¹² Véase principalmente FAVOREU, Louis, *et. al.*, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991; FAVOREU, Louis, “El bloque de la constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, enero-marzo 1990, núm. 5. *Infra* “3. La complejidad del bloque normativo de los derechos humanos y el diálogo jurisprudencial”

2) *Contenido relacional* de los principios, que se caracteriza por su concreción fáctica al momento de que entra en conflicto aparente con otro derecho fundamental, considerando que el método de solución del problema se realice a través del principio de *concordancia práctica*¹⁰¹³, conforme al cual los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben estar coordinados unos con otros de tal modo que cada uno de ellos gane realidad para su optimización, al mismo tiempo que logre su autolimitación, considerando la máxima fuerza normativa y adecuada aplicación de los derechos fundamentales.

Si existe un problema fundamental en la realidad del Estado constitucional contemporáneo, es el tema de los conflictos entre principios. La aparición de antinomias jurídicas entre normas constitucionales ha sido provocada, prevalentemente por la concepción formal de la Constitución, al caracterizar la inconsistencia del sistema legal positivista en argumentos falaces de perfección del ordenamiento; o bien, otorgando plena discrecionalidad al juzgador en desmedro de la racionalidad de las decisiones judiciales bajo la metodología positivista, soslayando que en el fondo son conflictos o dilemas de carácter moral que precisan de un juicio de valor.

La adopción de cualquier decisión jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales precisa de su correcta determinación en los casos particulares en los que se presentan como conflictos normativos. Cualquier desarrollo teórico de solución de conflictos constitucionales no debe pasar por alto, que en realidad se están controvirtiendo aspectos de la vida cotidiana, en los que subyacen pugnas entre intereses de los titulares de un valor supremo contenido en la norma que protege el derecho fundamental.

Cuando se dice que el derecho a la información tiene como límite el derecho a la intimidad personal, no se puede hacer referencia en tal premisa a todos los casos, en los que necesariamente deba prevalecer este último derecho; la corrección argumentativa de las soluciones a los conflictos constitucionales, no son axiomas en los que se deduzca una relación o ley de la causalidad.

Si el derecho a la intimidad personal o el derecho al honor tienen excepciones, estas no pueden ser establecidas de manera completa y *a priori* desde la Constitución. Pues como se ha indicado, la densidad normativa

¹⁰¹³ Conforme al principio de concordancia práctica de Konrad Hesse, proponemos una adecuación lógica y corrección material de las normas constitucionales, conforme a la concepción neoconstitucionalista de la necesaria vinculación del derecho y la moral; como sistema normativo anclado en elementos que integran al ordenamiento jurídico, bajo los cuales se justifica el contenido material de las normas iusfundamentales: un *orden de valores*. Véase HESSE, Konrad, “La fuerza normativa de la Constitución” en *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 67 y SS. Para una revisión del método de concreción de las normas constitucionales de Konrad Hesse Véase ALFEN DA SILVA, Kelly Susane, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, trad. Humberto Orduz Maldonado, Temis, Bogotá, 2006, pp. 230 y ss. *Infra* “2) Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista: el aporte de Gadamer a la hermenéutica constitucional de Konrad Hesse”.

de los principios requiere concreción fáctica material a través de la argumentación, prevalentemente de carácter moral, sea con la justificación de los requisitos ya contemplados en la legislación ordinaria o argumentando otros de forma racional y suficientemente justificados como el orden público o las buenas costumbres por mencionar algunos conceptos indeterminados.¹⁰¹⁴

Es así, como los principios jurídicos contenidos en la norma fundamental, quedan vinculados necesariamente con el derecho, y este de manera necesaria con la moral. Requieren no solo aplicar un método adecuado de ponderación o racionalidad de los derechos en conflicto a través del principio de proporcionalidad, sino su claro y preciso contenido esencial, así como sus expresiones que reflejan su aspecto no esencial; sin considerar por ese hecho la existencia de un *contenido accidental* de los derechos fundamentales, en tanto que tales expresiones son en esencia desbordamientos no autorizados por los principios sujetos a ponderación.¹⁰¹⁵

2) La ponderación de principios

El tema de la ponderación de los principios, junto con el principio de proporcionalidad, son los temas que ocupan el centro del debate del neoconstitucionalismo; aunque en el fondo de la ponderación, subsiste el problema de la relación del derecho y la moral, como relación necesaria o contingente en el concepto mismo de derecho.

Sin duda el precursor de la doctrina de la ponderación es Robert Alexy, desde la formulación de su pensamiento con la teoría discursiva de los principios de derecho fundamental en diversos artículos¹⁰¹⁶, así como en

¹⁰¹⁴ Un estudio fundamental del conflicto entre libertad de expresión e información y el derecho al honor en el modelo alemán y español, así como una propuesta metodológica de solución en dichos conflictos; en el cual se reflejan los principales criterios atendiendo al interés público, la exclusión del derecho al insulto, la veracidad de la información y el *animus iniurandi*. Véase MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Conflicto entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Palestra, Lima, 2007.

¹⁰¹⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pp. 169 y ss.

¹⁰¹⁶ ALEXY, Robert, “The Construction of Constitutional Rights” en *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, núm. 1, art. 2, abril de 2010; ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, op. cit.; ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, 1ª reimp., Fontamara, México, 2007; ALEXY, Robert, “On balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Iuris*, vol. 16, núm. 4, art. 1, diciembre de 2003, pp. 433 y 449; ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003; ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 75-81, 141, 155, 159-177, 179, 184, 192-208.

sus obras fundamentales.¹⁰¹⁷ La doctrina de la ponderación y el principio de proporcionalidad es muy abundante, entre las que destacan la monumental obra de Carlos Bernal Pulido¹⁰¹⁸, así como diversos desarrollos posteriores.¹⁰¹⁹

Por otra parte, las obras relacionadas con el paradigma interpretativo de la Constitución normativa que se dirigen directamente al método de la ponderación¹⁰²⁰, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad¹⁰²¹ o razonabilidad¹⁰²² y finalmente desde aspectos tan específicos como de los derechos sociales¹⁰²³ o del derecho administrativo.¹⁰²⁴

¹⁰¹⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 91 y ss., 511 y ss.; ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., 350 y ss.

¹⁰¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

¹⁰¹⁹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, 5ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008; BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

¹⁰²⁰ FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit.; GONZÁLEZ GALINDO, Gustavo, *La ponderación de los derechos fundamentales. Estudio de las colisiones derivadas de manifestaciones públicas*, México, Porrúa, 2013; PINO, Giorgio, *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Palestra, Lima, 2013; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima, 2012; BEADE, Gustavo A. y CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011; en lo particular desde el derecho norteamericano ALEINIKOFF, Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, trad. Jimena Aliaga Gamarra, estudio preliminar y revisión Carlos Bernal Pulido, Palestra, Lima, 2010; MONTEALEGRE, EDUARDO, *La ponderación en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008; MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit.; PRIETO SANCHIS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit.; ANDRES IBAÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México, 2006; CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004.

¹⁰²¹ VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, Porrúa, México, 2011; SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, Porrúa, México, 2012; GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, Novum, México, 2011; CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009; FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2008; CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007

¹⁰²² CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2009. El autor utiliza indistintamente el nombre de “razonabilidad” y “proporcionalidad”, pues las diferencias entre dichos vocablos no son relevantes: “razonabilidad” tiene su origen en el derecho anglosajón, y “proporcionalidad” en el derecho europeo continental, por lo que corresponden sustancialmente sus elementos. *Ibidem*, p. 25

¹⁰²³ ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

Para Calos Bernal Pulido, la ponderación es un procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario. La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus* que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando el juez o el fiscal ponderan, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto.¹⁰²⁵

Sin embargo, el “peso” de un principio, no es algo que se deba medir físicamente, como una verificabilidad que se observa de forma causalista o irracional; al contrario, la ponderación presupone que el operador jurídico, cuenta con la capacidad de deducir de los contenidos deónticos de la norma iusfundamental, el valor abstracto y el valor en concreto del principio contenido en dicha norma en la *aplicación y concreción de la hermenéutica iusfundamental*.

En ese sentido, la ponderación implica la pretensión de que el intérprete efectúa una operación que deviene del razonamiento práctico en la valoración de los bienes humanos contenidos en las normas de derecho fundamental. Por ende, la ponderación es ya un tipo de razonamiento moral, que confronta el caso y la norma, a la luz del juicio de valor que se desprende del conocimiento del obrar humano en relación con los bienes que se encuentran en conflicto.

La ponderación es una determinación de valor referenciado en cuanto a la intencionalidad del hermeneuta que interpreta el derecho, en la concreción del bien humano adscripto en la norma iusfundamental; en ese sentido la ponderación no es neutral, pues constituye en sí mismo un juicio concreto de deber ser en la concreción de dicho bien humano y su alcance y delimitación en relación con otros bienes que protegen las normas iusfundamentales.

Por su parte, Ronald Dworkin considera que la ponderación deviene de la misma diferencia entre reglas y principios, pues estos últimos tienen una dimensión que le falta a las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto

¹⁰²⁴ ORTEGA, Luis y SIERRA, Susana de la, *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, 2000.

¹⁰²⁵ Véase BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en FLORES SALDAÑA, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 91-113. Si bien es cierto que los derechos fundamentales son normas que preponderantemente son sujetas de ponderación, las normas ordinarias de las distintas ramas del derecho también son susceptibles de ponderación; p.e. en materia penal para la individualización de la sanción de una norma vulnerada, se deben de tomar diversos elementos –gravedad, intencionalidad, reincidencia, daños ocasionados, beneficio obtenido, etc.- para determinar si una pena se encuentra racionalmente justificada para considerar que la misma es proporcional. Véase el estudio muy contemporáneo de DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.

debe de tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de la controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, para encontrar el sentido de la pregunta respecto de qué importancia o qué peso tiene.¹⁰²⁶

Es por ello, que las condiciones de aplicación de los principios obedecen a un procedimiento argumentativo-ponderativo de interpretación y aplicación, por el contenido material axiológico de las normas que expresan derechos fundamentales. Esto es, que los principios, al contener mayor carga axiológica -en cuanto a los valores que encierran en su formulación-, contenidas en las normas constitucionales; menor va a ser su grado de determinación en cuanto a las cualidades fácticas y jurídicas para su aplicación en lo particular con los principios en contrario, y en consecuencia, mayor carga argumentativa para el juzgador al momento de concretar su contenido de valor.

Los principios son normas, pero no son normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Más bien, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, así como los principios que juegan en sentido contrario.¹⁰²⁷ Por lo cual, la argumentación de las razones que se hagan valer como justificaciones para la acción, en determinado sentido, es lo que informará la decisión en cuanto a la solución adecuada para el caso concreto.

Por lo que respecta a las reglas, al poseer menor carga deontológica que permita aplicar valores morales en su concreción, al establecer contenidos fácticos que no requieren ponderación, mayor va a ser su grado de determinación en las cualidades fácticas y jurídicas para su aplicación. En suma los principios encierran mayor grado de indeterminación normativa, por lo que requiere un mecanismo de ponderación en la interpretación de las normas que contienen valores. A diferencia de las reglas con un menor grado de indeterminación, en el que el método subsuntivo es el adecuado para su aplicación.¹⁰²⁸

¹⁰²⁶ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 77 y 78.

¹⁰²⁷ ALEXI, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, op. cit., p. 95.

¹⁰²⁸ Luis Prieto analiza los conceptos específicos en el que se fundamenta el juicio de ponderación constitucional, así como el importante estudio de Carlos Bernal Pulido en el que descifra el método de la ponderación. PRIETO SANCHÍS, Luis, "El juicio de ponderación constitucional" en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 99 y ss. y BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 61 y ss; BERNAL PULIDO, Carlos, "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", en FLORES SALDAÑA, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 91-113

En esa tesitura, se puede aplicar de manera análoga a los principios el concepto de *paradigma*, el cual actúa como modelo, patrón o guía dentro de la ciencia del derecho para conocer y prescribir su naturaleza en cuanto a su aplicación pragmática, a través de la *hermenéutica constitucional de los derechos fundamentales*. El término *paradigma* se ha utilizado para ser aplicado dentro de un contexto epistemológico¹⁰²⁹ aceptable para describir lo que el Estado constitucional de derecho es, así como prescribir lo que *debe ser* en el contexto de justificación de las normas, así como en general de justificación y descubrimiento de los actos del poder político.

En ese sentido, se atiende a la advertencia que nos hace Rodolfo Vigo¹⁰³⁰ en cuanto a que el término “paradigma” se ha tornado confuso y hasta equívoco. Vigo rescata un concepto aproximado de “paradigma” para aplicarlo a la interpretación jurídico-judicial, y analizar ciertos “modelos” desde los cuales se describe, prescribe y critica a la interpretación jurídica cumplida especialmente por los jueces. De igual forma las propuestas doctrinarias que postulan las teorías de la interpretación jurídica constituye una especie de *matriz disciplinar* de la actividad de los *intérpretes jurídico-judiciales*, al punto de que el esfuerzo de éstos se presente como posible y legitimado en tanto se someten a dicho modelo.¹⁰³¹

Bajo los conceptos ya definidos es necesario identificar una estructura teórica que nos brinde los fundamentos científicos que sean compatibles con el actual modelo del Estado constitucional de derecho, lo que implica redefinir la forma en que el operador jurídico conoce las fuentes del derecho, las interpreta y las aplica, así como la incorporación del ideal ético-moral que en su caso se atribuya a una moral fundamentable en una democracia pluralista. Finalmente bajo el aspecto sociológico, el operador jurídico debe emplear un lenguaje ciudadano para la adecuada traducción del contenido de las decisiones judiciales, para su debida observancia y eficacia jurídica por parte de los destinatarios de la norma; esto es, la aceptación y obediencia del contenido normativo del derecho.

Sin embargo, tal y como se analizará más adelante, se advierte que esa nueva forma de analizar y aplicar el derecho bajo la visión normativa de la Constitución, implica introducir en el discurso jurídico valores morales fundamentables en una moral indeterminada, pero determinable en cuanto a sus razonamientos plausibles en una sociedad pluralista.

¹⁰²⁹ Una lectura imprescindible para conocer la manera en que la filosofía contemporánea ha dirigido sus esfuerzos para la explicación del agotamiento del positivismo jurídico y su variante, el positivismo jurídico inclusivo, a la luz de las distintas teorías de la argumentación jurídica, en lo particular la hermenéutica en el campo del derecho. Véase SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos, De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, op. cit.

¹⁰³⁰ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 203 y ss.

¹⁰³¹ *Ibidem*, p. 204.

El debate actual en términos de la racionalidad y justificación de las decisiones del poder público, principalmente las sentencias judiciales, estriba en reavivar el debate de los criterios de corrección de la moralidad de dichas decisiones en el contexto de la rehabilitación de una razón práctica, que conforma la pretensión de corrección de las premisas normativas puestas a juicio bajo el test de proporcionalidad o razonabilidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales¹⁰³², entre otras directivas de interpretación como las que se estudian en la presente obra (concreción y analogía).

Tales herramientas hermenéuticas son útiles e idóneas para dilucidar los conflictos constitucionales en concordancia con un razonamiento discursivo y dialógico de los participantes en el discurso jurídico; tanto la razón práctica y la pretensión de corrección, se vuelven a ver las caras en el constitucionalismo contemporáneo, para definir un concepto epistemológico funcional que brinde a la ciencia del derecho una adecuada respuesta a los conflictos constitucionales y que a la vez procure su protección y expansión, como “ideología”¹⁰³³ propia del neoconstitucionalismo y en concordancia con el respeto a la dignidad de la persona humana cuando se concibe una ponderación no conflictivista de los derechos.

La finalidad en la adopción de una teoría del derecho consecuente con el actual modelo de Estado de derecho constitucional, como el *neoconstitucionalismo sustancial*¹⁰³⁴ se centra en analizar en que cada modo de ser de dicha propuesta jurídico-política, implementará una forma distinta de interpretar el paradigma de la Constitución de conformidad con su enfoque operativo, y sin duda el tipo de filosofía moral que explica los contenidos materiales de la Constitución.

¹⁰³² MARTÍNEZ-PLUJALTE, Antonio-Luis y DOMINGO, Tomas de, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional, Teoría e implicaciones prácticas*, Palestra, Lima, 2010, pp. 46 y ss.; HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, trad., presentación y estudio preliminar Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003; MARTÍNEZ-PLUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1997; LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996.

¹⁰³³ Dejamos la advertencia desde este momento que para la visión hermenéutica del derecho o del neoconstitucionalismo, al hablar de “ideología” no se afirma la connotación perniciosa del positivismo, en cuanto a la contaminación del derecho con valoraciones morales o políticas. Por el contrario, si se afirma una “ideología”, esta tendrá que justificarse de manera racional en el discurso argumentativo, así como desde el aspecto sustancial en la *hermenéutica iusfundamental* en la concreción de los bienes humanos, como más adelante se atenderá.

¹⁰³⁴ Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 225.

Atendiendo al tipo de filosofía moral que se adopte, será la forma en la que se desarrolle la ponderación de bienes, intereses y derechos que protege la Constitución, en tanto concepción material de legitimación del ejercicio del poder público, así como el alcance y delimitación de los mismos, o en su caso la justificación de una restricción a esos derechos.

Los distintos rumbos por los que transita la teoría contemporánea del constitucionalismo, explican de muy diversas formas, las características definitorias del neoconstitucionalismo en general, de proteger y promover los derechos fundamentales bajo el método de la ponderación, ya sea de carácter conflictivista, al considerar los derechos como tendencialmente contradictorios (neoconstitucionalismo procedimental); o bien, en su versión no conflictivista, al otorgar al operador jurídico la posibilidad de analizar de forma reflexiva, la concordancia práctica de los bienes jurídicamente tutelados, de tal modo que cada uno de ellos conserven su entidad, sin que sea sacrificado uno a costa de otro (neoconstitucionalismo sustancial).¹⁰³⁵

En ese sentido, cuando se abandonó el modelo de Estado de derecho legislativo, se optó por equilibrar el derecho en un sentido más acorde con el respeto de la dignidad de la persona humana; postulado que en el actual Estado de derecho constitucional, debe ser la piedra angular que orienta la interpretación y el razonamiento judicial en los conflictos constitucionales.

3. LA DISTINCIÓN LÓGICA Y MATERIAL DE LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS

En la lógica de la ponderación, es preciso definir el paradigma del neoconstitucionalismo y demostrar que en su conformación genealógica, influyó la evolución de la concepción de los principios desde una proyección hermenéutica. En esa tesitura, vamos a sostener que una *distinción fuerte* entre reglas y principios¹⁰³⁶, conlleva de forma necesaria la *vinculación coexistencial* entre moral y derecho¹⁰³⁷, pues la *densidad normativa mate-*

¹⁰³⁵ *Ibidem*, pp. 342-355. La propuesta de una ponderación no conflictivista en Konrad Hesse, incluso con anterioridad al planteo de Robert Alexy. *Infra* “2) Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista: el aporte de Gadamer a la hermenéutica constitucional de Konrad Hesse”.

¹⁰³⁶ La abundante doctrina sobre la distinción entre reglas y principios: DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 61 y ss.; ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 349 y ss.; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 63 y ss.; ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 2005, 23 y ss.; VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, *op. cit.* y DELGADO BARRIO, Javier y VIGO, Rodolfo L., *Sobre los principios jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

¹⁰³⁷ Si bien es cierto que nosotros proponemos una vinculación *coexistencial* entre derecho y moral, la vasta doctrina en Robert Alexy plantea una relación *conceptual* necesaria entre moral y derecho; misma que abarca en la teoría del derecho y la filosofía jurídica una posición determinante en el paradigma constitucional. Véase., ALEXY, Robert, *El*

*rial*¹⁰³⁸ con la que se formulan las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales, quedan expresadas y representadas al momento de su aplicación: en la *concreción práctica*¹⁰³⁹ de sus contenidos de valor indeterminados.

La aplicación de dichos principios, por ende, se origina en función del grado deontológico con el que están formulados y a través del cual se apela de forma necesaria a razonamientos de carácter moral para justificar su alcance en el caso particular. La justificación de la distinción entre reglas y principios, no se queda en el plano formal, pues para la aplicación del método de la ponderación es preciso acudir a la razón práctica para deducir de los contenidos *normativos-materiales* de los principios: las consideraciones de carácter moral que sustentan los bienes humanos protegidos por las normas iusfundamentales.

Como ya lo hemos señalado, según Alexy, la distinción entre principios y reglas constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales; sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.¹⁰⁴⁰

Constituye, además, un *soporte hermenéutico* sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego la interpretación de las normas que contienen derechos fundamentales. Por ello, dentro de las normas iusfundamentales es posible distinguir entre

concepto y la naturaleza del derecho, trad. y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2008; ALEXY, Robert, *et. al.*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, *op. cit.*; ALEXY, Robert, "Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional", en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, T. I, pp. 1 y ss.; ALEXY, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Derecho y moral*, *op. cit.*, p. 115 y ss.; ALEXY, Robert, *La pretensión de corrección en el derecho*, *La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, *op. cit.* y ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

¹⁰³⁸ Alexy analiza el concepto de densidad normativa material los derechos fundamentales. A la luz de la lectura de Alexy, y refiriéndose a la peligrosidad de los principios que advierte Kelsen en la jurisdicción constitucional, dicha densidad normativa son todos aquellos principios, directivas y restricciones que establecen las normas constitucionales, con un *alto nivel de indeterminación, el cual será controlado por la Corte constitucional al momento de determinar su contenido concreto en la interpretación de los valores en conflicto, tales como la libertad, la igualdad y en general, cualquier consideración que en justicia debe prevalecer en la decisión de la Corte constitucional* Cfr. ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

¹⁰³⁹ HESSE, Konrad, "La interpretación constitucional" en *Escritos de derecho constitucional*, *op. cit.*, pp. 63 y ss. Insistimos en la referencia, más adelante, a la propuesta de una ponderación no conflictivista en Konrad Hesse *Infra* "2) Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista: el aporte de Gadamer a la hermenéutica constitucional de Konrad Hesse".

¹⁰⁴⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 63.

normas que son principios y normas que son reglas, sin que unas excluyan a las otras. Las preguntas fundamentales acerca de qué es un principio y qué es una regla *sólo pueden ser respondidas cabalmente una vez que uno y otra han sido distinguidos en el caso práctico*, por lo cual su complejidad trasciende a criterios que se han sugerido para ello son muy variados y hasta cierto punto complementarios.¹⁰⁴¹

La separación fuerte entre reglas y principios, fue el pilar fundamental en el que Dworkin y Alexy formularon el *ataque frontal al positivismo jurídico*¹⁰⁴², así como la conformación del edificio sobre el cual se estructuró la *teoría de los derechos fundamentales*¹⁰⁴³, pues las razones que obedecen a la vinculación conceptual necesaria entre moral y derecho, forman una amalgama indisoluble con la estructura normativa que sostiene dicha diferencia.

El razonamiento jurídico encuentra en el discurso de justificación moral, una forma de concreción *práctico-material* de esos principios al momento de su aplicación y ponderación; la cual no tiene otra forma de acreditar su corrección, sino mediante la apreciación de las razones de peso en el que se sustentó el razonamiento práctico y prudencial que justifica la congruencia material de sus postulados.

No nos podemos detener en los criterios de distinción que han surgido con posterioridad al análisis introducido por Dworkin y Alexy, pues excedería con mucho el presente estudio. La incontenible producción literaria para discernir la pertinencia en la diferenciación entre tales estructuras normativas, es una muestra fehaciente para afirmar o para negar la importancia que tienen los valores morales en el derecho. La discusión se centra en que si los principios jurídicos poseen una dimensión diversa a la que prevalece con la deducción lógica de mandatos de simple verificación de las hipótesis fácticas contenidas en las normas; estamos ante normas con carácter de reglas, pues no es preciso un ulterior razonamiento más que el lógico-deductivo de la subsunción.

La respuesta de los positivistas en contra de la proyección no positivista de los principios, hacia la aplicación de los derechos fundamentales ha sido obvia. No es coincidencia que los positivistas metodológicos como David Martínez Zorrilla¹⁰⁴⁴, Luis Prieto Sanchís¹⁰⁴⁵ o el garantista Luigi Ferrar-

¹⁰⁴¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., 61 y ss.

¹⁰⁴² *Ibidem*, pp. 72 y ss.; ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, op. cit., pp. 73 y ss.

¹⁰⁴³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 63.

¹⁰⁴⁴ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 89 y ss. Señala que la distinción entre reglas y principios, se debe operar con cautela, además de que es infructuosa porque los principios desembocan en mandatos categóricos, esto es que necesariamente se deban realizar; termina señalando que la dicotomía ya forma parte de la doctrina como tema de moda en el debate doctrinario del paradigma de la Constitución.

¹⁰⁴⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit., pp. 176 y ss. Señala que la distinción es irrelevante ya que los ca-

joli¹⁰⁴⁶, *consideren la distinción entre reglas y principios, ambigua, peligrosa, irrelevante, o inclusive, de manera premeditada rechacen su estudio o lo ignoren.*

En la distinción entre reglas y principios se sostiene el Estado constitucional de derecho y la teoría de los derechos fundamentales. Dicha distinción proporciona una estructura normativa adecuada para la racionalidad en la aplicación de los contenidos materiales de los derechos fundamentales; ha representado el más férreo y consistente ataque al positivismo jurídico, en la incorporación de valores morales al discurso argumentativo para la justificación de los actos y resoluciones del poder público, en lo particular de las decisiones judiciales.

El tema que nos ocupa es conflictivo e incómodo para los positivistas y sobre todo a los metodológicos, quienes sostienen que los valores morales se encuentran vinculados al derecho pero sólo de forma contingente, a la libre discreción judicial; siendo inconsistentes en su planteamiento al momento de solucionar los conflictos entre derechos y acreditar la delimitación de los mismos bajo un razonamiento coherente, pues como se ha dicho, la materia de dicho razonamiento es un razonamiento de contenido moral.

Si bien es cierto que dicha dicotomía, se centró en una distinción de carácter *lógica-formal*, tanto Dworkin como Alexy, pretendían acreditar que el sistema jurídico, no sólo contenían normas con carácter de reglas; es decir, no sólo existían mandatos definitivos, sino que el sistema jurídico, contenían mandatos de optimización que precisaban de una densidad deontológica flexible; su cumplimiento era cuestión de grado en cuanto su peso e importancia al momento de su aplicación y a la vez dichos principios no quedaban invalidados cuando se surtía su aplicación al caso concreto.

Dicha argumentación si bien se desarrolla en el plano de una moral fundamentable, ésta versa sobre la justificación y alcance de bienes humanos considerados desde una determinada filosofía moral, pues *de manera ineludible se plantea en dicho razonamiento una concepción del hombre como titular de esos bienes humanos*; la fundamentabilidad del razonamiento práctico, de manera necesaria incluirá una concepción particular desde el punto de vista antropológico, pues dichos principios van a traducir el contenido axiológico.

La incorporación de principios en las constituciones, ya contemplan de

sos deben subsumirse de manera previa a su resolución, así como en la actualización de la norma universalizable como resultado de la ponderación.

¹⁰⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, "Principia iuris. Una distinción teórica", en AA. VV., *Derecho y democracia constitucional, Una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli*, Ara, Lima, 2011, pp. 376 y ss. De manera premeditada rechaza de forma sustancial dicha distinción, en tanto que los derechos fundamentales son reglas, sin necesidad de diferenciar la forma en que se aplican dichas disposiciones normativas con peligro de perder fuerza normativa con la ponderación.

forma abstracta ciertas restricciones a los derechos fundamentales. Si bien dicho principio no precisa contar con una hipótesis normativa de carácter fáctico, si es necesario conocer el contexto de aplicación en el que se adviertan las propiedades relevantes que justifiquen dicha restricción, apoyado por la jurisprudencia constitucional, así como la de los tribunales internacionales de derechos humanos a través del control de constitucionalidad-convencionalidad, bien desde un carácter difuso o concentrado.¹⁰⁴⁷

Sin embargo, la distinción lógica en la que se centra la *teoría estándar de la argumentación jurídica*, respecto de la dicotomía entre reglas y principios, de inicio, es de carácter formal. Los contenidos materiales que se deducen de las normas constitucionales que están formuladas como principios, son traducibles a través de la razón práctica por medio del método de la ponderación; de permanecer en una postura *lógico-formal* del ordenamiento jurídico, se derrumbaría la distinción fuerte de reglas y principios y con ello la relación de la moral con el derecho, pues como lo han sostenido los antipositivistas mencionados, el sistema jurídico que informa al Estado constitucional de derecho, es esencialmente un *sistema jurídico de principios*.

A manera de conclusión y corroborando lo anterior *la distinción entre reglas y principios, se deduce en primer término de una distinción conceptual de carácter lógico-formal en la optimización de los mandatos de cumplimiento gradual en función de la norma operativa de máximo rango y fuerza vinculante: la Constitución positiva. Pero su concreción fáctica como razonamiento práctico-material es a través de una argumentación de carácter moral, en la cual el operador jurídico deba actualizar la densidad deontológica del mandato de optimización al caso concreto de forma prudencial.*

A efecto de ejemplificar la distinción entre reglas y principios Juan Cianciardo¹⁰⁴⁸ nos explica la forma de cómo entender mejor la distinción de dicha estructura normativa. Se transcriben a continuación dos normas:

[Norma I:] Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

[Norma II:] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

Ambas normas forman parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La norma I es un principio, la II, una regla. Las diferencias estructurales entre una y otra se advierten, según la mayoría de

¹⁰⁴⁷ Nuestra propuesta hermenéutica del control de convencionalidad en la interpretación de las normas de derechos humanos tanto de fuente nacional como internacional. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit.

¹⁰⁴⁸ CIANCIARDO, Juan, "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 894 y ss.

los autores, básicamente desde dos niveles de análisis distintos. Cabe examinarlos a continuación, para pasar luego al análisis de una muy interesante crítica que han recibido recientemente:

a) En primer lugar, las normas transcritas son distintas en cuanto a su fuerza deóntica. En efecto, por su propia índole, la prescripción de la norma I (el respeto de la integridad física, psíquica y moral) puede ser llevada a cabo en más o en menos intensidad, es decir, admite distintos niveles de cumplimiento o de incumplimiento.

En efecto, el principio de respeto de la integridad física, psíquica y moral tiene distintos grados de cumplimiento, pues la persona privada de su libertad pudo haber recibido golpes, lesiones, tortura, castigos trascendentales, hasta la privación de la vida; en ese contexto, la exigencia de respetar o no hacer, en relación con los bienes jurídicamente tutelados, exige distintos niveles de realización. Lo que la norma ordena es que sea observado en la mayor medida posible, en otras palabras, que sea optimizada.

La norma II, en cambio, ordena algo que no admite distintos niveles de cumplimiento; por lo que puede ser observado o no: no hay puntos intermedios, o el inculpado tiene la asistencia de un intérprete o no la tiene. Esta diferencia es causa de que la interpretación de los principios sea con frecuencia más complicada que la de las reglas. Sobre la base de lo dicho, Alexy ha caracterizado los principios como “mandatos de optimización”.¹⁰⁴⁹

b) Cuando mejor se percibe la diferencia entre reglas y principios es en el momento de su aplicación. Más concretamente, en el momento de su colisión o conflicto con otras normas.¹⁰⁵⁰

En los casos de conflictos entre reglas hay que decidir la precedencia de una u otra, y esa decisión conllevará la anulación de la regla preterida. Un conflicto de reglas, en efecto, “sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”.¹⁰⁵¹

Cianciardo pone en perspectiva el ejemplo anterior y adiciona una situación: A la norma II se le opone esta otra regla: *Norma III: Durante el proceso, los inculpados de nacionalidad argentina no tienen derecho a ser asistidos gratuitamente por un traductor o intérprete, puesto que se presupone su conocimiento del idioma nacional.*¹⁰⁵²

Este hipotético conflicto normativo puede ser resuelto de dos modos: 1) introduciendo en la regla II una excepción, que deje a salvo lo que establezca cada país respecto de sus nacionales; 2) declarando una de las dos reglas inválida, lo cual puede tener lugar, respectivamente, acudiendo al criterio o principio de competencia y al de jerarquía.

¹⁰⁴⁹ ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, op. cit., p. 13.

¹⁰⁵⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 86.

¹⁰⁵¹ *Ibidem*, p. 87.

¹⁰⁵² CIANCIARDO, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, op. cit., p. 896.

El criterio de competencia resulta aplicable a las cuestiones jurídicas para cuya solución se brindan reglas provenientes de dos o más subsistemas jurídicos diferentes (por ejemplo, una norma federal y una estatal). La solución surge al determinar quién tiene la potestad normativa para regular la materia, de acuerdo con la distribución territorial y orgánica que se haya hecho de ella, habitualmente en sede constitucional.

El criterio de jerarquía comporta, por su parte, un análisis del lugar que ocupan las reglas en cuestión en la pirámide normativa; aunque esto resulte insuficiente en caso de equivalencia, y habrá que acudir a reglas como *lex posterior derogat legi priori* o el criterio de la *lex specialis*.¹⁰⁵³ “Lo fundamental es que es una decisión acerca de la validez”¹⁰⁵⁴, a diferencia de lo que ocurre en los casos de colisiones de principios.

En efecto, cuando un principio colisiona con otro el juez no sólo no juzga sobre la validez, sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá, luego de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. Es decir, aplicará un principio, en el sentido de preferirlo, y no otro, dejando claro que su juicio de preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa; de modo que en otro caso posterior, frente a otras circunstancias, aplicaría el principio que ahora resulta postergado. “Esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”¹⁰⁵⁵, pues cada caso es inédito y en el mismo es preciso realizar un razonamiento práctico para advertir dicha prevalencia.

4. ¿EL PRINCIPIALISMO ES IUSNATURALISMO?

Se ha discutido si Robert Alexy y Ronald Dworkin, son iusnaturalistas al fundamentar los ataques al positivismo jurídico con base en la distinción fuerte entre reglas y principios, por aducir que estos últimos permiten valorar los contenidos morales de las normas que contienen derechos. Si bien el mismo Dworkin ha aceptado la denominación de iusnaturalista, ha sido sólo en el sentido de que su argumentación jurídica en la distinción en comento, es que la única respuesta correcta se sustenta en último término en consideraciones de carácter moral.¹⁰⁵⁶

En este aspecto coincidimos plenamente con Dworkin, cuando afirma que no le importa ser considerado iusnaturalista, si por sostener que el sistema jurídico debe reconocer principios de la moralidad y de justicia, llega a conceder que entre el derecho y la moral exista una relación nece-

¹⁰⁵³ *Idem*.

¹⁰⁵⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 88.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*, p. 89.

¹⁰⁵⁶ Cfr. DWORKIN, Ronald, “Natural law revisited”, en *University of law review*, 1982, vol. XXXIV, pp. 165 y ss.; VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 84 y ss.

saria.

Sin embargo el razonamiento de la teoría estándar del antipositivismo como el de Dworkin y de Alexy, es esencialmente *constructivista moral y discursivo*, con fuertes conexiones en la ética kantiana y sus reformulaciones teóricas, fundamentalmente en John Rawls¹⁰⁵⁷ y Jürgen Habermas; por lo que en ese sentido el supuesto “iusnaturalismo” que pregonarían no sería del clásico derecho natural aristotélico-tomista.

Por otra parte, es necesario dilucidar si el hecho de aceptar que existen diferencias entre reglas y principios, necesariamente conlleve la adopción de una postura antipositivista o neoconstitucionalista bajo un enfoque iusnaturalista.¹⁰⁵⁸ Tal es el caso de Zagrebelsky, quien aduce que no es posible en las sociedades secularizadas y pluralistas, proponer de nuevo un derecho natural con fundamento teológico o racionalista; sin embargo, el modo de argumentar en derecho constitucional, se asemeja al derecho natural.¹⁰⁵⁹

Las expresiones de que en las jurisdicciones constitucionales se hable agudamente de “administración judicial del derecho de la naturaleza” y se haya observado que “la interpretación de la Constitución adquiere cada vez más el aspecto de una filosofía del derecho” -no obstante que sus procedimientos están vinculados al derecho vigente-, no pueden desenvolverse en el universo cerrado de las reglas jurídicas.

En los Estados constitucionales modernos, *los principios morales del derecho natural se han incorporado al derecho positivo*. Las modalidades argumentativas del derecho constitucional se “abren” así a los discursos metajurídicos, tanto más si se toman en consideración los principios de la Constitución.¹⁰⁶⁰

Por ende ante esa *doble naturaleza de los contenidos materiales inscritos en la norma fundamental*, en su aspecto análogo de principios constitucionales y principios del derecho natural, se está en presencia de que en la realidad se expresan valores, y el derecho funciona en esa dinámica, dialógica y analógica, *como si rigiese un derecho natural*.¹⁰⁶¹ Es por ello que en los ordenamientos jurídicos basados en principios, la concreción de la justicia, no depende de un valor reconocido *a priori*, como sucede en el derecho natural, sino de normas de derecho positivo, en el que *el paralelismo resulta muy claro en cuanto el estilo argumentativo tanto en el derecho constitucional como en el derecho natural*.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁷ CALSAMIGLIA, A., “El neoiusnaturalismo de Dworkin” en “Ensayo sobre Dworkin”, DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

¹⁰⁵⁸ Para abundar en las coincidencias y diferencias que existen entre las propuestas contemporáneas del iusnaturalismo y el neoconstitucionalismo Véase VIGO, Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, *op. cit.*

¹⁰⁵⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *op. Cit.*, p. 116.

¹⁰⁶⁰ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, p. 119.

¹⁰⁶² *Idem*.

Es por ello que Zagrebelsky no se considere un iusnaturalista ontológico, sino más bien un no positivista en el que pudiera encuadrar un *neoconstitucionalismo deontológico*, en virtud de que el modelo Constitucional de principios se sitúa como un modelo superador del Estado legal de derecho en el que se fundamentaba de manera funcional el positivismo jurídico, quien se bate en retirada como una visión incompatible con el actual Estado de derecho constitucional.

Zagrebelsky considera que el Estado de derecho constitucional es un modelo de Estado jurídico-político, superador del positivismo jurídico pues “se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”¹⁰⁶³ y si el positivismo todavía no ha sido abandonado en la teoría y en la práctica jurídica, es porque los juristas han considerado una funcionalidad de adaptación de las ideologías que lo sustentan, así como una manera de agotar la funcionalidad acomodaticia de la ley.¹⁰⁶⁴ Además de que esa supervivencia “ideológica” del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de la inercia de “las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado.”¹⁰⁶⁵

Sin embargo no consideramos sustentable la opinión de Luis Prieto Sanchís, cuando afirma que la posición de Zagrebelsky, no es incompatible con el positivismo metodológico pues si bien comparte algunos temas y argumentos propios del derecho natural -dice Prieto-, sus tesis en un momento dado pudieran ser compatibles con el positivismo metodológico; tal positivismo acepta la vinculación contingente de los principios morales con el derecho, o bien, la utilización de esos principios por parte de los operadores jurídicos lo que propicia el desarrollo de una argumentación moral en el seno de la argumentación jurídica.¹⁰⁶⁶

El análisis de Prieto parte de una contradicción, pues de entrada el modelo propuesto por Zagrebelsky es decididamente antipositivista, por lo cual, no se puede vislumbrar de forma alguna que sea correcto catalogar de positivista metodológico a Zagrebelsky, cuando su concepción del derecho es principialista, y la forma de aplicar los principios precisa de una postura moral para su argumentación; en tanto que el principialismo es en esencia la adhesión necesaria a una perspectiva de justicia argumentable bajo razonamientos justificados a la luz de una moral que comparte una

¹⁰⁶³ *Ibidem*, p. 34. Con lo cual se pudiera presumir que su postura si bien no es abiertamente compatible con Robert Alexy respecto de la vinculación necesaria entre la moral y el derecho, el constitucionalismo principialista precisa de una transformación del concepto de derecho; se vislumbra de entrada un neoconstitucionalismo teórico en el aspecto descriptivo y un constitucionalismo deontológico desde el punto de vista de la aplicación.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*, p. 41.

¹⁰⁶⁵ *Idem*.

¹⁰⁶⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, op. cit., pp. 203 y ss.

sociedad democrática y pluralista, a través del cual colme el significado de un principio en el caso en concreto.

En segundo lugar, si el problema de la conexión necesaria entre la moral y el derecho, no se deduce de manera expresa en la obra de Zagrebelsky, la metodología misma que Prieto propone del positivismo queda descartada en el modelo de principios, pues para la aplicación del derecho “no sería posible pensar en una “recuperación” positivista de la temática de los principios mediante el paso de un positivismo de las reglas a un positivismo de los principios”¹⁰⁶⁷, en tanto que los principios necesitan de esa concreción en su aplicación y por ende una adhesión propia o toma de postura por parte del operador jurídico en cuanto a su significación, la cual refleja el contenido moral del derecho de manera necesaria cuando se alude la colisión entre principios contenidos en las normas constitucionales.

Por ende la incompatibilidad entre cualquier modalidad de positivismo jurídico y el modelo de constitucionalismo de principios que formula Zagrebelsky, parte de la distinción entre reglas y principios, para lo cual observa que las normas legislativas son prevalentemente reglas, “mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios [...] Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”.¹⁰⁶⁸

Zagrebelsky define dicha distinción al señalar que las reglas se agotan en sí mismas, es decir, no tienen fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan, se obedecen y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de formulaciones que contienen reglas. La actitud que debemos observar ante las reglas se centra en que éstas “nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas”.¹⁰⁶⁹

Por lo que respecta a los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo”, del orden jurídico. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz sobre las palabras más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*.¹⁰⁷⁰ Aunque Zagrebelsky no menciona con todas sus palabras el método de la ponderación, si refleja la actitud que se debe sostener ante los principios al decir que:

Los principios, en cambio [de las reglas], “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión [...]

¹⁰⁶⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*, p. 110.

¹⁰⁶⁹ *Idem*.

¹⁰⁷⁰ *Idem*.

los principios, directamente, no nos dice nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, solo se les puede dar un significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado [el de los principios] no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.¹⁰⁷¹

Zagrebelsky citando a Gadamer, afirma que el conjunto de los principios constitucionales, debería constituir una suerte de “sentido común” del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico, la condición para resolver los contrastes por medio de la discusión y no a través de la imposición; los axiomas de las ciencias prácticas, como el sentido común en la vida social, están sometidos al efecto del tiempo. Por lo cual un sistema de derecho que pretendiese justificarse por sí mismo “se movería en el vacío”, lo que resulta tanto más cierto con referencia a un derecho por principios: el “camino” histórico que las Constituciones son capaces de recorrer, pese a permanecer inalteradas en su formulación literal.¹⁰⁷²

Para nuestros propósitos, resulta de relevancia fundamental, lo que Zagrebelsky señala en relación con la propuesta de Gadamer en *Verdad y Método*, de denunciar la tendencia de transitar de un relativismo ético a un “juridicismo” ético; refiriéndose de manera clara a quienes pretenden darle un sentido absoluto a la dimensión jurídica e introducir un valor ético de obediencia al derecho¹⁰⁷³; pues algo muy parecido plantea el positivismo ideológico.

Siguiendo al mismo pensamiento gadameriano, en el contexto de la ponderación, Zagrebelsky afirma que la máxima *in claris non fit interpretatio*, un texto que sobre el papel y a la luz de la experiencia parecía claro, puede oscurecerse ante el surgimiento de un caso nuevo: *no es que antes no existiese una pretensión del caso, pero la comprensión de sentido y de valor, al ser pacífica, permanecía en estado latente; se hace explícita cuando se toma conciencia de la novedad del caso.*¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, pp. 110 y 111.

¹⁰⁷² *Ibidem*, p. 124. GADAMER, Hans-Georg, *La herencia de Europa. Ensayos*, trad. de Pilar Giralt Gorina y presentación de Emilio Lledó, Península, Barcelona, 1990, p. 7 y ss.

¹⁰⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, op. cit.*, pp. 154-155; en este sentido Gadamer ya ha señalado que en materia de los saberes humanos como en la hermenéutica jurídica, cita a Aristóteles para advertir que en materia del razonamiento práctico, no es preciso exactitudes, sin que se incurra en relativismo; pues forma parte de un razonamiento especial, distinto del razonamiento teórico de la ciencia y de su método. Por ello la afirmación de Aristóteles muchas veces señalada: “tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones”. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método, op. cit.*, pp. 384-385.

¹⁰⁷⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, op. cit.*, p. 139.

La regla moral en el contexto de la interpretación dinámica de la ponderación *no deriva en relativismo*, pues no fracasa ni entra en crisis porque sea superada por la evolución social: *dicha regla expresa un valor absoluto y su separación de la experiencia no condena la regla, sino la práctica*. Por su parte, la regla jurídica, en cambio, se diferencia de la anterior en que no aspira a una justicia abstracta e inmóvil y en que busca la composición más adecuada posible de múltiples aspectos de la convivencia social.¹⁰⁷⁵

Por lo anterior la influencia la transformación social a lo largo de la historia, promueven la llamada *interpretación evolutiva* a partir de casos que, distinguiendo un antes y un después en la interpretación, pueden denominarse acertadamente “casos críticos”.¹⁰⁷⁶

Por otra parte, el derecho como sistema de principios es consciente de la imposibilidad de formular un ordenamiento jurídico completo y sistemático en el que se traduzcan las soluciones correctas de las previsiones normativas de forma expresa. El derecho de principios es menos ambicioso y consecuente con la complejidad de los conflictos normativos en los Estados constitucionalizados; lo indeterminado normativamente, por no encontrarse normado o regulado -tal y como están formulados los principios-, serán colmados con contenidos morales, de conformidad con un razonamiento práctico de carácter argumentativo y prudencial que sostenga esos motivos para la acción, de tal suerte suficientes y asertivos que permitan la realización de los derechos fundamentales en su adecuado significado y extensión. La argumentación constitucional debe ser tal, que procure siempre la expansión y protección de los derechos fundamentales en concordancia con la dignidad de la persona humana y su consecuente desarrollo armónico de la personalidad del individuo de forma plena y coherente con el ordenamiento al que pertenece sin afectar otro derecho.

Robert Alexy sostiene que la pretensión de corrección que formula el derecho no conduce a “una conexión necesaria del derecho con una determinada moral concreta designada como correcta, pero sí a una conexión necesaria del derecho con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada”.¹⁰⁷⁷

A diferencia de Alexy consideramos desde una posición hermenéutica que la indeterminación normativa contenida en los principios, si bien no presupone la adopción en abstracto de una moral concreta, al momento de aplicarlos, entra en operación el razonamiento práctico del hermeneuta. Pues efectivamente, la conexión necesaria entre derecho y moral es de la idea de una moral fundamentada en concreto y no en abstracto; dicha fundamentación no se encuentra en el vacío, pues como ya lo hemos señalado, el argumentador del derecho se encuentra en un haber previo, en un *horizonte de comprensión* del que no se puede apartar, ni como pretensión

¹⁰⁷⁵ *Idem.*

¹⁰⁷⁶ *Idem.*

¹⁰⁷⁷ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 84

de neutralidad, pues el fenómeno de la comprensión es una *interpretación intencional*.¹⁰⁷⁸

Si bien es cierto que no podemos hacer paternalismo moral, a partir de una perspectiva ética concreta de una filosofía o de una religión, al momento de analizar un caso se exige una determinación moral por parte del operador jurídico desde el punto de vista práctico; por lo cual no puede existir un vacío moral como punto de partida desde un razonamiento abstracto e indeterminado al momento de justificar una resolución judicial.

Los bienes humanos ya vienen definidos desde una antropología específica, en la cual se constituye de manera previa una concepción o imagen del hombre en tanto titular de esos bienes. Es decir, en la interpretación de los derechos fundamentales, siempre se produce una intencionalidad, a la luz de un *horizonte previo de comprensión*, pues las manifestaciones de su libertad, las relaciones de igualdad con otros hombres y por ende el establecimiento de esos derechos fundamentales desde una perspectiva moral, son precomprensiones del interprete al momento de aplicar una norma.

Sin embargo, consideramos que la idea del neoconstitucionalismo sustancial implica de forma necesaria admitir el instante hermenéutico, pues no sólo es necesaria la descripción del derecho con una fuerte conexión con la moral, sino una visión del aspecto antropológico del hombre como receptor de esos bienes humanos sujetos a protección constitucional, así como las expresiones del desarrollo libre de la personalidad con esa misma cobertura constitucional sin restringir un derecho a costa de otro.¹⁰⁷⁹

En ese intrincado problema es donde se encuentra el paradigma constitucional de la posmodernidad: definir desde una perspectiva antropológica, la forma en que se van a respetar los bienes humanos que tengan adscripción reconocidos en los derechos fundamentales, a la luz de un concepto de hombre compatible con su dignidad.

Sin bien existen teorías bien estructuradas como la de John Finnis – que se analiza a continuación– en cuanto la definición de esos bienes humanos que por experiencia directa se puede conocer su naturaleza sin adscribirse previamente a una propuesta metafísica¹⁰⁸⁰; *la existencia de sociedades pluralistas exigen que las teorías del derecho natural contemporáneo se vean complementadas con las herramientas hermenéuticas que aclaren el panorama respecto de la interpretación y el alcance de las normas iusfundamentales, como las que se tratan en la presente obra: ponderación,*

¹⁰⁷⁸ *Supra* “2. Hermenéutica como *interpretación intencional*” y “2. El horizonte de comprensión de la hermenéutica como filosofía trascendental”

¹⁰⁷⁹ Esa ha sido nuestra propuesta de un *neoconstitucionalismo sustancial*. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, *op. cit.*, pp. 339-355.

¹⁰⁸⁰ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 131.

proporcionalidad, contenido esencial, concreción y analogía.

A la luz de lo explicado en el presente capítulo, podemos establecer que la distinción entre reglas y principios ha ayudado a flexibilizar al ordenamiento jurídico, además de poner un énfasis determinante, en la falla estructural que tenía la pirámide kelseniana. Así los principios traducirán de mejor manera el contenido de las normas que contienen derechos humanos, en función de diversos criterios de distinción, tanto desde un aspecto de razonamiento lógico, como desde un enfoque práctico. Veamos el esquema en el que se aprecian dichas distinciones.

Fig. 1 Distinción entre reglas y principios

REGLAS	PRINCIPIOS
<i>Absolutas: Se cumplen o no se cumplen a la luz de los hechos del caso</i>	<i>Analógicos: Se presta adhesión a las razones que se aducen en el caso</i>
Son <i>mandatos definitivos</i> que no permiten grados de cumplimiento	Son <i>mandatos de optimización</i> que permiten grados de cumplimiento
Se aplican por mera <i>subsunción lógica</i>	Se aplican a través de la <i>ponderación</i>
La subsunción solo permite el cumplimiento a la manera de <i>todo o nada</i>	La ponderación permite que se tomen en cuenta las <i>circunstancias fácticas y jurídicas, así como los principios que juegan en sentido contrario</i>

5. LOS PRINCIPIOS COMO BIENES HUMANOS BÁSICOS RECONOCIDOS EN LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL: JOHN FINNIS.

La importancia de los principios jurídicos en los términos apuntados, necesariamente refiere a la formulación de argumentos que establecen una prescripción normativa, respecto de lo que significa un bien humano. Es decir, toda norma de derecho fundamental además de estar estructurada a la manera de un principio, esta a su vez refiere a valores de carácter moral que necesariamente protegen un bien jurídicamente tutelado. Para ello es necesario apreciar de manera general, en qué consisten los bienes humanos, en términos del nuevo derecho natural del que parte John Finnis.

Por lo anterior debemos apreciar la posibilidad de llegar a verdades en el terreno de la moralidad, que de manera objetiva la persona humana puede conocer, de consolidar el hecho ineludible del saber; el conocimiento es un bien humano al que accede el hombre, como quien está leyendo estas líneas, sin que previamente analice los pasos teóricos o científicos del comprender.

Para Finnis, esta “plasticidad” de las inclinaciones humanas, que es un correlato de la generalidad o universalidad de los respectivos valores comprendidos por la inteligencia práctica, es importante para una exacta captación no sólo de la antropología y de las historias humanas sino también de las virtudes y de los vicios humanos, de la conciencia y de la ética.

La verdad comienza con un impulso de la curiosidad. Éste encuentra sus respuestas y su satisfacción en las catedrales intelectuales de la ciencia, de las matemáticas y de la filosofía, cuyas ramificaciones y sofisticaciones se hallan más allá de la comprensión, incluso del individuo más dedicado. Pero igualmente encuentra respuesta y satisfacción en los cuentos de detectives, en los periódicos y en los “chismes”¹⁰⁸¹. En consecuencia, la universalidad del principio práctico de que la verdad es un bien digno de obtenerse; y respectivamente, el error, la confusión y la desinformación han de ser evitados.¹⁰⁸²

Los primeros principios del razonamiento práctico, son aplicados por los seres humanos a cualquier forma de acumulación de conocimiento, en la cual elijan interesarse o dedicarse. La unidad del principio práctico es tan importante como la inmensa diversidad del método; esta diversidad resulta no sólo del hecho de que la verdad no es el único valor básico, sino también del hecho de que los seres humanos (y en consecuencia las culturas) difieren en su determinación, entusiasmo, sobriedad, previsión, sensi-

¹⁰⁸¹ De manera muy similar Martin Heidegger se referirá a la habladería, al conocimiento inauténtico que se gesta en las sociedades modernas, en las que invade al saber filosófico la avidez de novedades con la incesante publicidad del mundo mediatizado de nuestros días. El “se dice”, es una forma de expresar de lo que la gente quiere en el inmenso mundo de la mercadotecnia del capitalismo global: se dice lo que hay que leer, se dice lo que hay que escuchar, se dice lo que vestir, etc. Cfr. HEIDEGGER, Martin, *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*. Trad. de Jaime Aspiunza, Alianza, Madrid, 2008, pp. 17 y ss.

¹⁰⁸² FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 116-117.

bilidad, constancia, y en todas las otras modalidades de respuesta a cualquier valor.¹⁰⁸³

Así pues, en el derecho si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno, debe promover o no perjudicar a esos bienes básicos, pues en ellos está comprometido el *human flourishing* (el florecimiento de la cultura humana); siendo *los basic values* (bienes básicos), los fines básicos de la existencia humana, operan como principios de cualquier esfuerzo moral, político o jurídico en orden a establecer reglas, instituciones, decisiones o acciones.¹⁰⁸⁴

Pero ellos son pre-morales y entonces la moralidad (específicamente también el derecho) aparecerá cuando el hombre con su razón y su libertad los vaya encarnando en sus *concretas decisiones y acciones*, por eso la mera comprensión de esos bienes no garantiza que ellos sean buscados de manera correcta, adecuada o razonablemente en otro sentido.¹⁰⁸⁵

Veamos pues los bienes humanos básicos en lo particular.

1) La vida

El valor básico por antonomasia, sin el cual los demás bienes no se pueden satisfacer es el valor de la vida humana. Este valor, consiste de manera intencional, al impulso hacia la propia preservación; el término “vida” significa aquí cada uno de los aspectos de la vitalidad (*vita*, vida) que hacen que el ser humano esté en buenas condiciones para la autodeterminación.¹⁰⁸⁶

De manera conjunta con el bien de la vida humana, se encuentra el bien de la salud corporal y la ausencia del dolor que presagia daño o mal funcionamiento en el cuerpo. Aunado al bien de la vida, se encuentran otros objetivos internamente relacionados, tan variados como la lucha de un hombre que ha caído por la borda e intenta mantenerse a flote hasta que su barco regrese a rescatarle.¹⁰⁸⁷

Aunado al bien básico de la vida y la salud, se encuentra la transmisión de la vida mediante la procreación de los hijos; la cual no puede reducirse a la realización del acto sexual. La búsqueda continua del valor de la vida que está implicado en el simple mantener vivo y con buena salud al hijo hasta que pueda valerse por sí mismo¹⁰⁸⁸, así como la misma procreación abierta a la vida como consecuencia de la unión de un hombre y una mujer.

¹⁰⁸³ *Idem.*

¹⁰⁸⁴ Para una revisión muy completa de la filosofía del derecho de John Finnis Véase VIGO, Rodolfo L., “La teoría jurídica de John Finnis” en *El iusnaturalismo actual*, Fontamara, México, 2003, p. 105 y ss y 114.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, pp. 114.

¹⁰⁸⁶ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 117-118.

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*, p. 118.

¹⁰⁸⁸ *Idem.*

2) El conocimiento

El valor básico del conocimiento, es considerado como deseable por sí mismo, no sólo instrumentalmente; pues no hay otro bien humano que sea tan evidente, como el hecho de sostener algo racionalmente y conocerlo de manera inteligible en el pensamiento como un bien considerado en sus términos.¹⁰⁸⁹

El conocimiento es el ejemplo más claro de lo que para nosotros significa el pensamiento de Finnis como una *hermenéutica iusnaturalista*. Con algunas adaptaciones y aportaciones, proponemos más adelante, las conexiones que existen entre la hermenéutica y su concepto de intencionalidad con la *objetividad ontológica de los bienes humanos*, reconocidos en los derechos fundamentales.

3) El juego

Muchas veces, a este aspecto básico del bienestar humano no se le pone la importancia que se merece; un antropólogo no dejará de observar este importante e irreductible elemento de la cultura humana. La realización del juego, no tienen otro sentido que la realización misma del hombre, en el disfrute al sano esparcimiento y creatividad humanas del hombre desde muy pequeño; la cual puede ser solitaria o social, intelectual o física, extenuante o relajada, altamente estructurada o relativamente informal, convencional o *ad hoc* en cuanto a su forma.¹⁰⁹⁰

El juego puede entrar en cualquier actividad humana, aún en la redacción de las leyes, pero siempre es analíticamente distinguible de su contexto “serio”; y algunas actividades, empresas e instituciones son total o primariamente puro juego. El juego, entonces, tiene y es un valor por sí mismo.

Las acciones lúdicas de la persona humana, se instalan de manera natural desde muy corta edad, en el aspecto creativo de la razón para encontrar en el juego mismo una satisfacción inherente al conocimiento y al espíritu humano. A un bebe de un año, no se le puede enseñar por qué una actividad resulta satisfactoria, cuando de manera instintiva sabe que las acciones encaminadas a realizar un juego, son en sí mismas divertidas; y al mismo tiempo desarrolla sus capacidades físicas e intelectuales con la creatividad que le imprime a dicha actividad, aprendiendo siempre cosas nuevas que lo llevan a perfeccionar sus conocimientos lúdicos.

4) La experiencia estética

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, pp. 118-119.

Existen muchas formas de juego, como el baile, el canto o el fútbol, son la matriz o la ocasión de la experiencia estética. Sin embargo, la belleza no es un elemento indispensable del juego. Además, es posible hallar y gozar formas bellas en la naturaleza. La experiencia estética, a diferencia del juego, no necesariamente supone la acción de uno mismo; buscar y valorar por sí mismo puede ser simplemente la forma bella “fuera de” uno, pero a la vez puede realizarse una experiencia “interna” de la apreciación de su belleza. Muy a menudo la experiencia que se valora se encuentra en la creación y/o en la apreciación activa de alguna obra de forma significativa y agradable; o en su misma ejecución interpretativa.¹⁰⁹¹

5) La amistad

La sociabilidad realiza un mínimo de paz y armonía entre los hombres; atraviesa las formas de comunidad humana hasta su forma más fuerte en el florecimiento de la amistad plena. En un primer momento, parte de la colaboración entre una persona y otra no es más que instrumental para la realización, por cada uno, de sus propios propósitos individuales.¹⁰⁹²

Sin embargo, la amistad implica obrar por los propósitos del amigo, por el bienestar del propio amigo. Estar en una relación de amistad con al menos una persona es una forma fundamental de bien. En efecto, el valor humano de la amistad realiza la esencia de lo que significa el amor, pues a través de aquella se realiza este. Es decir, querer el bien propio en el otro, es una forma de concretar el valor de la sociabilidad, al querer el bien por sí mismo pero en otra persona. Por lo cual podemos decir que la amistad es la representación más próxima a lo que es el amor humano.

6) La razonabilidad práctica

Este bien humano, tiene la capacidad de hacer que la propia inteligencia se aplique eficazmente, pues en el mismo razonamiento práctico que da por resultado una acción se materializa la idea de bien y de virtud, que el mismo agente moral busca con la conducta recta.¹⁰⁹³

Los problemas de elegir las acciones y el estilo de vida de cada uno y de formar el propio carácter, implica que uno tiene una medida de libertad efectiva; de modo positivo, implica que uno busca introducir un orden inteligente y razonable en las propias acciones y hábitos y actitudes prácticas.

En palabras de Finnis, el orden que conlleva la realización de una acción que se rige desde el razonamiento práctico, tiene primeramente un *aspecto interno*, como cuando uno se esfuerza por conducir las propias

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, p. 119.

¹⁰⁹² *Idem*.

¹⁰⁹³ *Idem*.

emociones y disposiciones a la armonía de una paz interior de la mente que no es sólo producto de drogas o de adoctrinamiento ni constituye una mera invitación a la pasividad.¹⁰⁹⁴

Es decir, con esa afirmación Finnis pone el énfasis en que la razón humana tiene la capacidad de realizar sus potencialidades y en cierto sentido, buscar su armonía interior, sin que esté de por medio alguna influencia de sustancias o de teorías que aprende el conocimiento para llegar de forma instrumental a la paz interior; en este sentido el razonamiento práctico devela una pretensión clara en la que el hombre se encuentra a sí mismo y se entiende como un ser humano, para a su vez comprender a los demás.

Por otra parte, un *aspecto externo*, es cuando uno se esfuerza por hacer que las propias acciones sean auténticas, es decir, realizaciones genuinas de sus propias valoraciones, preferencias, esperanzas y autodeterminaciones libremente ordenadas.¹⁰⁹⁵

Las acciones exteriores que ejecuta la persona humana, en cuanto cambian el estado de cosas en el mundo y por otra parte, también afectan las relaciones de otras personas, son derivaciones de su misma racionalidad electiva en la consecución de bienes que le atañen a su misma persona, o a otras; actualización que conlleva necesariamente la modificación positiva o negativa de un estado espiritual, un hábito en general, o una virtud o un vicio.

Este valor sin duda, es un tanto complejo, e implica libertad y razón, integridad y autenticidad; sin embargo, posee la suficiente unidad para ser tratado como uno solo, por lo cual la denominación *razonabilidad práctica*.

7) La religión

En estos tiempos de secularización de la filosofía, el derecho y en general el pensamiento occidental, resulta complejo advertir en la idea de la espiritualidad del hombre, como un bien humano en tanto relación del espíritu humano con el absoluto.¹⁰⁹⁶

Finnis parte del planteamiento, de que así como existe el orden de los medios a los fines, y la búsqueda de la vida, la verdad, el juego y la experiencia estética según algún orden de prioridades y alguna forma de especialización individualmente seleccionados; de igual forma existe el orden que puede introducirse en las relaciones humanas a través de la colaboración, la comunidad y la amistad, y el orden que ha de ser introducido en el propio carácter y actividad a través de la integridad interior y de la autenticidad exterior.

¹⁰⁹⁴ *Ibidem*, pp. 119-120.

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*, p. 120.

¹⁰⁹⁶ *Idem*.

Ahora bien, la idea del orden plantea preguntas fundamentales como las siguientes: a) ¿Cómo se relaciona la idea de orden en la iniciativa humana de carácter finito, con el orden perdurable del cosmos y su origen primigenio? b) ¿Existe algo que haga posible la libertad humana, su inteligencia y su dominio que no sea producto de un determinismo, sino que esas cualidades humanas son posibles en cada momento por la idea de perfección que escapa de las capacidades limitadas del hombre?¹⁰⁹⁷ Estas como otras cuestiones, son fundamentales para entender la relación del hombre con lo absoluto, como cualidad esencial en el espíritu humano en la búsqueda por el sentido de la vida en este mundo.

6. EL CONOCIMIENTO Y LA SINGULARIDAD DEL ACTO MORAL

1) Intencionalidad y objetividad de los bienes humanos básicos

De la nómina de bienes humanos básicos que señala John Finnis, sin duda el conocimiento, es el más importante para advertir la existencia de dichos bienes en la misma experiencia del hombre cuando accede a ellos de forma intencional. Esto es, si Finnis considera al conocimiento como deseable por sí mismo y no sólo instrumentalmente, es claro que accedemos a los bienes humanos de forma racional en la propia experiencia del conocer.

Por ende, *no hay forma más radical que el conocimiento experiencial hacia los bienes humanos, como la singularidad en la cual el acto moral de la persona accede a ellos de forma intencional.*

En ese orden de ideas vemos como Finnis se acerca más a una *hermenéutica iusnaturalista* que a una tradición analítica del derecho, desde las propias coordenadas del derecho natural. Con algunas adaptaciones y aportaciones, proponemos una hermenéutica, centrada en la *objetividad ontológica de los bienes humanos*, reconocidos en los derechos fundamentales.

Sin embargo, resulta conveniente hacer una aclaración desde un principio, que la captación del bien como conocimiento práctico, no es lo mismo a lo que se refería la afirmación cartesiana “pienso luego existo” (*cogito ergo sum*). Mientras que la visión cartesiana depende del método científico para acceder a la verdad, el giro fenomenológico que proponemos, pone en la centralidad la experiencia vital de los bienes humanos en el obrar práctico del agente moral, en el mundo de la vida.

Es decir, *en lugar de que sea el sujeto el que condiciona el conocimiento de la verdad a través del método, el conocimiento del bien humano se actualiza en la misma experiencia, ontológicamente constitutiva del conocer; pues la radicalidad de esa experiencia del obrar humano, cuando accede al bien,*

¹⁰⁹⁷ *Idem.*

actualiza sus potencialidades en la persona que realiza la acción, y en ese mismo instante su perfeccionamiento.

El conocimiento entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, en tanto conocimiento lineal de la realidad, se transforma en el círculo hermenéutico de la comprensión, en cuyo epicentro se encuentra el sujeto arrojado a la realidad de la que se nutre la *singularidad del obrar humano*; por su parte, la *hermenéutica onto-fenomenológica* de los bienes humanos, invierte la relación monológica sujeto-objeto en experiencia viviente.

El sujeto que interpreta, y los bienes, objeto del conocimiento, se unen en el epicentro de la vida cotidiana, para generar una nueva “metodología” que logre acceder de manera originaria hacia la experiencia humana del razonamiento práctico.

La hermenéutica y el iusnaturalismo, se unen en la “tormenta perfecta” de las doctrinas contemporáneas como el neoconstitucionalismo y la argumentación jurídica, para edificar la nueva estructura del derecho posmoderno que centra su atención, en la traducción de los contenidos normativos de los derechos fundamentales que reconocen bienes humanos o en general principios de justicia o de moralidad.

Así pues, el bien humano básico del conocimiento no presupone la formulación de juicios morales, sino más bien, refieren al sustrato valorativo de los *actos de comprensión práctica en que captamos los valores básicos de la existencia humana y de esta manera, también develamos los principios básicos de todo razonamiento práctico.*¹⁰⁹⁸

El conocimiento como bien humano, nos ayuda a ilustrar lo que significan los conceptos “valor básico” y “principio práctico básico” en general, mismo que se puede predicar a los bienes que explicamos en éste epígrafe; de cómo dichos valores y principios entran en cualquier consideración de buenas razones para la acción y en cualquier descripción completa de la conducta humana; y el sentido en cual dichos valores básicos son obvios, *auto-evidentes* y aun incuestionables.¹⁰⁹⁹

El conocimiento y los demás bienes humanos a los que hacemos referencia, son necesidades irreductiblemente básicas. El uso del término conocimiento resulta genérico, por lo cual es más preciso hablar de “conocimiento especulativo”; sin embargo no se pretende hacer la distinción aristotélica entre lo *theoretike* y lo *praktike*, sino para distinguir por una parte, el conocimiento en cuanto buscado por sí mismo, y por otra parte, del conocimiento en cuanto buscado sólo instrumentalmente; entendiendo por éste último, la utilidad que proporciona en la búsqueda de algún otro objetivo, tal como sobrevivir, el poder, la popularidad, o una taza de café a buen precio.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁸ *Idem.*

¹⁰⁹⁹ *Idem.*

¹¹⁰⁰ *Idem.*

El interés por conocer, por alcanzar la verdad de las cosas, no se limita a las preguntas específicas, que de primera mano estimularon la investigación en su vertiente del conocimiento instrumental; sin embargo y tan pronto como se indaga más a fondo, derivado de un esfuerzo reflexivo, se aclara que *el conocimiento es un bien que ha de ser buscado por sí mismo y no por la utilidad que nos reporta o por la curiosidad que despierta*.¹¹⁰¹

Bajo el contexto anterior es lo que motiva al conocimiento como bien humano, en el que nos encontramos abocados, para buscar la verdad, como explicaciones suficientes del sentido de nuestra actividad, proyecto, o empeño. Las verdades de razón práctica se representan en los siguientes silogismos, esto es, en *silogismos prácticos* a diferencia de los *silogismos lógicos o deductivos*: “El conocimiento es algo bueno que vale la pena poseer”, “Estar bien informado y con la mente clara es una buena forma de ser”, “La confusión y la ignorancia han de ser evitadas”; son formulaciones de un principio práctico que expresan una comprensión de un bien, que implica proporcionar el punto de partida (*principium*) para razonar sobre qué hacer, y la forma en la cual, dicho modo de argumentar, constituye un principio de razonabilidad práctica.¹¹⁰²

Por señalar otros ejemplos de silogismo práctico, como: “sería bueno averiguar la verdad sobre los supuestos principios de la ley natural”; “es probable que la lectura crítica de este libro me ayude a averiguar lo que quiero averiguar sobre estas materias”; “luego, a pesar de lo aburrido que es, lo leeré por completo y reflexionaré sobre sus argumentos”, constituyen elementos que *proporcionan razones para que el agente moral tenga las condiciones de posibilidad para proceder en determinado sentido*¹¹⁰³; *razones para la acción, que han-de-ser-buscadas para la consecución del bien en sí mismo considerado y no por otro interés utilitarista o estratégico que pudiera advertir con su acción*. En este sentido cabe muy bien recordar la forma como conceptualiza Ronald Dworkin a los principios jurídicos, como aquellos estándares que ha de ser observados, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable en los términos utilitaristas que normalmente se han concebido (Bentham), sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.¹¹⁰⁴

Ahora bien, por lo que respecta al primero de los ejemplos “sería bueno averiguar la verdad sobre los supuestos principios de la ley natural”, se encuentra expresada una premisa en tanto principio práctico; si bien es cierto formula un deseo, ese deseo se convierte más que un impulso ciego, refiere de manera precisa a un objeto de conocimiento que es “averiguar sobre la ley natural”; del cual se advierte la forma inteligible y general, el

¹¹⁰¹ *Ibidem*, p. 93.

¹¹⁰² *Ibidem*, p. 94.

¹¹⁰³ *Ibidem*, p. 95.

¹¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

objeto de conocimiento como una forma posible de participación o ejemplificación.¹¹⁰⁵

La segunda premisa “es probable que la lectura crítica de este libro me ayude a averiguar lo que quiero averiguar sobre estas materias”, es un sencillo juicio de hecho sobre la relevancia, coherencia, etc., en relación con un libro determinado; lo cual expresa una primera premisa o principio práctico, que proporciona una *razón para actuar de la manera señalada en la conclusión*, es decir en el tercer paso en la sucesión del razonamiento. La fuerza de esta razón varía, de conformidad con el valor de cada una de estas materias en particular y con las propias circunstancias particulares; así como de certeza o incerteza de nuestra estimación de hecho sobre la conveniencia de los medios propuestos para realizar ese valor en este caso particular.¹¹⁰⁶

Como ya quedó asentado, en cuanto a que el bien del conocimiento participa de los demás bienes humanos, pues a través de aquel, estos bienes pueden ser conocidos, todos los principios prácticos básicos constituyen un bien que se han de buscar, y el mal, la falsedad o el error debe ser evitados. *A la luz del razonamiento práctico de mérito, no desempeña el mismo papel que las reglas, pues el razonamiento práctico así como la explicación y descripción del obrar inteligente, sirve para orientar nuestro razonamiento y puede concretarse más que “aplicarse” en un gran número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos.*¹¹⁰⁷

En el párrafo anterior, podemos apreciar de manera clara y relevante, de cómo John Finnis, comparte la dialéctica que ha nacido con la distinción entre reglas y principios a la que nos hemos referido con anterioridad. De igual forma se aclara, de cómo el razonamiento práctico constituye el principal sustento en la orientación razonable de la conducta humana, así como la *naturaleza concrecional* de los principios prácticos; pues a diferencia de las reglas que establecen mandatos de optimización, los derechos fundamentales, en tanto derechos naturales, se concretan.

Los bienes humanos también son objeto de optimización no sólo como normas lógicas que aplican por mera subsunción, sino que su contenido normativo se actualiza a través de una justa ponderación en la realidad humana, de conformidad con los elementos de moralidad y de justicia que contienen los derechos: la realización fáctica y material de la esfera deóntica de esos *bienes humanos básicos fundamentales* que expresan de forma orientativa la debitud del derecho, y que se traduce en un dar, hacer o abstenerse.

El razonamiento práctico, más que restringir, sugiere *nuevos horizontes para la actividad humana*. El principio práctico básico de que el conocimiento es bueno, con muy poca frecuencia implica ser formulado como

¹¹⁰⁵ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 95.

¹¹⁰⁶ *Idem.*

¹¹⁰⁷ *Idem.*

una premisa lógica para entender desde el obrar humano, la satisfacción de la necesidad que con dicha acción representa para la persona a la que accede a ese bien humano. Las premisas prácticas particulares (por ejemplo, sería bueno tener conocimiento sobre la ley natural), no son por lo común adoptadas como conclusiones de una secuencia de razonamiento inferencial a partir del principio más general y básico.¹¹⁰⁸

El razonamiento práctico es análogo al razonamiento “teórico” en cierto sentido, pues posee sus propios supuestos y principios básicos y usualmente tácitos. En la expresión ¡demasiado tarde!, realizamos un argumento entimemático, pues a menudo formulamos el supuesto sobre el cual descansa nuestra conclusión sin demostrarla, sino mostrarla por su propia evidencia; en este caso, el supuesto rector ineludible, de que el tiempo no puede ser revertido. Sin embargo, tales supuestos y principios pueden ser aislados e identificados, mediante la reflexión no sólo sobre nuestro propio pensamiento, sino también sobre las palabras y las obras de otros.¹¹⁰⁹

Otro ejemplo sería cuando le pretendemos dar un sentido a los compromisos, proyectos y acciones de alguien durante un período, con lo cual podríamos decir que obró “sobre la base de que” el conocimiento es un bien merecedor de una dedicación conformadora de la vida. El bien del conocimiento, no constituye un “fin” externo a los “medios” a través de los cuales lo “perseguía” o procuraba “obtenerlo”; al contrario, *constituía un bien en el que, podríamos decir, él participaba, en o a través de aquellos de entre sus compromisos, proyectos y acciones que son explicables por referencia a ese principio práctico básico, a esa forma básica de bien.*¹¹¹⁰

A la luz de una determinada acción de razón práctica (leer un libro) y un determinado proyecto (comprender alguna teoría) pueden ser más o menos plenamente conseguidos, completados o acabados. Sin embargo, la palabra “compromiso” constituye una clase de *participación-en-un-valor* que nunca está ni acabada ni de sobra y que toma forma en una variedad potencialmente inagotable de proyectos y acciones particulares, cada cual con su primera premisa de razonamiento práctico particularizada¹¹¹¹: su concreción material a la luz de la *singularidad del acto moral*.

2) La naturaleza constitutiva del acto moral como verdades de razón práctica

¹¹⁰⁸ *Idem.*

¹¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 95-96.

¹¹¹¹ *Ibidem*, p. 96.

Ahora bien, la interpretación jurídica en materia de principios jurídicos, alude de manera necesaria a las acciones humanas que se despliegan en un obrar moral. Dichas realidades escapan del conocimiento especulativo o “razón teórica”, porque precisamente la razón práctica tiene por objeto el orientar la conducta humana, y no tanto constatar verdades que se presentan en la realidad material como una acción de mera descripción de lo que es; sino de los de debe ser en el campo de la moral.

En efecto, la interpretación de los principios jurídicos que protegen bienes humanos básicos, giran en torno a un conocimiento de verdades de razón, que escapan del conocimiento meramente científico, matemático, de las ciencias naturales, o especulativo. Por ende, el conocimiento “práctico” se diferencia del conocimiento “teórico”, porque aquel tiene por finalidad intrínseca en valoración de la *praxis* humana jurídica¹¹¹², sin quedarse en un aspecto meramente descriptivo, para constatar una realidad física; sino que las verdades en el terreno del obrar humano, tienen un sentido *normativo y orientador*: se preguntan ¿Qué debo hacer?

Así, la razón práctica en la interpretación jurídica, no se limita en conocer el contenido significativo de un enunciado, sino principalmente para determinar cuál es la norma concreta que ha de regular un caso; como en la interpretación jurídica por antonomasia que es la interpretación judicial, o la norma que ha de regular un conjunto de casos genéricamente determinados en el caso de la interpretación doctrinal. Por lo tanto, su finalidad es constitutivamente práctica, ya que por su propia índole jurídica, se ordena a la conformación de la norma adecuada para la valoración o normación justa de una *praxis* humana, también jurídica.¹¹¹³

Por ende, la interpretación jurídica trata de determinar, a partir de ciertas causas o principios, el efecto normativo que consiste en la regulación de un caso concreto; dicho proceso hermenéutico es sintético en un segundo sentido, toda vez que a través de él se compone o unifica un resultado normativo que tiene multiplicidad de causas, condicionamientos y determinaciones.¹¹¹⁴

La diversidad de ese sentido normativo, encuentra su unidad en un imperativo práctico-jurídico, que ha de reunir en sí mismo todos los elementos que contribuyen a determinar de forma clara, el sentido normativo adecuado al caso a resolver: es decir, el conocimiento práctico-jurídico, debe preguntarse sobre su *objeto* que es la regulación de la *praxis* humana

¹¹¹² MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, op. cit., p. 70.

¹¹¹³ Carlos Massini citando a Francesco Viola y Kalinowski, llega a desentrañar con gran maestría lo que significa la razón práctica en la interpretación jurídica, como modelo hermenéutico por antonomasia para la traducción de los contenidos normativos de los preceptos jurídicos en los casos concretos como verdades de razón moral que orientan la acción hacia una finalidad. *Idem*.

¹¹¹⁴ *Idem*.

concreta, su *fin* intrínseco es lograr que esa regulación se realice de un modo justo, y su modo de proceder reviste carácter sintético o compositivo¹¹¹⁵, en virtud de que la razón humana tiene la capacidad de razonar y llegar a relacionar elementos de moralidad que orientan la conducta humana hacia la conducta recta en el obrar humano.

Ese proceso de conocimiento al que atiende la razón práctica en la interpretación jurídica, es un ejercicio racional *radicalmente cognitivo*, toda vez que se dirige a la adquisición de conocimiento acerca de cuál es la norma apta para regular, para *dirigir la praxis jurídica*, para valorarla como correcta o incorrecta, justa o injusta para la acción concreta¹¹¹⁶; para lo cual los bienes humanos proporcionan orientaciones para la decisión correcta, como *razones básicas para la acción*, y con ello dar razón de lo que se elige en torno a un bien que le proporciona el obrar propiamente humano.¹¹¹⁷

Es por ello, que una adecuada interpretación jurídica en materia de derechos humanos, advierte de forma correcta las razones para la acción, desde el punto de vista del buen obrar, de *lo justo concreto*¹¹¹⁸ al momento de decidir y prescribir. Lo justo circunstanciado en la ponderación de los derechos, a la luz de la dualidad normativa de los principios, como forma jurídica y contenido moral.

En este sentido, el compromiso del operador jurídico para buscar la verdad en el terreno de la moralidad, destruye la apariencia de neutralidad que el derecho moderno ha pretendido configurar en toda acción humana; comprender un valor es comprometerse, y por ende, desplegar la conducta adecuada a esos fines con rectitud y sin caer en posturas utilitaristas o consecuencialistas.

Es decir, el razonamiento práctico no puede ser acaparado por la razón instrumental, pues los bienes humanos se buscan por sí mismos y no como medios para lograr otros propósitos que no tengan la finalidad de concretar el valor que de un inicio se ha trazado en su búsqueda. Si el objeto de conocimiento es la virtud y la perfección humana, los bienes humanos básicos participan de las cualidades ontológicas de la indisponibilidad de los derechos y de la dignidad humana.

¹¹¹⁵ *Idem.*

¹¹¹⁶ *Idem.*

¹¹¹⁷ Carlos Massini citando a Finnis, advierte cómo la razón práctica es un ejercicio volitivo que orienta la acción humana en torno a un bien humano básico; y en ese sentido, la conducta humana conoce de forma directa el bien, sin necesidad de un conocimiento previo, sino que en su sentido autónomo realiza su naturaleza, en la elección de esos bienes que le son valiosos y que lo perfecciona: el *florecimiento humano*. MASSINI, Carlos I., "Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis" en ETCHEVERRY, Juan B., "Presentación" a *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, pp. 13-30.

¹¹¹⁸ PALLARES, Eduardo, *La configuración de lo justo*, Porrúa, México, 2007.

*En la medida en que el obrar del hombre encuentra el bien humano, ya está participando de sus cualidades ontológicamente constitutivas del conocimiento de la verdad en el terreno de la moral y de la ética; bien humano y razón práctica, se unen a través del esfuerzo racional de conectar la conducta humana con el conocimiento, a través del puente hermenéutico de la intencionalidad y la singularidad del acto moral.*¹¹¹⁹

El bien humano se busca a través del conocimiento como un bien en sí mismo, porque el agente moral que lo realiza se encuentra reflejado en un conocimiento que no lo describe, sino que lo constituye como tal. El acceso originario a lo que la conducta busca, tanto por intuición como por razón, parece un reflejo del intelecto con la realidad; pero ese conocimiento no es de mera descripción, sino que *el develamiento del bien humano que se realiza en la conducta, es la forma de ser del hombre; como cualidad indisponible que se manifiesta en la propia intencionalidad práctica del obrar humano en la búsqueda por la verdad moral y por ende en su perfeccionamiento.*

El conocimiento como bien humano, que realiza una función constitutiva de razón práctica, actúa en el agente moral como un puente de concreción material entre el bien humano en sí mismo y la acción humana. Es por ello que el conocimiento que devela la verdad moral en el mismo agente que lo realiza; lo describe en su mismidad, en su *hominidad*, más no como una reproducción mecánica de la conducta que describe “lo que es la naturaleza humana”, sino como un conocimiento a la vez subjetivo y objetivo, de las condiciones ontológicas del comprender desde su mismo obrar práctico y racional. *El ser que es moral es el que se comprende a sí mismo en su propia acción humana.*¹¹²⁰

Por ende el obrar humano, es la realización de la razón práctica del bien, de la cualidad ontológicamente constitutiva de la verdad moral; quien

¹¹¹⁹ Será materia de otro estudio la idea del puente hermenéutico entre la objetividad del derecho y su justificación racional; pues el puente argumentativo entre el ser y el deber ser en la racionalidad de las decisiones jurídicas estriba de manera fundamental, en la singularidad del acto moral, mismo que encuentra sentido y concreción práctica, cuando obtenemos todos los datos relevantes de un caso particular a la luz del cual podemos analizar las circunstancias de cómo se devela la realización de un bien humano, en función de sus cualidades indisponibles en un caso concreto. Es así que afirmamos, que entre razón teórica (descripción) y razón práctica (justificación) existe el puente hermenéutico de la singularidad. El ejemplo que hemos comentado de que no tengo obligación de dar alimentos si no tengo hijos, etc.; es decir el derecho se actualiza con el bien humano circunstanciado.

¹¹²⁰ Muy similar a la frase de Gadamer “*El ser que puede ser comprendido es lenguaje*”. Véase GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 567-568: “El fenómeno hermenéutico devuelve aquí su propia universalidad a la constitución óptica de lo comprendido cuando determina ésta en un sentido universal como *lenguaje*, y cuando entiende su propia referencia a lo que es como interpretación. Por eso no hablamos sólo de un lenguaje del arte, sino también de un lenguaje de la naturaleza, e incluso del lenguaje de la cosas.”

accede en su propia acción constitutiva de verdad moral, a través del obrar recto de la conducta humana, devela su propia perfección.

Interpretarse en el obrar humano no se agota en el saberse¹¹²¹, porque el autoreconocimiento del bien humano en sí mismo, no sólo describe la conducta humana, sino que del conocimiento del bien, condiciona el obrar recto de la misma persona que lo realiza, en su propia singularidad intencional.

En suma, las acciones no son buenas o correctas por que estén ordenadas en la ley positiva o la ley natural, sino que son buenas porque realizan un bien humano. La persona que en su obrar práctico y razonable, despliega la conducta en torno a ese bien, se perfecciona en su mismo actuar; en tanto que su conducta es razonable y recta, porque giran en torno a un bien en sí mismo considerado.

No se puede tildar de círculo vicioso al razonamiento práctico, porque su finalidad no es una descripción interminable de silogismos que lleguen a un mismo punto; sino que la lógica de la razón práctica es entero distinta al razonamiento especulativo que tiende a demostrar sus conclusiones de manera evidente, en regularidades físicas o empíricas, a través de las leyes de la naturaleza, de las matemáticas o de la lógica formal.

En el caso del razonamiento práctico, lo que se pretende acreditar, que *esas verdades morales no se demuestran sino se muestran como verdades autoevidentes*; porque el bien humano se realiza en la persona que despliega su obrar práctico y no porque lo establezca una disposición, bien positiva o natural, es que “deba de ser así”; como cuando afirmamos “esta nublado”, necesariamente la conclusión deba de ser “va a llover”. Sin duda ese causalismo empirista y determinista de la conducta humana, se asemeja a la pretensión de neutralidad del derecho positivista que poco tiene que ver con el razonamiento práctico de las ciencias humanas.

La persona dirige su actuar hacia un bien humano, sin incurrir en falacia, pues esa conducta perfecciona a la persona que la realiza, pues gira en torno a un bien, y ese bien le reporta a la persona una virtud de perfección que no puede ser demostrada sino develada en su misma representación intencional del bien humano que posee.¹¹²²

En otras palabras, las acciones no se realizan porque lo prescribe una norma positiva moral o religiosa, o porque se describe en una teoría o filosofía ética o moral, sino que son buenas porque se realizan en torno a un bien humano, al cual ha-de-dirigirse-la-conducta, bajo la pretensión de que en su

¹¹²¹ De igual forma evocamos la frase de Gadamer “Ser histórico quiere decir no agotarse nunca en el saberse”, que evoca la esencia de lo que es la historia efectual en la hermenéutica. Somos parte de la historia y por lo tanto estamos afectados por la tradición: “nos encontramos frente a la tradición que queremos comprender. Tampoco se puede llevar a cabo por completo la iluminación de esta situación, la reflexión total sobre la historia efectual; pero esta inacababilidad no es defecto de la reflexión sino que está en la esencia misma del ser histórico que somos.” *Ibidem*, pp. 372.

¹¹²² *Supra* “b) La verdad como el desocultamiento del ser (*Alétheia*) y la singularidad del acto moral”.

actualización, le reporta un bien a la persona; bien humano directamente experimentable, con su conducta racionalmente dirigida a ese bien y no con otra pretensión utilitarista, estratégica o consecuencialista.

Por otra parte, resulta una verdad incuestionable que el conocimiento es realmente un bien; un aspecto de la auténtica realización humana plena, y que el principio que expresa su valor formula una razón real (inteligente) para la acción; pues parece claro que constituye una verdad, que excluye cualquier incertidumbre sobre la existencia de razones suficientes para dudar de que esto sea así. Por lo cual, el bien del conocimiento es evidente, obvio y objetivo; sin bien no puede ser demostrado, tampoco necesita demostración.¹¹²³

Con lo anterior, no podemos generalizar en la afirmación de que todo el mundo efectivamente reconoce el valor del conocimiento, o que no hay precondiciones para reconocer ese valor. El principio de que la verdad y el conocimiento de la misma deben buscarse, no es de modo alguno innato, inscrito en la mente desde el nacimiento. Por el contrario, *el valor de la verdad se hace obvio sólo para quien ha experimentado el impulso de preguntar; ha comprendido la conexión entre pregunta y respuesta, entiende que el conocimiento está constituido por respuestas correctas a preguntas determinadas, y advierte la posibilidad de preguntas ulteriores y la existencia de otros que preguntan y que como él mismo podrían gozar del beneficio de alcanzar respuestas correctas.*¹¹²⁴

El principio de que “vale la pena buscar la verdad”, de que “vale la pena poseer el conocimiento”, es por tanto un principio inderivado; pues ni su inteligibilidad ni su fuerza se fundan en un principio ulterior. Sin embargo no es inderivado por el hecho de que los deseamos y nos interesamos por él, por lo cual valoramos y lo buscamos positivamente. Con lo cual, no hacemos más que afirmar su plausibilidad, sin que abandonemos el esfuerzo por entender el valor del conocimiento.¹¹²⁵

En este sentido se puede aplicar la inderivabilidad de los principios de razón práctica, con los principios de derecho fundamental a los que hace referencia Dworkin, que los describe como mandatos de optimización que no tienen un origen o *pedigree*, como las reglas jurídicas, en las cuales se puede apreciar la autoridad del poder público que la emitió, y si dicha regla siguió un procedimiento de creación normativa conforme al derecho positivo. Es decir, los principios son *proprio vigore*, y el operador jurídico acude a ellos, no porque el legislador lo autoriza, sino porque es necesario “hacerlos hablar” en el caso particular, en tanto que develan un razonamiento práctico al proporcionar respuestas plausibles a un problema irresoluble bajo las reglas del derecho positivo; con lo cual no quiere decir que los principios no sean derecho, sino que no precisan del reconocimiento de

¹¹²³ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 96.

¹¹²⁴ *Idem*.

¹¹²⁵ *Ibidem*, pp. 100-101.

normas positivas para que sean aplicados por el operador jurídico para resolver un caso.¹¹²⁶

Ahora bien, la tentación de abandonar la búsqueda del conocimiento como un bien humano, se sustenta en malas razones filosóficas; en este aspecto, confundimos la falta de derivación de un principio con una falta de justificación o una falta de objetividad, pues la inderivabilidad importa en algunos casos, falta de justificación o falta de objetividad. Pero en otros casos anuncia la evidencia; y estos casos han de ser encontrados en todo campo de investigación.¹¹²⁷

Para alguien que considera que algo como el conocimiento es un bien, la verdadera expresión de su opinión y actitud no es “es bueno porque o en la medida en que yo lo deseo”, sino “lo deseo porque y en la medida en que es bueno”. En razón de lo anterior, se advierte fácil confundirse por el dicho aristotélico de que “el bien es lo que todas las cosas desean”; como si la bondad fuera consecuencia de los deseos o de las opiniones. El uso primario del término “bien” en este caso, es para expresar nuestro pensamiento práctico, para orientar la decisión y la acción; a menos que se tuviera un deseo o un interés, el cual en todo caso estaríamos en el terreno del utilitarismo y de la razón instrumental¹¹²⁸; por los cuales no se busca el bien en sí mismo considerado, sino que reporta un beneficio subrepticio al bien humano conseguido de forma indirecta, pues no busca su perfeccionamiento sino la utilidad que le reporta al agente moral, al dirigir su conducta hacia otra finalidad que no es el conseguir el bien humano trazado como punto de partida.

Es así que los valores básicos y los principios prácticos a los que nos referimos, se proyectan desde su misma evidencia y objetividad, pues podemos *mostrar* que cualquier argumento planteado por el escéptico va a refutarse a sí mismo. *Esto no es mostrar que el valor básico del conocimiento es evidente u objetivo; sólo es mostrar que los argumentos contrarios son inválidos porque aluden a un aspecto irrelevante para la realización del bien humano en sí mismo.* Pero hacer ver este punto defensivo limitado, en relación sólo con un valor básico, puede ayudar a socavar las dudas escépticas acerca de todos y cada uno de los principios básicos del razonamiento práctico.¹¹²⁹

En ese contexto, tenemos que algunas proposiciones se refutan a sí mismas ya porque son directamente autocontradictorias ya porque lógicamente implican su contradicción: por ejemplo, “toda verdad es relativa”, “yo sé que no sé nada”; “puede demostrarse que nada puede ser demostrado”; “todas las proposiciones son falsas”; en dichas afirmaciones podemos

¹¹²⁶ Véase DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 65 y 73; Cfr. VIGO, Rodolfo L, *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, op. cit., p. 47; VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 4-5.

¹¹²⁷ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 100-101.

¹¹²⁸ *Ibidem*, p. 101.

¹¹²⁹ *Ibidem*, p. 104.

encontrar inconsistencias performativas en razón de que son autorefutables o violatorias del principio de no contradicción¹¹³⁰, esto es, inconsistencias entre lo que se afirma en un enunciado y los hechos que se dan en y por el acto de enunciarlo. Se tratan pues, de proposiciones que no pueden ser coherentemente afirmadas, porque son inevitablemente falseadas al afirmarlas de cualquier modo.¹¹³¹

Una proposición que se autorrefuta operacionalmente no puede ser coherentemente afirmada, porque la contradice; o bien la proposición de que alguien la está afirmando o por otra parte, existe una implicación de una proporción en la cual alguien está afirmando algo con la pretensión de que es verdadera. *La afirmación escéptica de que el conocimiento no es un bien, se autorrefuta operacionalmente. Porque quien hace una afirmación de ese tipo, entendiéndola como una contribución seria a la discusión racional, se encuentra implícitamente comprometido con la proposición de que él cree que vale la pena hacer su afirmación, y que vale la pena hacerla como verdadera; está de este modo comprometido con la proposición de que él cree que la verdad es un bien, que vale la pena buscar o conocer.*¹¹³²

Finalmente, John Finnis, señala la forma aproximarnos a esos bienes humanos, a través de nueve exigencias que expresan el método “prudencial”; la forma en la cual la razonabilidad práctica se dirige a la consecución y actualización de los bienes humanos, a través del conocimiento de los mismos en tanto verdades de razón práctica en el obrar de la persona.

El método racional del conocimiento -como ya lo pudimos apreciar-, es en sí mismo un bien básico y por ende esos requerimientos tienen, en mayor o menor medida, una proyección sustancial de sus elementos deontológicos que se aprecian de forma racional. La importancia en este punto es relevante, pues un derecho plenamente justificado se logra respetando en su formulación y contenido *las exigencias de razón práctica*, en tanto complemento que Finnis preceptúa hacia los bienes humanos básicos.¹¹³³

1) *Un plan de vida coherente*. Finnis vincula esta exigencia con Rawls en tanto su objeto es estructurar, como un todo armónico, propósitos, compromisos y orientaciones, sin dejarse llevar por impulsos pasajeros o respuestas aisladas.

¹¹³⁰ Cuando afirmamos “toda verdad es relativa”, ¿lo que estoy diciendo también es relativo o absoluto? La afirmación en sí misma, implica vulnerar el principio de no contradicción, porque la afirmación de que *toda* verdad es relativa, conlleva afirmar que lo que estoy diciendo es una verdad *absoluta* que no tendría excepción. Por ende, la relatividad del argumento de verdad moral no se puede sostener desde el “relativismo”; sino desde la singularidad del acto moral, como lo acabamos de analizar. Las circunstancias de cada caso son imprescindibles para advertir el grado de *concreción condicionada* que cada derecho fundamental posee en un caso concreto. *Supra* “4) Los pasos de la espiral hermenéutica: de la singularidad a la dignidad humana”.

¹¹³¹ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 104-105.

¹¹³² *Ibidem*, p. 105.

¹¹³³ *Ibidem*, pp. 134 y ss.

2) *Ninguna preferencia arbitraria entre los valores.* Un plan de vida implica concentrarse en una o algunas de las formas básicas del bien, pero para que ello sea racional deben considerarse capacidades, circunstancias y hasta gustos, sin incurrir en una desvalorización o sobrevaloración de los bienes.

3) *Ninguna preferencia arbitraria entre las personas.* Hay una autopreferencia razonable que se concilia con una imparcialidad fundamental entre los sujetos humanos y que excluye el egoísmo, la hipocresía o la indiferencia ante el bien de otros a quienes uno podría ayudar fácilmente.

El *test de la universalización* de nuestros juicios morales y preferencias como la Regla de Oro de “hacer a los otros lo que querías que hicieran por ti”, sintetiza a su modo esta exigencia.

4) *Desprendimiento y desapego.* Rechaza al fanático que ve privada de sentido su vida si algún proyecto le fracasa. Por eso hay que estar abierto a todos los bienes básicos; atentos a las cambiantes circunstancias que se dan a lo largo de la vida.

5) *Compromiso.* Supone la fidelidad y el empeño en el proyecto asumido, evitando que los compromisos se abandonen ligera o fácilmente.

6) *Eficiencia razonable.* Exige acciones idóneas para alcanzar sus propósitos, lo cual puede implicar valorar las consecuencias de decisiones alternativas sin llegar a las tesis irracionales del utilitarismo y del consecuencialismo, que haga depender de las circunstancias la indisponibilidad del derecho y su relación con la moral.

7) *Respeto a todo valor básico en todo acto.* Consecuentemente, la razón rechaza todo acto que de suyo no hace más que dañar o impedir la realización o participación en un bien humano básico; de ahí el fundamento para sostener la inviolabilidad de los derechos humanos básicos.

8) *Las exigencias del bien común.* La mayoría de nuestras responsabilidades, obligaciones y deberes morales en general, y jurídicos en particular, tienen por base esta exigencia de favorecer o promover el bien común de las propias comunidades.

9) *Seguir la propia conciencia.* Su formulación más estricta le corresponde a Tomás de Aquino, y ella puede considerarse como una especie de resumen de todas las anteriores en tanto el juicio prudencial exige obrar lo que se considera exigido por la razón, aun cuando ese juicio sea inadvertidamente o inculpablemente erróneo.

Finnis pone hincapié en que esas exigencias se encuentran interrelacionadas, y para alcanzar una moral o un derecho razonable o correcto resulta necesario recurrir a dichos principios metodológicos de la razonabilidad práctica, además de los principios sustantivos o bienes básicos de la misma.¹¹³⁴

¹¹³⁴ *Ibidem*, p. 57.

7. LA AUSENCIA DE JERARQUÍA FORMAL EN LOS BIENES HUMANOS Y LA COINCIDENCIA DE JOHN FINNIS CON EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DE HANS-GEORG GADAMER

1) Ausencia de jerarquía entre bienes humanos y coincidencias entre Finnis y Gadamer

La nómina de bienes humanos a la que se refiere Finnis, no presupone una lista cerrada y jerarquizada de principios jurídicos. No es una relación dogmática de bienes a los que haya de seleccionar de forma escalonada, sino que son propósitos básicos de la acción humana, que pudieran coincidir en cada situación particular:

1) Todos los bienes básicos son igualmente fundamentales, no hay una relación de jerarquía, pues cada bien expresa una forma de bien igualmente evidente y singularizada en cada caso;

2) Ningún bien básico puede ser reducido analíticamente a ser sólo un aspecto de alguno de los otros, o ser meramente instrumental para la búsqueda de cualquiera de los otros;

3) Nos concentramos en cada bien humano que razonablemente puede ser considerado el más importante conforme a las circunstancias específicas en las que nos planteamos su relevancia; sin embargo no hay una jerarquía objetiva entre ellos que anule la eficacia de uno bien humano en perjuicio de otro.¹¹³⁵

La ausencia de una jerarquía formal entre bienes humanos, es fundamental para advertir la importante aproximación del pensamiento finnisiano a la hermenéutica iusfundamental que proponemos. La afirmación de que no hay un “método” que jerarquice de manera previa la importancia de los bienes humanos para reducir su *densidad ontológica*, a un aspecto de un bien humano en perjuicio de otro, es una prueba fehaciente que estamos ante una lógica racional distinta del formalismo ético que en muchas ocasiones, deriva de una falseada interpretación de la ley natural.

Ahora bien, por lo que respecta a los vínculos que puedan existir entre la hermenéutica jurídica y el derecho natural clásico como el de Tomás de Aquino ya se ha planteado por Andrés Ollero: la posibilidad de que la propuesta de la hermenéutica del fenómeno jurídico logre el redescubrimiento del derecho en su dimensión real, el *derecho vivo* sustentado en una *ontología* capaz de fundamentar su sentido último. En la actualidad existe una vasta bibliografía que desarrolla *los múltiples enlaces entre la hermenéutica filosófica y el derecho natural*, a tal grado que ya podemos hablar de un enfoque multidisciplinario de la hermenéutica jurídica como una filosofía práctica que de manera complementaria con el derecho natural ha conso-

¹¹³⁵ *Idem.*

lidad una nueva propuesta iusfilosófica: el *iusnaturalismo hermenéutico*.¹¹³⁶

Bajo ese contexto ya habíamos señalado con Arthur Kaufmann, de los vínculos que existen ente la hermenéutica filosófica y la filosofía analítica.¹¹³⁷ Pues no es conveniente acusar de inicio a la teoría analítica del derecho de irrazonable; sino hacer conciencia respecto de su carácter unilateral y la prevención de su aislamiento con otras tendencias especialmente la hermenéutica. Por lo cual, la hermenéutica requiere de la analítica, pues sin esta, sería ciega, sin embargo la analítica necesita de la hermenéutica, pues sin esta, aquella sería vacía. Kaufmann opta por un *pluralismo en ciencia y filosofía*.¹¹³⁸

Las pretensiones de la *hermenéutica iusnaturalista* que proponemos, serían las mismas que Arthur Kaufmann proponía *–mutatis mutandi–* en torno a las advertencias de la posmodernidad. Es decir, defender y conservar las verdaderas conquistas de la modernidad y el racionalismo, lo cual no implica rechazar la analítica y las concepciones formales del Derecho; sino advertir en qué aspectos son propuestas incompletas, y por tanto, es preciso que se comuniquen con otras tendencias y pensar también en los contenidos del derecho. Es en ese sentido que la visión pluralista de la ciencia y la filosofía, en cuanto a la utilización de las teorías jurídicas formales, que estima imprescindibles, pero vinculadas a la comprensión del significado del derecho, esto es, a la hermenéutica.¹¹³⁹

En suma, la hermenéutica adopta a las teorías jurídicas formales como la analítica, preparan el fundamento conceptual del conocimiento desde un punto de vista deductivo. Pero dichos modelos, no realizan la totalidad del conocimiento jurídico como en la hermenéutica, al proponer la necesidad de introducirnos en la comprensión del significado del derecho. Si se aboga por una pluralidad entre ciencia y filosofía, en la cual ninguna dis-

¹¹³⁶ OLLERO, Andrés “Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino” en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 43-53; para mayor abundamiento en la conexión entre derecho natural y hermenéutica filosófica Véase MASSINI CORREAS, Carlos I. “Iusnaturalismo Hermenéutico y Derechos Humanos” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Hermenéutica jurídica y derechos humanos*, en prensa; RABBI-BALDI, Renato “Enlace entre la hermenéutica filosófica y el derecho natural” en HERMIDA, Cristina y SANTOS, José Antonio (coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero, op. cit.*, pp. 1473-1490; RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel “Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural” en *Dikaion*, Año 24 - Vol. 19 Núm. 2 - 319-347; BEUCHOT, Mauricio “La ley natural como fundamentación filosófica de los derechos humanos: Hermenéutica analógica y ontología” en *Veritas*, Valparaíso, núm. 25, p. 27-37, sept., 2011; D’AGOSTINO, Francesco “Hermenéutica y derecho natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica” en RABBI-BALDI, Renato (coord.) *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 2ª ed., Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2008, pp. 345-356.

¹¹³⁷ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad, op. cit.*, p. 17.

¹¹³⁸ *Idem*.

¹¹³⁹ *Ibidem*, p. XI, 12-13 y 17.

ciplina tiene carácter exclusivo, sino que todas concurren como partes de una integridad sin descuidar la parcela del conocimiento que les corresponde en su respectiva función.¹¹⁴⁰

En ese sentido, buscaremos una hermenéutica que se complemente de la visión iusnaturalista, así como de la analítica, para formular una doctrina integral que profundice en los contenidos del derecho; procurando siempre alcanzar la concreción de los bienes humanos básicos en la misma interpretación dialógica de la normas iusfundamentales del derecho positivo, como el *iusnaturalismo hermenéutico* que proponemos.

Sin embargo –y más allá de la pugna entre iusnaturalismo y positivismo– ha resultado de gran ayuda la formulación de una filosofía que busque determinar el derecho mediante la lectura de la ley, según las circunstancias del caso. Es decir, la presencia de lo “justo natural” surgido de un caso, no suele resultar tan evidente como para que no sea preciso el control de una argumentación intersubjetiva, pues el derecho normalmente no brota sino desde la cosa, del problema concreto. En ese contexto, Rodríguez Puerto afirma que en John Finnis se encuentra presente dicha necesidad, que sin adscribirse ni invocar a la hermenéutica, mantiene parentescos muy similares en la forma de plantear los problemas jurídicos desde la realidad social, teniendo en cuenta los principios de la ley natural.¹¹⁴¹

En ese contexto es que el iusnaturalismo de Finnis se acerca a las fronteras de la hermenéutica, en cuanto a su afirmación de que no existe una jerarquía *a priori* en los bienes humanos básicos, alude de manera implícita a la metáfora del círculo hermenéutico y su espiral; lo cual hace patente la existencia de fuertes conexiones con la hermenéutica de Gadamer además del rechazo hacia la tiranía de un método de interpretación, que haga condicionamientos estructurales en la consecución y concreción del bien humano. Como enseguida advertiremos, Finnis pone de manifiesto la relevancia de los bienes humanos básicos en un caso específico, pues la situación particular del mismo está condicionada por las circunstancias fácticas de las cosas o de las personas.¹¹⁴²

Sin embargo, queremos dejar en claro cuando nos referimos a las fuertes conexiones entre el pensamiento iusnaturalista de John Finnis y la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, no asumimos que exista una influencia expresa entre dichas corrientes filosóficas, pues no hay citas expresas de sus obras en las que sostengan de manera sistemática la

¹¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 30.

¹¹⁴¹ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel “Textos legales y casos concretos” en RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit., p. 1177; para abundar en dicha cuestión, sobre todo en la problemática sobre los matices y límites de la hermenéutica en relación con el pensamiento iusnaturalista Véase RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, op. cit., pp. 94-112.

¹¹⁴² FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 123-124.

fundamentación de su pensamiento jurídico. Es decir, Finnis jamás ha sostenido desde su filosofía analítica, que la hermenéutica de Gadamer haya tenido influencia en su teoría jurídica de la interpretación y aplicación de la ley natural, de la razón práctica o del conocimiento de los bienes humanos directamente en su obra *Ley natural y derechos naturales*.

Ahora bien, si bien no hay una referencia de Finnis a Gadamer en los términos antes apuntados, si existe una cita expresa en un punto fundamental en el que sostenemos coincidencias entre sus propuestas filosóficas de la razón práctica y su relación con los bienes humanos (Finnis) o el mundo de la vida humana (Gadamer).

Nos referimos a los *Collected Essays* de John Finnis, en lo particular el volumen I, *Reason in Action*, en el epígrafe I.9, dedicado a la transición que hace Tomás de Aquino del *es* al *debe*, esto es, la justificada transición del *ser* al *deber ser*, en la cual no se incurre en la llamada falacia naturalista. Finnis insiste en dicha obra, sobre un aspecto central de su *Ley natural y derechos naturales*: la proposición *primaria* sobre la inderivabilidad de los bienes humanos, o bien, la inderivabilidad de la ley natural con respecto a las proposiciones acerca de la naturaleza humana o de cualquier otro tipo de proposiciones de la razón especulativa.¹¹⁴³

Citando a Santo Tomás con la máxima claridad que le caracteriza, Finnis invoca un pasaje fundamental de la *Summa Teológica*, en el que nunca vacila en afirmar que los primeros principios de la ley natural, son *per se nota* e indemostrables, es decir autoevidentes.¹¹⁴⁴ Por lo cual no es necesario justificarlos desde un razonamiento de carácter teórico o especulativo, sino en la misma acción en la que desarrolla las potencialidades la persona en el obrar humano.

Finnis refiere a la posibilidad de conocer la naturaleza humana a través del conocimiento de sus potencialidades, y éstas por sus acciones. Dicho conocimiento lo apreciamos por los objetos -la *inclinatio* característicamente humana- y el *actus* -la voluntad-, que vienen a incidir en los bienes humanos básicos. En todo caso obtenemos un conocimiento suficientemente completo de la naturaleza humana cuando éste se deriva de nuestra práctica directa hacia dichos bienes, lo cual no significa que se derive de su conocimiento especulativo o teórico: por lo tanto, esa transición en el que

¹¹⁴³ FINNIS, John, "Is and ought in Aquinas" en *Reason in action. Collected essays volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 147. En lo particular la nota al pie número 7. Además de dicha cita podemos advertir otra en la cual refiere al concepto de conciencia histórica. Finnis señala que Lonergan cita a Dilthey directamente, sin embargo prefiere exponer sus puntos de vista a través de Gadamer, quien es el principal formulador de la conciencia histórica como referencia a la propuesta antimetodológica de la experiencia humana en el mundo de la vida a la luz de la tradición, concepto que se aleja mucho de la perspectiva metodológica de las ciencias modernas. Véase FINNIS, John, *Religion and public reasons: Collected essays volume V*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 145. En lo particular la nota al pie número 15.

¹¹⁴⁴ *Idem. Summa Teológica*, I-II q.10 a.1c:

“debe” no se deriva, de “es”, se logra en virtud de que esos bienes humanos son inderivados, *per se notum* indemostrables, pues esa derivación, se actualiza en su misma consecución.¹¹⁴⁵

En ese orden de ideas es que Finnis hace una aclaración en una nota al pie de página, en la cual nos previene que la razón práctica no debe ser entendida en el sentido kantiano o neokantiano, y pone el ejemplo de Gadamer. El razonamiento práctico como un genuino y verdadero conocimiento científico que, una vez alcanzado y apropiado por la comprensión práctica, está disponible como parte del patrimonio del conocimiento especulativo, y por lo tanto de la metafísica y la teología.¹¹⁴⁶

Así, por ejemplo, Finnis señala las funciones de la razón práctica de “considerar” y “determinar” el fin último de la vida y los asuntos humanos, lo cual no significa negar la primacía de la metafísica; las ciencias pueden ser interdependientes sin ningún tipo de círculo vicioso, ya que cada ciencia puede recurrir a algunos principios que son evidentes y por lo tanto no se derivan de otra ciencia.¹¹⁴⁷

Ahora bien, coincidimos con todas las aseveraciones de Finnis en cuanto a la inderivabilidad de la ley natural y la especificidad de la razón práctica, sin embargo, no podemos confirmar que Gadamer haya sostenido a la luz de toda su obra, una filosofía neokantiana; pues si bien tuvo influencia de la escuela de Marburgo, Heidegger fue quien separó a Gadamer de las corrientes neokantianas en las que, tiempo atrás, se había formado. Posteriormente Gadamer sostendrá como principal aportación de su filosofía hermenéutica una convicción decididamente anticientificista, *manteniendo en consecuencia un antagonismo claro respecto del neokantismo*, como lo podemos advertir a lo largo de la presente obra.

En ese contexto lo que si podemos afirmar es que Finnis, sin citar de manera expresa a Gadamer –principalmente en su obra *Ley natural y derechos naturales*-, coinciden en muchos puntos fundamentales de sus modelos epistemológicos; sobre todo en la formulación de una *filosofía ontológica* de la interpretación no dependiente de una jerarquía previa o un método de interpretación que proporcione una respuesta *a priori* sin atender al caso concreto, así como la pretensión veritativa del *razonamiento práctico*, en los *bienes humanos* (Finnis) o en la *naturaleza de las cosas mismas* (Gadamer).

La hermenéutica propone dejar atrás el debate entre iusnaturalismo y positivismo, lo cual ha resultado de gran ayuda para la formulación de una filosofía práctica que busque determinar el derecho mediante la lectura de la ley, según las circunstancias del caso: *la hermenéutica*. Es decir,

¹¹⁴⁵ FINNIS, John, “Is and ought in Aquinas” en *Reason in Action. Collected Essays Volume I, op. cit.*, p. 147. *Summa Teológica*, I- II q.94 a.2

¹¹⁴⁶ FINNIS, John, “Is and ought in Aquinas” en *Reason in Action. Collected Essays Volume I, op. cit.*, p. 147.

¹¹⁴⁷ *Idem.*

la presencia de lo “justo natural” surgido de un caso, no suele resultar tan evidente como para que no sea preciso el control de una argumentación intersubjetiva, pues el derecho normalmente no brota sino desde la cosa, del problema concreto.

Como ya lo dilucidamos con Finnis, si uno centra la atención en el valor de la verdad especulativa o de la verdad teórica, éste puede ser el más importante que cualquier otra cosa; la vida puede ser considerada como una precondition de todos los demás bienes, pues para gozarlos es necesario estar vivo; sin embargo, resulta muy difícil que se conciban respuestas premeditadas, sin tener un juicio efectivo en el que se ponderen las circunstancias fácticas y jurídicas en el conflicto constitucional específico.

Finnis pone el caso del instinto humano de supervivencia cuando alguien se está ahogando; o bien, cuando uno pierde a un hijo, por una enfermedad desde su nacimiento. La persona humana inclina de forma natural su centro de atención hacia el bien humano, que tiene relevancia en ese caso o esa situación particular. La vida no será considerada como una mera precondition de un bien humano, sino que en ese caso específico adquiere relevancia, en tanto singularidad del acto moral antes explicado; el conocimiento, el juego, la religión, etc., parecerán secundarios o accesorios para la importancia que representa la vida humana cuando alguien se está ahogando o cuando se piensa en la tragedia de perder a un hijo en su nacimiento por una enfermedad.¹¹⁴⁸

La singularidad del acto moral se conecta de manera palpable en un pasaje de Finnis, cuando uno pone su atención en un bien humano en lo particular, constituye el epicentro del círculo hermenéutico, que condiciona el horizonte fáctico y jurídico, en el que se devela la importancia de un bien humano en concreto.

El *círculo hermenéutico de los valores básicos*, está presente en Finnis, que sin mencionar a Gadamer como tal, habla incluso de un *horizonte de posibilidades* en el cual se plantea la elección singular en la que nos encontramos, cuando buscamos la concreción de ese bien humano en sí mismo considerado y no como un medio para obtener otro.

Advertimos fuertes conexiones entre Finnis y Gadamer, cuando en el ejemplo ya señalado, advierte que no hay una jerarquía previa entre bienes humanos, como cuando se trata de la vida de una persona que se está ahogando, o cuando uno piensa en un hijo que muere al nacer. La atención circunstanciada de un bien humano en lo específico, se devela de manera evidente en la concreción de sus cualidades deontológicas, cuando consideramos nuestras posibilidades de sentido, a la luz de las circunstancias determinadas del caso singular en un *aquí y ahora*.

La vida no será considerada como una mera precondition de ninguna otra cosa; más bien, el juego, el conocimiento parecerán secundarios, incluso acceso-

¹¹⁴⁸ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 123-124.

rios. Pero uno puede cambiar el *centro de su atención*, de esta manera, de uno-en-uno hasta completar el *círculo de los valores básicos* que constituyen el *horizonte de nuestras oportunidades*. Podemos centrar nuestra atención en el juego, y pensar en que pasamos la mayor parte de nuestro tiempo trabajando simplemente para permitirnos el ocio; el juego consiste en realizaciones disfrutadas por sí mismas en cuanto realizaciones y de este modo puede parecer que es el sentido de todo; *el conocimiento y la religión y la amistad pueden parecer sin sentido a menos que conduzcan al dominio lúdico de la sabiduría*, o a la participación en el juego del titiritero divino (como dijo Platón) o la lúdica comunicación de la mente o del cuerpo que pueden disfrutar sobre todo los amigos.

*De este modo he ilustrado este punto en relación con la vida, la verdad y el juego; el lector puede fácilmente ponerlo a prueba y confirmarlo en relación con cada uno de los valores básicos. Cada uno es fundamental que cualquiera de los otros, porque cada uno de ellos cabe razonablemente centrar la atención, y cada uno, cuando se centra en él la atención, reclama valor prioritario. De ahí que no hay una prioridad objetiva de valor entre ellos.*¹¹⁴⁹

La referencia a la singularidad (*centro de atención de un bien humano en lo específico*), al círculo hermenéutico (*círculo de los valores básicos*) y al horizonte de comprensión (*horizonte de nuestras oportunidades*) dentro de la articulación finnisiana, se logra advertir una coincidencia ineludible con los presupuestos hermenéuticos -que insistimos-, sin hacer referencia expresa a Gadamer, constituyen una clara intersección con el pensamiento de la hermenéutica filosófica que el filósofo de Marburgo ha sostenido.

2) La complementación de la hermenéutica iusfilosófica con el iusnaturalismo hermenéutico

A la luz de las afirmaciones de Finnis, constituyen auténticos puntos de intersección con Gadamer, para buscar una nueva “metodológica” que nos ayude a encontrar respuestas en el derecho sin adscribirnos a reglas o modelos de pensamiento desde un punto de vista meramente teórico o dogmático del método jurídico. En efecto, Finnis no busca un método determinado a través del cual jerarquice de manera previa los bienes humanos o condicione el razonamiento práctico del hermeneuta, a una serie de reglas o valores preconicionados para acceder a una respuesta correcta; como lo sostienen las teorías analíticas, el constructivismo ético o la ética procedimental de raíz kantiana, a la manera de Robert Alexy, Carlos S. Nino o Ronald Dworkin, entre otros.

Podemos suponer válidamente, que John Finnis no señaló de manera específica la influencia de la hermenéutica filosófica de Gadamer, pues como perteneciente a la escuela analítica anglosajona -recordemos que fue discípulo de H.L.A. Hart-, construyó los postulados de su teoría de la ley natural y los derechos naturales, en función de una metodología teñida de

¹¹⁴⁹ *Idem.*

los presupuestos lingüísticos-normativos del derecho. Es decir, Finnis se había formado a la luz de la tradición de la *filosofía analítica del derecho* (*analytical jurisprudence*), a partir de la cual se introduce directamente al estudio de la ley natural¹¹⁵⁰, pero sin acercarse a la hermenéutica filosófica de la tradición continental europea.

Además, consideramos que la fama de Heidegger y su influencia en Gadamer, presuponian una impronta “antimetafísica”, que para nosotros no afecta de manera sustancial en la coherencia del *neoiusnaturalismo* con la tradición tomista de la ley natural. En efecto, a nuestro juicio, la hermenéutica ayuda con creces, a destruir la visión “popular” de la interpretación y aplicación “fiscalista” de la ley natural, cuando nos referimos a la inderivación de la ley natural en la metafísica o en la naturaleza humana.

En la búsqueda de fundamentos para sostener una hermenéutica suficiente que permita seguir hablando de un sentido verdadero y objetivo del saber jurídico que neutralice el “fantasma” de Heidegger, apoyamos la estrategia de Rodríguez Puerto de citar a John Finnis para dicha empresa, aun y cuando parezca inconvenientemente alejado de las ideas hermenéuticas, mas no así de la forma en la que explica los principios de la ley natural.¹¹⁵¹

Finnis sostiene que no son principios morales, sino principios imprescindibles para la existencia de la moral. Enuncia el conocimiento como un bien humano en sí mismo considerado, pues negarlo como principio es una auto contradicción, porque cualquiera que afirma algo, en la medida en que quiera participar en una discusión racional, ha de partir de que afirma la verdad, no como una demostración de que siguió ciertas reglas para acceder a ese bien humano –como lo propone las teorías procedimentales del derecho- sino como una evidencia de la verdad y en consecuencia es un principio objetivo.¹¹⁵²

En coincidencia con la hermenéutica, Finnis advierte que los bienes humanos y el razonamiento práctico que tiene lugar en la aplicación de la ley natural, no se demuestran sino que se muestran. Si bien la hermenéutica no es compatible con la visión ahistórica de los principios de la ley natural en Finnis –al contemplar el paradigma del horizonte de comprensión centrado en la tradición histórica, la historia efectual-, si sostiene la idea de razón práctica como argumentación adecuada al caso concreto en la que se mantienen irrenunciable la racionalidad de un bien humano, como algo bueno o digno de ser defendido.¹¹⁵³

¹¹⁵⁰ Así lo ha referido Cristóbal Orrego en el estudio preliminar y el mismo Finnis en el prefacio a *Ley natural y derechos naturales*. *Ibidem*, p. 10-11 y 34.

¹¹⁵¹ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús, *Interpretación, Derecho, Ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, op. cit., p. 100. *Supra* “El conocimiento y la singularidad del acto moral”

¹¹⁵² *Idem*.

¹¹⁵³ *Ibidem*, p. 101.

Contrario a lo que Habermas y Apel sostienen, en unos presupuestos de la estructura dialógica de todo proceso comunicativo en el que niegan cualquier vinculación con el derecho natural, la hermenéutica no renuncia en ningún momento a la justificación objetiva, en tanto basamento último de la racionalidad situada más allá de consensos y comunitarismos que descansan en la intersubjetividad. Andrés Ollero en su calidad de hermenéuta, afirma la confianza en la complementación de la hermenéutica, con un modelo integral de razonamiento práctico de forma objetiva en las decisiones jurídicas, pues la mayoría de las veces resulta deficitaria de la existencia de substancias que fundamentan la indisponibilidad del derecho en la dignidad humana.¹¹⁵⁴

En ese mismo sentido, Pedro Serna al referir a la hermenéutica defendida por Kaufmann, resulta insuficiente en cuanto a la concepción de la persona por el carácter *exclusivamente relacional del derecho*, lo cual resulta un fundamento demasiado débil. Sin bien, Serna reconoce que la Hermenéutica puede proporcionar referentes más seguros para la interpretación que el relativismo axiológico basado en el consenso como la mencionada con Habermas, Apel o Aulis Aarnio, la hermenéutica al menos reconoce la existencia de un “algo” previo que ha de ser interpretado.¹¹⁵⁵

A pesar de que el planteamiento hermenéutico pueda incurrir en algún momento en relativismo ético-jurídico, la tendencia representada por Kaufmann es un intento serio de alejarse de ese relativismo. Sin embargo, Serna solamente puede ver con buenos ojos *la complementación de la perspectiva hermenéutica con otras aportaciones iusfilosóficas que proporcionen baremos críticos y metodológicos*.¹¹⁵⁶

Si bien es cierto que la afirmación de Heidegger que repite Kaufmann, según la cual lo importante es entrar correctamente en el círculo hermenéutico, no es del todo aceptada; pues de lo que se trata es de entrar correctamente en el círculo para poder abandonarlo en el momento oportuno.¹¹⁵⁷ Es decir, la hermenéutica podría ser víctima de una incorrecta interpretación de su “metodología”, cuando lo que quería prevenirnos Gadamer “no es desarrollar un procedimiento de la comprensión, sino iluminar las condiciones bajo las cuales se comprende”.¹¹⁵⁸

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 102. El planteamiento de Andrés Ollero en relación con una hermenéutica ontológica, exige que la interpretación sea una especie de antídoto en contra de dogmatismos y relativismos; el conflicto de interpretaciones no inventa la verdad, sino que se deja “escucharla”, se “deja ser”. Véase OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?, Entre el método científico y voluntad política*, op. cit., pp. 201-252.

¹¹⁵⁵ SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, op. cit., pp. 134 y ss.

¹¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 141.

¹¹⁵⁷ *Idem*.

¹¹⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, op. cit., p. 365.

Al final de su carrera académica, el mismo Kaufmann aceparía que el modelo metodológico que se debe buscar, como forma más o menos acabada de la hermenéutica, debe ser fuera de ésta. La búsqueda de contenidos del derecho justo se instala en un conocimiento de los *bienes y de las virtudes humanas* y no tanto en los intentos de las teorías procesales de la verdad o de la justicia, que insisten en la deducción de respuestas correctas, únicamente con base en reglas argumentativas o discursivas: el consenso intersubjetivo.¹¹⁵⁹

Con anterioridad¹¹⁶⁰ ya nos referíamos, con Carlos I. Massini, a las insuficiencias de la hermenéutica gadameriana, en lo particular la idoneidad de sus argumentos antimetafísicos para fundar adecuadamente una ética, que logre evitar la transformación del modelo que sostiene el realismo objetivista y por ende, el cognitivismo ético. De igual forma aconsejamos que si bien existen dichos inconvenientes, no hay que negar ciertos vestigios propositivos que pudieran ayudar a conformar una *ética hermenéutica*, con el basamento ontológico necesario para sostener el elemento de *indisponibilidad del derecho y su fundamentación objetiva*.¹¹⁶¹

No obstante a lo anterior, Carlos Massini, en un artículo posterior, advierte que, a pesar de las buenas intenciones de los propugnadores de un *iusnaturalismo hermenéutico* y de su loable propósito de proponer una doctrina del derecho natural que no resulte vulnerable a las impugnaciones postmetafísicas y antifundacionalistas, la propuesta gadameriana resulta insuficiente y, en definitiva, frustrada, a raíz de los mismos caracteres constitutivos de la hermenéutica filosófica y de las elaboraciones iusfilosóficas que le son tributarias.¹¹⁶²

El balance general que Massini realiza respecto de la *ética hermenéutica* es un resultado desalentador, pone en evidencia la insuficiencia ontológica de la hermenéutica especialmente al momento de intentar una justificación racional de los derechos humanos; pues bajo esa perspectiva, pareciera que la actitud filosófica más adecuada y rigurosa para la refundamentación y reformulación de la doctrina del derecho natural, a raíz de la indudable crisis actual de las formulaciones del positivismo jurídico, es la de retomar una vez más la tradición bimilenaria del *iusnaturalismo realista clásico*.¹¹⁶³

¹¹⁵⁹ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, pp. XI, 17, 47-52 y 57-58.

¹¹⁶⁰ *Supra* "La posibilidad de una ética hermenéutica como filosofía práctica"

¹¹⁶¹ *Idem*. Nos referíamos básicamente a cinco cualidades positivas de la ética gadameriana: a) La revalorización de la *phrónesis* aristotélica; b) Rehabilitación de la filosofía práctica; c) La revalorización de la tradición y de la autoridad como fuentes de conocimiento y sentido moral; d) La crítica al subjetivismo relativista; e) Fundamentación filosófica de la ética.

¹¹⁶² MASSINI CORREAS, Carlos I. "Iusnaturalismo Hermenéutico y Derechos Humanos" en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Hermenéutica jurídica y derechos humanos*, en prensa.

¹¹⁶³ *Idem*.

Massini propone retomar una vez más la “tradición central de occidente”¹¹⁶⁴, la cual no puede reducirse a la mera repetición mecánica de fórmulas venerables, ni a una exégesis anacrónica de textos encumbrados, sino que debe significar una nueva meditación, dentro de los marcos de esa tradición, de los problemas que plantean al pensamiento la cuestión de los límites éticos y jurídicos, que en algún lugar han de resultar infranqueables, de la praxis humana y sus instituciones.¹¹⁶⁵

Para atemperar la determinancia de su conclusión es necesario tomar nota de lo que Gadamer nos prevenía en relación con la filosofía clásica “Aristóteles seguirá siendo en nuestra conversación un interlocutor privilegiado, él, que frente al ideal de la modernidad de un mundo susceptible de ser dominado por medio del conocimiento y de la capacidad para ponerlo en práctica, sigue representando para nosotros el ideal de la razón, el ideal de un mundo razonablemente ordenado y comprensible en el que tenemos que vivir”.¹¹⁶⁶

Si bien es cierto que en muchos aspectos Gadamer haya reducido el pensamiento de Aristóteles en cuanto a la versión fuerte, objetiva y sustancial de la ética, su consejo en este punto merece ser tenido especialmente en cuenta, en particular cuando se trata de *restituir, reformular y dar nueva vida a la filosofía de la ley natural*, pues esta tarea no podrá llevarse a cabo razonablemente sin la necesaria aceptación de ciertas doctrinas fundamentales e insustituibles.¹¹⁶⁷

Massini señala como una doctrina esencial en la búsqueda del fundamento sustancial en el derecho, el *realismo cognitivo y práctico*, que entre sus características se encuentra las siguientes¹¹⁶⁸:

- a) Que defienda la posibilidad de conocer objetivamente fines y bienes humanos;
- b) La intrínseca racionalidad del hombre y de su obrar propio;
- c) El libre albedrío y su consiguiente normatividad y responsabilidad;
- d) La posibilidad de una razón constitutivamente práctica, que incluya principios, saberes e imperativos concretos;
- e) La existencia de naturalezas, esencias o índoles, del hombre y de las cosas, que especifican su obrar propio y son el punto de partida de su normación y valoración;

¹¹⁶⁴ La denominación se debe a Isaiah Berlin y ha sido difundida por Robert P. George, en *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 19.

¹¹⁶⁵ Véase BOYLE, Joseph, “Natural Law and the Ethics of Traditions”, en GEORGE, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 3-30.

¹¹⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg, “La idea de la filosofía práctica”, en *El giro hermenéutico*, trad. A. Parada, Cátedra, Madrid, 1998, p. 196.

¹¹⁶⁷ MASSINI CORREAS, Carlos I. “Iusnaturalismo Hermenéutico y Derechos Humanos” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Hermenéutica jurídica y derechos humanos*, en prensa.

¹¹⁶⁸ *Idem.*

f) El carácter perfectivo – o defectivo – de la praxis humana, según el cual el valor moral del hombre se constituye a través de su obrar y se concreta en hábitos-excelencias humanas;

g) Además de las anteriores se pueden señalar otras cualidades de una ética sustancial como un núcleo irrenunciable de cualquier filosofía de la ley natural que pretenda ser, y resulte ser, razonable, completa, coherente y consistente.

Bajo las atinadas prevenciones de Carlos I. Massini en cuanto a las deficiencias ontológicas de la ética hermenéutica que sostiene Gadamer, vamos a suscribir un *modelo de hermenéutica jurídica complementado con los postulados del nuevo derecho natural*. Pues por una parte la hermenéutica es *antipositivista y anticientificista (antimetodológica)* y por otra parte, el nuevo derecho natural es *anti-dogmático*, o mejor dicho, *anti-fisicalista*.

Hermenéutica y derecho natural se unen en un objeto de conocimiento, la hermenéutica ontológica de los bienes humanos, en el que la ley natural no se deriva de la metafísica, ni de un método único para su aplicación, ni de una jerarquía previa de principios, sino del conocimiento práctico de forma directa, en la experiencia de verdad en los bienes a los que accede el operador jurídico al momento de concretar un derecho fundamental desde una perspectiva prudencial.

Es decir, la hermenéutica y el neiusnaturalismo, unen sus fuerzas para poner atentas *prevenciones* en la aplicación de las normas iusfundamentales; concretamente el peligro de volver a incurrir en una interpretación falseada de lo que en realidad constituye el razonamiento práctico-prudencial y evitar que se convierta en una subsunción lógica y formal de adecuación normativa. El razonamiento práctico debe evitar reincidir en el formalismo normativo de la deducción causalista o mecanicista entre “naturaleza humana” y la conducta debida a través de la aplicación de un “método” del que se obtengan todas las repuestas de manera privativa, y al que se le denomine como el único correcto para acceder a dichas verdades.

Nosotros hemos afirmado que si hay una propuesta de la ley natural desde el punto de vista hermenéutico, esta es necesariamente *posmetafísica*; pero no para abandonarla sino para aclarar las visiones equivocadas en las que se centró la discusión en torno a la ley natural en toda la época moderna: una visión metafísica de la ley natural centrada en falsas concepciones teologistas, “fisicistas”, “fisicalistas” o mejor dicho “cósicas”. Es decir, la propuesta “fisicalista” se quedaba con la afirmación de que la ley natural obliga *porque la voluntad de Dios así lo ordena, por eso es bueno* (Lutero).

Contrario a la visión fisicalista de la ley natural y su teologismo deductivo a partir de Lutero, lo correcto es afirmar: *la ley natural obliga porque es buena, por eso la voluntad de Dios la ordena*. El hombre puede discernir, por su capacidad racional, lo que es bueno y malo, desde la recta razón puede juzgar de forma objetiva lo conveniente o disconveniente para su perfeccionamiento; no como una obediencia ciega a los órdenes de la divinidad, sino por la experiencia racional de apreciar el bien que le repor-

ta a la persona que realiza la conducta. En este aspecto, ni Dios se aleja de lo que la racionalidad humana puede captar de forma natural, pues *si la racionalidad fuera otra, otros serían los deberes* como ya lo ha señalado Tomás de Aquino.¹¹⁶⁹

Las evocaciones que hace Finnis al *centro de atención de un bien humano*, al *de círculo de los valores básicos* y al *horizonte de oportunidades*, advierten fuertes coincidencias con la hermenéutica de Gadamer; sobre todo en la ausencia previa de jerarquías formales y de una metodología que condicione al razonamiento práctico en la consecución y concreción del bien humano. Incluso niega que la ley natural sea una derivación de la metafísica y que los bienes humanos dependan de ésta para acceder a ellos. Finnis pone de manifiesto, la relevancia de los bienes humanos básicos en un caso específico, pues la situación particular del mismo, está condicionada por las circunstancias fácticas de las cosas o de las personas, en suma, en el bien humano que protege la norma iusfundamental.

8. EL IUSNATURALISMO HERMENÉUTICO DE JOHN FINNIS

Desde el principio de la investigación que nos ocupa, señalamos que el enfoque hermenéutico promueve un esquema de disolución de la pugna entre el iusnaturalismo y el positivismo, que de manera abstracta se ha desarrollado desde un aspecto meramente conceptual; la hermenéutica apostará de manera determinante por dilucidar un concepto de derecho -si bien antipositivista y sin abandonar la discusión en torno a dicho concepto-, centrado en que la relación entre derecho y moral es más de coexistencia. El derecho y la justicia, quedarán vinculados en nuestra propuesta, desde un aspecto *hermenéutico-argumentativo* que justifique la transición y derivación del *ser* del derecho, con el *deber ser* que se concreta en la aplicación y ponderación de los derechos fundamentales.

El acto de prudencia al que se adscribe el operador jurídico, será un acto de justicia en la concreción de esos derechos fundamentales, como comprensión de su contenido material; se traduce a su vez como contenido argumentativo de carácter moral, en cada decisión del poder público. La intencionalidad del intérprete en la justificación de las decisiones autoritativas del derecho -como la sentencia judicial principalmente-, develará de manera actual y concreta, la adscripción de la filosofía moral que adopte el operador jurídico en la justificación de dicha decisión.

Ni bibliotecas enteras sobre antropología, ética, moral o metafísica, pueden sustituir el instante hermenéutico de la *singularidad del acto moral*, en el cual el mismo agente aprecia en los bienes humanos de manera directa, una experiencia de verdad de una forma constitutivamente autónoma en el mismo sujeto que conoce; *la consecución de dichos bienes se*

¹¹⁶⁹ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, pp. 67-68.

sitúa en un aquí y ahora circunstanciado por las propiedades relevantes del caso particular, ante las cuales se desvela la existencia humana de manera natural en la realidad social en la que despliega su obrar.

Si lo que se analiza en la interpretación jurídica, es la concordancia de los actos morales, con el razonamiento de las teorías jurídicas (positivismo, iusnaturalismo, neoconstitucionalismo, etc.), no tendría mucho sentido preguntarnos qué es lo debido en una acción individual; bastaría con adecuar el comportamiento a esos “cánones” de conducta para juzgar la corrección o incorrección de un acto, sin responsabilidad de la elección libre y consciente para el agente moral, y por ende, para la concordancia de su actuar con la norma moral de la que se desprende de esos “cánones”.

Por el contrario, la apreciación del acto moral en su corrección, no tiene otra derivación más que la libertad del hombre, abierta a la experiencia que le da la capacidad de efectuar un razonamiento práctico en la búsqueda por la verdad, lo bueno y lo bello.

Además de admitir la llamada “ley de Hume” en la formulación de su nuevo derecho natural (*neoiusnaturalismo*) -para nosotros *iusnaturalismo hermenéutico*-, John Finnis reconoce que algunos iusnaturalistas escolásticos y racionalistas, acometieron dicha falacia lógica. Tales “iusnaturalismos” pretendieron deducir la moral de una mera observación de la naturaleza humana y de una constatación especulativa de la “congruencia” entre esa naturaleza y las acciones libres, para “fundamentar” la ética en la antropología y en la metafísica. Llevado al extremo, hay iusnaturalismos que se atreven a sostener que la ley natural, es una derivación de la obediencia del hombre a los mandatos de Dios, establecidos en las leyes divinas reveladas de forma unívoca y acrítica en las sagradas escrituras; sin darle posibilidad al hombre de entender, por su propia capacidad racional, entre lo bueno y lo malo (Lutero).

Algunos autores iusnaturalistas verán en la postura de Finnis, una *traición a la tradición tomista* de la ley natural, y su interpretación; así como una completa separación entre el saber práctico de la ética y el saber especulativo. En suma, la negación de la fundamentación metafísica y la antropología, además de soslayar la relevancia del conocimiento especulativo de la naturaleza humana en las deliberaciones morales.¹¹⁷⁰

Para Cristóbal Orrego la tesis de Finnis se ocupa del análisis de la falacia lógica de la inderivabilidad del deber ser a partir del ser, o comúnmente llamada “falacia naturalista” y por tanto del aspecto deductivista en la derivación gratuita en ese proceso sin una justificación lógica. Sin embargo, Finnis en ningún momento niega la fundamentación metafísica y antropológica de la ética, ni la relevancia del conocimiento especulativo en

¹¹⁷⁰ Para entender el iusnaturalismo actual de Finnis, así como la polémica en torno a la rehabilitación de la razón práctica y la metafísica, Véase el estudio preliminar de Cristóbal Orrego Sánchez en FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 17 y ss.

relación con el conocimiento práctico.¹¹⁷¹

Finnis ha realizado desde la ley natural y sus primeros principios, una aplicación no fisicalista de conceptos abstractos de la metafísica, ni en concepciones equivocadas de la misma. La rehabilitación del razonamiento práctico, en la concreción de los bienes humanos que se conocen de manera directa y por experiencia inmediata en la consecución de dichos bienes; son las piedras angulares en las que se sustentan *el carácter constitutivamente autónomo del acto moral*, se expresa sin ambages la elección ética del agente que realiza la conducta, y por ende, la materialización de su libertad de forma responsable o irresponsable atendiendo a los argumentos justificatorios de dicha elección.

Apoyado en Tomas de Aquino, Finnis señala que los primeros principios de la ley natural no son inferidos de principios especulativos, ni de hechos, *ni de proposiciones metafísicas de la naturaleza humana o sobre la naturaleza del bien y del mal*. Tampoco provienen de discernimientos sobre la función biológica o física de un ser humano, ni mucho menos son inferidos de una concepción teleológica de la naturaleza, ni de ninguna otra concepción de esta. De manera determinante Finnis afirma que los primeros principios de la ley natural “*No son derivados de nada ... [sino] sobre lo que es moralmente correcto o incorrecto, asimismo, se derivan de los primeros principios pre-morales de razonabilidad práctica, y no de algunos hechos, sean metafísicos o de otro tipo.*”¹¹⁷²

Desde el nuevo enfoque finnisiano, se advierte que las múltiples críticas al derecho natural a lo largo de la historia de la filosofía del derecho -principalmente con Kelsen-, en realidad jamás fueron sostenidas por autores serios del derecho natural y mucho menos incurrieron en la mencionada falacia naturalista como Aristóteles o Tomas de Aquino, que distinguían del conocimiento especulativo, el conocimiento práctico en el obrar humano. Esto es, entre el ser del deber ser.¹¹⁷³

Las afirmaciones de Finnis, además de escandalosas para la propia doctrina iusnaturalista, parecen provenir del más acentuado iuspositivismo normativista, de la talla de un Hans Kelsen o Joseph Raz. Sin embargo, la perspectiva finnisiana no es más que la formulación hermenéutica de la proyección compleja en la aplicación de la ley natural; desde el mismo razonamiento práctico que de forma radical, ha quedado anclado en el conocimiento experiencial de los bienes humanos como aspecto de verdad. Afirmar que la antropología o la metafísica, no son fuente nutricia del

¹¹⁷¹ *Ibidem*, p. 18.

¹¹⁷² *Ibidem*, p. 67. Las cursivas son nuestras

¹¹⁷³ *Ibidem*, p. 66 y ss. Al igual que Finnis, su discípulo Robert P. George afirma que las críticas al derecho natural, jamás fueron sostenidas por iusnaturalistas como Tomás de Aquino o Aristóteles; sino por iusnaturalistas racionalistas como Hobbes y Pufendorf, entre otros. Véase GEORGE, Robert P., “Kelsen y el derecho natural” en *Entre el derecho y la moral*, trad. Pedro José Izquierdo Franco e introducción de Sherif Girgis, Porrúa, México, 2010, p. 58 y ss.

primer principio de la razón práctica “haz el bien y evita el mal”, es porque Finnis retoma el aspecto analítico del derecho y lo proyecta desde la perspectiva radicalmente práctica de la capacidad humana de razonar.

Es decir, el primer principio de la ley natural en referencia, no se trata de principios de “santidad” que evoquen a una adecuación irrestricta a las leyes divinas, dadas por revelación de Dios “de su justa y toda poderosa voluntad”¹¹⁷⁴ como afirmara Kelsen. Para ello, Kelsen no señala ningún autor del derecho natural en su versión clásica y para rebatirlo, Robert P. George cita a Tomas de Aquino donde afirma: “no existe un sentido o manera en el que podamos “leer” en la naturaleza la voluntad de Dios en lo que respecta a la conducta de los hombres.”¹¹⁷⁵

El conocimiento de las verdades en el derecho, es un conocimiento que parte del razonamiento práctico del hombre y se encuentra ante el discernimiento de lo que es correcto o incorrecto ante los bienes humanos y su actuar moral; es en ese momento preciso y circunstanciado, en el cual, el hombre ejercerá su *elección moral constitutivamente autónoma*.

En otras palabras -y para decidir en el terreno de la filosofía moral-, la razón práctica no consiste en que el agente moral deba recordar sus conocimientos sobre antropología, metafísica o moral desde un “catecismo” de axiomas de conducta; pues la razón práctica apela a la capacidad connatural de reflexionar desde el *obrar*, en la consecución de bienes que le proporcionan la *satisfacción de necesidades innatas como persona humana que lo perfeccionan*.

9. GADAMER Y FINNIS ANTE LA ENCRUCIJADA DEL DERECHO POSMODERNO

Cabe resaltar un punto de conexión entre Finnis y Gadamer, cuando en *Verdad y Método* se refiere de manera específica al tipo de derecho natural racionalista, al que nos referimos con nuestra crítica a una interpretación fiscalista de la ley natural.

En los tiempos de la modernidad en el que se vive en la inmediatez e inautenticidad, como ocultamiento de la verdad, Gadamer denuncia que esa *brutal reducción* de los cambios históricos, se pretenden legitimar refi-

¹¹⁷⁴ GEORGE, Robert P., “Kelsen y el derecho natural” en *Entre el derecho y la moral*, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

¹¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 56. Para ampliar la cuestión de la adecuación de la conducta humana con la ley natural, como una reinterpretación del significado de coherencia, que unen a la filosofía del derecho natural clásico –como el de Tomás de Aquino- y la hermenéutica iusfilosófica Véase CARPINTERO, Francisco, La “*Adaequatio hermeneutica*” en Tomás de Aquino” en *Revista Philosophica*, Vol. 35, Semestre I, 2009) Valparaíso, pp. 95-120; GRONDIN, Jean, “La fusión de horizontes. ¿La versión gadameriana de la *adaequatio rei et intellectus*?” en AGUILAR RIVERO, Mariflor y GONZÁLEZ VALERIO, María Antonia (coords.), *Gadamer y las humanidades*, vol. I. *Ontología, lenguaje y estética*, Facultad de Filosofía y Letras-UNAM, México, 2007.

riendo a la idea del derecho natural en *las ordenaciones eternas de la naturaleza*. La tradición histórica y el orden de vida natural no sólo forman una unidad del mundo en que vivimos como hombres; “el modo como nos experimentamos unos a otros y como experimentamos las tradiciones históricas y las condiciones naturales de nuestra existencia y de nuestro mundo *forma un auténtico universo hermenéutico con respecto al cual nosotros no estamos encerrados entre barreras insuperables sino abiertos a él.*”¹¹⁷⁶

Las confusiones que han tenido lugar bajo la concepción moderna e ilustrada del derecho que reduce la complejidad de este y lo aísla en su propio “sistema”, se han derrumbado con la nueva vitalidad del derecho posmoderno; el derecho de principios se centra en la búsqueda de respuestas para casos específicos y problemáticos de la justicia constitucional, sin renunciar a su pretensión de universalidad como bien lo sostiene la hermenéutica iusfundamental que proponemos.

Positivismo y derecho natural, desde el enfoque hermenéutico son dos aspectos coexistentes de un solo derecho, que tienen por objeto una misma realidad. Y esa realidad, no es más que el fenómeno jurídico en relación con la persona humana y su más radical y originaria experiencia factual, en el goce de los bienes básicos fundamentales, que se expresan en los derechos fundamentales de las constituciones de los Estados.

El derecho natural racionalista y el positivismo jurídico clásico, pretendieron “encasillar” todo el conocimiento de la naturaleza humana, formulando *entelequias abstractas, deidades eternas, esencias sublimes*, así como cualquier otro concepto que escapa del entendimiento humano desde el aspecto práctico y circunstanciado; que de manera espontánea y por su propia capacidad racional del comprender es inherente al ser humano.

La *enciclopedia axiomática* que pretendió el derecho moderno, de contemplar de forma objetiva la realidad humana en todos los casos posibles desde un *código*, además de falaz y ficticia, encerraba la más crasa y deficitaria posición científicista de que el hombre debía de comportarse de manera mecánica y causal. La consecuencia fue ineludible al terminar la época moderna en la última conflagración mundial: el derecho se encontró vacío de moralidad, pero con una fuerte congruencia interna, desde los propios postulados lógicos y deductivos de su *sistema*.

Desde la antigüedad hasta nuestros días, el hombre se ha preguntado cuestiones fundamentales dentro del campo de la ciencia, la filosofía y el derecho, con la finalidad de comprender la realidad en la que se encuentra, así como para establecer criterios con pretensión de permanencia y universalidad.

John Finnis y Hans-Georg Gadamer se enfrentan –cada uno a su manera–, ante la conformación del *derecho posmoderno*, entendiendo como

¹¹⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg, “Introducción” en GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 26. Las Cursivas son nuestras.

tal, aquel que nace tras la incertidumbre y crisis acentuada al final de la Segunda Guerra Mundial, y que cuestiona de manera radical los conceptos y valores de la ilustración; su culminación en la Revolución Francesa con el actual Estado de derecho moderno y su máxima autoridad, en el legislador soberano como el máximo representante del pueblo. La idea de orden y libertad como proyecto *jurídico-político* totalizante de la realidad humana y del progreso que nació desde entonces, ya no tienen más sentido en el mundo globalizado de la sociedad de la información, que exige una explicación singularizada de nuestra realidad posmoderna y multicultural.

Al finalizar la Segunda guerra mundial el panorama del derecho pareció desolador. Iusnaturalismo y positivismo jurídico, intentaron repercutir en sus contrarios la responsabilidad de los acontecimientos que el hombre realizó en uso de su razón, en contra del propio hombre. En ese contexto, al lector le gustaría escuchar que la responsabilidad del holocausto judío en manos de la maquinaria genocida nazi, se debió al adoctrinamiento en determinada tradición filosófica bien iusnaturalista o bien iuspositivista.

Transferir la responsabilidad de ese episodio lamentable -no solo de Alemania sino de la humanidad en general-, a las doctrinas iusfilosóficas del derecho, constituyen no sólo afirmaciones gratuitas y apresuradas, que en todo caso ocultan el verdadero sentido y complejidad del derecho. Hitler no se hizo solo, además de que obtuvo el apoyo de su pueblo, el mundo moderno capitalista, lo veían como un baluarte y un ejemplo de líder a seguir, preocupado por el progreso espiritual, cultural y económico de su nación que luchaba en contra de la *ola roja* del comunismo rampante en los inicios del siglo XX.

Nosotros no podríamos optar por la tentación de llegar a una conclusión reduccionista y causalista de la interpretación de la historia y del derecho. El determinismo voluntarista que prevalece en la filosofía del derecho moderno, es pieza clave para entender, cómo en la ciencia y la técnica modernas, impera sobre la filosofía y el arte en todos los aspectos prácticos, sobre todo en el derecho. Las conclusiones precipitadas sobre el *origen del mal* en las decisiones humanas, van desde una visión caótica y pesimista de la naturaleza humana; hasta una visión nihilista y despreocupada del buen salvaje que de manera hedonista y utilitarista satisface sus necesidades sin importar el bien de la comunidad.

Nos enfrentamos a los *eternos retornos*¹¹⁷⁷ de las grandes doctrinas filo-

¹¹⁷⁷ El “eterno retorno” refiere a la visión lineal o circular del tiempo y de la historia, como acontecimientos que siguen las reglas de la causalidad de forma interminable. Para Nietzsche no sólo los acontecimientos se repiten, sino también los pensamientos, sentimientos e ideas, una y otra vez, en una repetición infinita e incansable en la historia de la humanidad para convertirse en el *Übermensch* (*superhombre* o *suprahombre*); en una vida sin miedo hacia el progreso y la perfección en las virtudes fuertes de los guerreros, en contraposición a las débiles como las del Cristianismo. Sin embargo el *existencialismo nihilista* que propone Nietzsche, tendrá repercusiones negativas para el elemento de uni-

sóficas que han dado explicación y justificación al fenómeno jurídico de los derechos fundamentales a lo largo de la historia de la humanidad; pero con mayor incidencia en el actual Estado constitucional de derecho. La violencia reduccionista del derecho moderno y de la comprensión de la historia de las ideas políticas, intentan formular desde dos opciones conceptuales toda su complejidad y naturaleza sin atender a *la radical existencia de lo humano, de la humanidad u hominidad*.

Las ficciones que han creado diversas teorías del derecho como la positivista, dan por descontados los presupuestos morales del derecho; y que subsiste en muchas propuestas contemporáneas de la teoría jurídica y constitucional. El afán cientificista de traducir en simples axiomas lingüísticos y reglas de la lógica proposicional, los límites de la libertad y de los derechos del hombre, reflejan más que en otras épocas, el paradigma axiomatizante del positivismo, bajo la modalidad de la escuela analítica del derecho: el *positivismo metodológico*.

Es así que entre Finnis y Gadamer, existen muchas conexiones basadas en controvertir el modelo epistemológico que ha dado lugar a una interpretación falseada de la ley positiva y de la ley natural. La responsabilidad del hombre en su actuar moral, no puede quedar a la elección de doctrinas jurídicas, que generen la opción de acatar únicamente la obediencia a leyes positivas o a leyes naturales de forma privativa y excluyente, sin tomar en cuenta el razonamiento práctico correctamente entendido desde un derecho dialógico y coexistente, entre positividad y moralidad.

Por ello, la hermenéutica jurídica que formulamos con una influencia decisiva en Gadamer y Finnis, lejos de conformar un esquema conceptual y sistémico, así como una metodología de aproximación al derecho que busque la congruencia unívoca en uno de sus elementos normativos, pugna por la reformulación originaria del comprender, incardinado en el mismo fenómeno jurídico en toda su extensión y complejidad, el derecho positivo y el derecho natural

A diferencia del derecho moderno, la posmodernidad de la que parte la hermenéutica ya no plantea un conocimiento ilimitado en el sujeto, sino una sustancia racional capaz de elegir de manera libre e informada sobre su destino; con derechos y obligaciones, responsabilidades y proyectos de vida realizables. Pero a la vez como un individuo capaz de darse leyes sin descuidar su realidad inmanente, como *ser social y ser finito*, limitado en el tiempo y en el espacio, en una realidad circunstanciada por su propia *singularidad*.

La *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales o hermenéutica iusfundamental* -como también se puede abreviar-, constituye una pro-

versalidad que presupone la hermenéutica jurídica, así como para el relativismo moral como criterio de verdad. Para la explicación de la metáfora nietzscheana del *eterno retorno*, véase HEIDEGGER, Martin, *Nietzsche, Primer tomo*, trad. Juan Luis Verma, Destino, Barcelona, 2000, pp. 211-379; HEIDEGGER, Martin, *Nietzsche, Segundo tomo*, trad. Juan Luis Verma, Destino, Barcelona, 2000, pp. 13-29.

puesta situada en un momento y lugar determinados por la realidad jurídica y política que viene a conformar el modelo del Estado constitucional de derecho, al que se adscribe una formulación específica de un país, como proyecto de nación.

La propuesta hermenéutica no pretende dar un borrón y cuenta nueva en función de la doctrina del *mito del hombre nuevo*¹¹⁷⁸ –por ejemplo con algunas propuestas del neoconstitucionalismo- y abandonar todas las categorías que nacieron con la *tradición jurídica de occidente* desde la época medieval hasta la ilustración, para conformar el Estado legal de derecho y su transición al Estado constitucional. Tampoco propone insistir en los puntos de desencuentro que han perdurado desde los inicios de la civilización occidental, en la eterna pugna entre derecho natural y derecho positivo, o bien, en su formulación “ideológica” de los “ismos”, iusnaturalismo y positivismo.

En ese contexto, la hermenéutica iusfundamental viene a proponer, dentro de la inabarcable bibliografía de la teoría y filosofía del derecho y del derecho constitucional contemporáneo, una *pausa en el camino*. Si bien la hermenéutica, ve con buenos ojos los importantes avances de la doctrina neoconstitucionalista, para terminar con muchos malos entendidos y confusiones en la relación entre el derecho y la moral; la hermenéutica, es más bien, una propuesta de disolución.¹¹⁷⁹

CONCLUSIONES

1. Los paradigmas, la tradición jurídica y los principios

1) Los paradigmas de la ciencia en el derecho de principios.

A) El significado de los principios orienta la implementación del paradigma de *la Constitución como norma jurídica operativa*; desde un aspecto teórico la doctrina del neoconstitucionalismo se ha encargado de fijar los principales elementos que orientan dicha práctica constitucional.

B) Distintos autores de la doctrina jurídica contemporánea como Ro-

¹¹⁷⁸ En palabras de Dalmacio Negro el *mito del hombre nuevo*, es la obsesión que opera en el inconsciente colectivo del pensamiento posmoderno del hombre perfecto, integrado en una Ciudad perfecta que solo le importa el presente y la *avidez de novedades*. La politización de la naturaleza humana creará al ente abstracto denominado *hombre nuevo*, que será el hombre del *estadio nihilista* de la humanidad, individualista y despreocupado por el bien común de la sociedad y sin ninguna atadura, pero perfectamente encajado en su medio y en sus *metalenguajes* de la ciencia y de la técnica de los medios de comunicación y sus artilugios de comunicación efectivos. Véase NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *El mito del hombre nuevo*, op. cit.

¹¹⁷⁹ Similar al neoconstitucionalismo de disolución propuesto por Alfonso García Figueroa: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad, Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, op. cit., p. 207.

nald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, han dilucidado ese *cambio de paradigma en la transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, con la finalidad de configurar un esquema *hermenéutico-filosófico* de fundamentación moral, principalmente de las resoluciones judiciales, fundamentadas principalmente en el razonamiento práctico que en el formalismo de las reglas que ha establecido el positivismo jurídico.

C) Dworkin pone de ejemplo la interpretación literaria como modelo que inspira el método de análisis legal. Para ello, formula una metáfora que en palabras de Rodolfo Vigo, sería una especie de drama en la cual el jurista se asemeja a un *novelista encadenado*. El jurista y sobre todo los jueces, se encuentran obligados a continuar una interpretación de lo que otros jueces han dicho en relación con un caso; con el compromiso hasta de “mentir” frente a aquellas respuestas erróneas o incoherentes que se han dado en el pasado y que desnaturalizan el verdadero sentido del derecho.

2) *La tradición jurídica de occidente: el derecho romano, el ordenamiento jurídico medieval y el Estado constitucional de derecho*

1. *El derecho romano.*

A) Schulz anticipa de forma muy visionaria para el Estado constitucional de derecho, la forma de concebir los principios desde la época romana. Los principios jurídicos son y siempre han sido, *históricamente relevantes y jurídicamente normativos*.

B) La distinción entre reglas y principios, ya está implícita en la evolución de los principios del derecho romano, al que Schulz enarbola como los grandes veneros del derecho en los orígenes de la tradición jurídica de occidente.

C) Resulta muy actual -a la luz del modelo principialista de derecho que propone el neoconstitucionalismo-, lo que Juan Iglesias menciona respecto de las ideas romanas de la vinculación de la moral con el derecho, y su derivación en la equidad y los principios jurídicos que se aplican a los casos particulares. Dichos temas, a la vez tan antiguos y tan actuales, pudieran identificarse con una auténtica *agenda neoconstitucionalista*, al considerar que los romanos buscaban la universalización de su derecho, como un *paradigma metajurídico* aplicable a todos los territorios a los que se extendía el imperio.

2. *El ordenamiento jurídico medieval.*

A) Paolo Grossi revela la singularidad del orden jurídico medieval como *un Derecho sin Estado*, que sin vincularse mutuamente en las manifestaciones del poder político, permanece en estrecha alianza con la sociedad civil en toda su complejidad y sin fragmentarse en soberanías, como en el derecho moderno.

B) Ese ordenamiento jurídico medieval está influenciado por leyes internas del organismo vivo que es el mundo medieval visto bajo perspectiva

jurídica, representada y constituida en una dimensión radical y fundante de la sociedad: es un *ordo iuris*.

C) El vacío político que dejó el “Estado romano” hizo patente la necesidad de ser “llenado” por la fuente social del Derecho. No fue sino hasta la modernidad, cuando el Derecho volvía a ser concebido como en Roma; producto del Estado, *instrumentum regni*, separándolo así de lo social. La experiencia jurídica medieval remite a la ausencia de grandes protagonistas singulares, en especial durante los siglos de la etapa fundacional.

3. *El paradigma del Estado constitucional.*

A) Atentos al *paradigma de la Constitución como norma jurídica operativa*, la interpretación renovada de la Constitución, exige una revisión multidisciplinaria de las normas de todo el ordenamiento jurídico, pues la interpretación de las normas fundamentales relativas a los derechos encierran un contenido material que es necesario concretar a la realidad de los Estados constitucionales; principalmente desde el punto de vista multicultural en el que está inmerso el problema de la delimitación de los derechos cuando se aduce su colisión.

B) Los principios contenidos en la Constitución, manifiestan su vinculación normativa a través de un método diverso, la ponderación; del que se utiliza en la aplicación de disposiciones normativas que encierran únicamente reglas como lo es el método subsuntivo.

2. *Los principios y su ponderación*

1) *Los principios jurídicos.*

A) En palabras de Alexy, lo más importante para la teoría de los derechos fundamentales es la distinción entre reglas y principios; dicha distinción “representa la base de la teoría de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales.”

B) Así pues, Dworkin define los principios como “*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*”.¹¹⁸⁰

C) A la luz de dicha definición, conceptualizamos a los principios como *mandatos, directrices o estándares de optimización que desde cierta dimensión de la justicia y la equidad, valora el contenido moral de los derechos fundamentales, en tanto normas que poseen una estructura deóntica flexible en cuanto a su interpretación y ponderación por el operador jurídico; y que en última instancia hablan de las buenas razones que se toman en consideración para resolver un caso en determinado sentido.*

¹¹⁸⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

2) *La ponderación de principios.*

A) Para Carlos Bernal Pulido, la ponderación es un procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos, así como de los principios o razones que jueguen en sentido contrario.

B) La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus* que significa peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando el juez o el fiscal ponderan, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto.

C) Sin embargo, el “peso” de un principio, no es algo que se deba medir físicamente, como una verificabilidad que se observa de forma causalista o irracional; al contrario, la ponderación presupone que el operador jurídico, cuenta con la capacidad de deducir de los contenidos deónticos de la norma iusfundamental, el valor abstracto y el valor en concreto del principio contenido en dicha norma en la *aplicación y concreción hermenéutica iusfundamental*.

D) En ese sentido, la ponderación implica la pretensión de que el intérprete efectúa una operación que deviene del razonamiento práctico en la valoración de los bienes humanos contenidos en las normas de derecho fundamental.

E) Por ende, la ponderación es ya un tipo de razonamiento de carácter práctico, que confronta el caso y la norma, a la luz del juicio de valor que se desprende del conocimiento del obrar humano en relación con los bienes que se encuentran en conflicto.

F) La ponderación es un *juicio de valor referenciado en cuanto a la intencionalidad del hermeneuta* que interpreta el derecho, en la concreción del bien humano adscrito en la norma iusfundamental: *la ponderación no es neutral*.

3. *La distinción lógica y material de los principios y las reglas*

A) Según Alexy, la distinción entre principios y reglas constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales; sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

B) Constituye, además, un soporte hermenéutico sobre el que se asienta, en general, la solución de todos los casos en los que se encuentran en juego la interpretación de las normas que contienen derechos fundamentales.

C) Dentro de las normas iusfundamentales es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas, sin que unas excluyan a las otras.

D) Para Dworkin las preguntas fundamentales acerca de qué es un principio y qué es una regla *sólo pueden ser respondidas cabalmente una vez que uno y otra han sido distinguidos en el caso práctico*, por lo cual su complejidad trasciende a criterios muy variados y hasta cierto punto complementarios.

E) La separación fuerte entre reglas y principios, fue el pilar fundamental en el que Dworkin y Alexy formularon el ataque frontal al positivismo jurídico, así como la conformación del edificio sobre el cual se estructuró la teoría de los derechos fundamentales, pues las razones que obedecen a la vinculación conceptual necesaria entre moral y derecho, forman una amalgama indisoluble con la estructura normativa que sostiene dicha diferencia.

F) *La distinción entre reglas y principios, se deduce en primer término de una distinción conceptual de carácter lógico-formal en la optimización de los mandatos de cumplimiento gradual en función de la norma operativa de máximo rango y fuerza vinculante: la Constitución positiva.*

G) *La concreción fáctica de los principios, se concreta a través de un razonamiento práctico-material, una argumentación en la cual el operador jurídico debe actualizar la densidad deontológica del mandato de optimización que contiene el valor moral sujeto a ponderación en el caso concreto de forma prudencial.*

4. *¿El principialismo es iusnaturalismo?*

A) Se ha discutido si Robert Alexy y Ronald Dworkin, son iusnaturalistas al fundamentar los ataques al positivismo jurídico con base en la distinción fuerte entre reglas y principios, por aducir que estos últimos permiten valorar los contenidos morales de las normas que contienen derechos.

B) Si bien el mismo Dworkin ha aceptado la denominación de iusnaturalista, ha sido sólo en el sentido de que su argumentación jurídica en la distinción lógica entre reglas y principios, es que la única respuesta correcta en la que se sustentan consideraciones de carácter moral.

C) Coincidimos con Dworkin, cuando afirma que no le importa ser considerado iusnaturalista, si por sostener que el sistema jurídico debe reconocer principios de moralidad y de justicia, llega a conceder que entre el derecho y la moral exista una relación necesaria.

D) Zagrebelsky asume la doble naturaleza de los contenidos materiales inscritos en la norma fundamental, en su aspecto análogo de principios constitucionales y principios del derecho natural, se está en presencia de que en la realidad se expresan valores; el derecho funciona en esa dinámica, dialógica y analógica, *como si rigiese un derecho natural.*

E) Para Zagrebelsky en los ordenamientos jurídicos basados en principios, la concreción de la justicia, no depende de un valor reconocido *a priori*, como sucede en el derecho natural, sino de normas de derecho positivo, en el que *el paralelismo resulta muy claro en cuanto el estilo argumentativo tanto en el derecho constitucional como en el derecho natural.*

F) Finalmente es necesario poner en claro la imposibilidad de plantear un positivismo metodológico en el modelo de principios, pues para la aplicación del derecho según Zagrebelsky “no sería posible pensar en una “recuperación” positivista de la temática de los principios mediante el paso de un positivismo de las reglas a un positivismo de los principios”, pues es necesario una argumentación moral para concretar su contenido de valor.

Fig. 1 Distinción entre reglas y principios

REGLAS	PRINCIPIOS
<i>Absolutas</i> : Se cumplen o no se cumplen a la luz de los hechos del caso	<i>Analógicos</i> : Se presta adhesión a las razones que se aducen en el caso
Son <i>mandatos definitivos</i> que no permiten grados de cumplimiento	Son <i>mandatos de optimización</i> que permiten grados de cumplimiento
Se aplican por mera <i>subsunción lógica</i>	Se aplican a través de la <i>ponderación</i>
La subsunción solo permite el cumplimiento a la manera de <i>todo o nada</i>	La ponderación permite que se tomen en cuenta las <i>circunstancias fácticas y jurídicas</i> , así como los <i>principios que juegan en sentido contrario</i>

5. *Los principios como bienes humanos básicos reconocidos en la norma de derecho fundamental: John Finnis.*

A) La importancia de los principios jurídicos en los términos apuntados, necesariamente refiere a la formulación de argumentos que establecen una prescripción normativa, respecto de lo que significa un bien humano.

B) Toda norma de derecho fundamental además de estar estructurada a la manera de un principio, esta a su vez refiere a valores de carácter moral que necesariamente protegen un bien jurídicamente tutelado por los derechos fundamentales.

C) De manera particular, Finnis señala diversos bienes humanos básicos:

- a) La vida
- b) El conocimiento
- c) El juego
- d) La experiencia estética
- e) La amistad
- f) La razonabilidad práctica
- g) La religión

6. *El conocimiento y la singularidad del acto moral.*

1) *Intencionalidad y objetividad de los bienes humanos básicos.*

A) De la nómina de bienes humanos básicos que señala John Finnis, sin duda el conocimiento, es el más importante para advertir la existencia de dichos bienes en la misma experiencia del hombre cuando accede a ellos de forma intencional.

B) Si Finnis considera al conocimiento como deseable por sí mismo y no sólo instrumentalmente, es claro que accedemos a los bienes humanos, de forma racional en la propia experiencia del conocer.

C) No hay forma más radical que el conocimiento experiencial hacia esos bienes, como la singularidad en la cual el acto moral se concreta en la realización de los mismos para la persona que accede a ellos.

D) Bajo la visión cartesiana que condiciona el conocimiento al método científico no es posible acceder a la verdad práctica; el giro fenomenológico que proponemos, pone en la centralidad la experiencia vital de los bienes humanos en el obrar práctico del agente moral, en el mundo de la vida.

E) Es decir, *en lugar de que sea el sujeto el que condiciona el conocimiento de la verdad a través del método, el conocimiento del bien humano se actualiza en la misma experiencia, ontológicamente constitutiva del conocer; pues la radicalidad de esa experiencia del obrar humano, cuando accede al bien, actualiza sus potencialidades en la persona que realiza la acción, y en ese mismo instante se perfecciona.*

F) Las verdades de razón práctica se representan en los siguientes silogismos, esto es, en *silogismos prácticos* a diferencia de los *silogismos lógicos o deductivos*. Proporcionamos algunos ejemplos.

a) “El conocimiento es algo bueno que vale la pena poseer”

b) “Estar bien informado y con la mente clara es una buena forma de ser”

c) “La confusión y la ignorancia han de ser evitadas”

G) Dichos razonamientos, son formulaciones que *proporcionan razones para que el agente moral tenga las condiciones de posibilidad para proceder en determinado sentido; razones para la acción, que han-de-ser-buscadas para la consecución del bien en sí mismo considerado y no por otro interés utilitarista o estratégico que pudiera desviar la finalidad de su acción.*

2) *La naturaleza constitutiva del acto moral como verdades de razón práctica.*

A) En la medida en que el obrar del hombre encuentra el bien humano, ya está participando de sus *cualidades ontológicamente constitutivas del conocimiento de la verdad* en el terreno de la moral y de la ética; bien humano y razón práctica, se unen a través del esfuerzo racional de conectar la conducta humana con el conocimiento, a través del puente hermenéutico de la intencionalidad y la singularidad del acto moral.

B) *Las acciones no son buenas o correctas por que estén ordenadas en la ley positiva o la ley natural, sino que son buenas porque realizan un bien humano.*

C) *La persona que en su obrar práctico y razonable, despliega la conducta en torno a ese bien humano, se perfecciona en su mismo actuar; en tanto*

que su conducta es razonable y recta, porque giran en torno a un bien en sí mismo considerado.

E) Para asegurar el conocimiento pleno de los bienes humanos Finnis establece nueve exigencias de la razón práctica:

- a) *Un plan de vida coherente.*
- b) *Ninguna preferencia arbitraria entre los valores.*
- c) *Ninguna preferencia arbitraria entre las personas.*
- d) *Desprendimiento y desapego.*
- e) *Compromiso.*
- f) *Eficiencia razonable.*
- g) *Respeto a todo valor básico en todo acto.*
- h) *Las exigencias del bien común.*
- i) *Seguir la propia conciencia.*

7. La ausencia de jerarquía formal en los bienes humanos y la coincidencia de John Finnis con el pensamiento filosófico de Hans-Georg Gadamer

A) La nómina de bienes humanos a la que se refiere Finnis, no presupone una lista cerrada y jerarquizada de principios jurídicos. No es una relación dogmática de bienes a los que haya de seleccionar de forma escalonada, sino que son propósitos básicos de la acción humana, que pudieran coincidir en algún otro aspecto que podamos plantear.

a) Todos los bienes básicos son igualmente fundamentales, no hay una relación de jerarquía, pues cada bien expresa una forma de bien igualmente evidente y singularizada en cada caso;

b) Ningún bien básico puede ser reducido analíticamente a ser sólo un aspecto de alguno de los otros, o ser meramente instrumental para la búsqueda de cualquiera de los otros;

c) Nos concentramos en cada bien humano que razonablemente puede ser considerado el más importante conforme a las circunstancias específicas en las que nos planteamos su relevancia; sin embargo no hay una jerarquía objetiva entre ellos que anule la eficacia de uno bien humano en perjuicio de otro.

B) La referencia a la singularidad (*centro de atención de un bien humano en lo específico*), al círculo hermenéutico (*círculo de los valores básicos*) y al horizonte de comprensión (*horizonte de nuestras oportunidades*) dentro de la articulación finnisiana, se logra advertir una vinculación ineludible con los presupuestos hermenéuticos, que sin aludir de manera expresa a Gadamer, constituyen una clara influencia hermenéutica.

8. El iusnaturalismo hermenéutico de John Finnis

A) Ni bibliotecas enteras sobre antropología, ética, moral o metafísica, pueden sustituir al instante hermenéutico de la *singularidad del acto moral*, en el cual el mismo agente aprecia en los bienes humanos de manera

directa, una experiencia de verdad de una forma constitutivamente autónoma en el mismo sujeto que conoce.

B) *La consecución de dichos bienes se sitúa en un aquí y ahora circunstanciado por las propiedades relevantes del caso particular, ante las cuales se desvela la existencia humana de manera natural en la realidad social en la que despliega su obrar.*

C) Además de admitir la llamada “ley de Hume” en la formulación de su nuevo derecho natural (*neoiusnaturalismo*) -para nosotros *iusnaturalismo hermenéutico*-, John Finnis reconoce que algunos iusnaturalistas escolásticos y racionalistas, acometieron dicha falacia lógica.

D) Tales *iusnaturalismos fiscalistas* pretendieron deducir la moral de una mera observación de la naturaleza humana y de una constatación especulativa de la “congruencia” entre esa naturaleza y las acciones libres, para “fundamentar” la ética en la antropología, la metafísica o en las leyes divinas.

E) Finnis ha realizado desde la ley natural y sus primeros principios, una aplicación no fiscalista de conceptos abstractos de la metafísica, ni en concepciones equivocadas de la misma; la rehabilitación del razonamiento práctico, en la concreción de los bienes humanos que se conocen de manera directa y por experiencia inmediata en la consecución de dichos bienes.

F) Apoyado en Tomas de Aquino, Finnis señala que los primeros principios de la ley natural no son inferidos de principios especulativos, ni de hechos, *ni de proposiciones metafísicas de la naturaleza humana o sobre la naturaleza del bien y del mal.*

G) Desde el nuevo enfoque finnisiano, se advierte que las múltiples críticas al derecho natural a lo largo de la historia de la filosofía del derecho -principalmente con Kelsen-, en realidad jamás fueron sostenidas por autores serios del derecho natural -sino del racionalismo iusnaturalista o contractualista- y mucho menos incurrieron en la mencionada falacia naturalista como Aristóteles o Tomas de Aquino, que distinguían del conocimiento especulativo, el conocimiento práctico en el obrar humano. Esto es, entre el ser del deber ser.

9. Gadamer y Finnis ante la encrucijada del derecho posmoderno

A) Un punto de conexión entre Finnis y Gadamer, es cuando en *Verdad y Método* se refiere de manera específica al tipo de derecho natural racionalista, al que nos referimos con nuestra crítica a una interpretación fiscalista de la ley natural.

B) En los tiempos de la modernidad en el que se vive en la inmediatez e inautenticidad, como ocultamiento de la verdad, Gadamer denuncia que esa *brutal reducción* de los cambios históricos, se pretenden legitimar refiriendo a la idea del derecho natural en *las ordenaciones eternas de la naturaleza.*

C) La tradición histórica y el orden de vida natural no sólo forman una

unidad del mundo en que vivimos como hombres; “el modo como nos experimentamos unos a otros y como experimentamos las tradiciones históricas y las condiciones naturales de nuestra existencia y de nuestro mundo *forma un auténtico universo hermenéutico con respecto al cual nosotros no estamos encerrados entre barreras insuperables sino abiertos a él.*”

D) Entre Finnis y Gadamer, existen muchas conexiones basadas en controvertir el modelo epistemológico que ha dado lugar a una interpretación falseada de la ley positiva y de la ley natural.

E) La responsabilidad del hombre en su actuar moral, no puede quedar a la elección de doctrinas jurídicas, que generen la opción de acatar únicamente la obediencia a leyes positivas o a leyes naturales de forma privativa y excluyente, sin tomar en cuenta el razonamiento práctico correctamente entendido, de un derecho dialógico y coexistente con la moral.

CAPÍTULO OCTAVO

EL DERRUMBE DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA Y EL SISTEMA JURÍDICO MULTINIVEL DE LA HERMENÉUTICA: LA CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA

SUMARIO: 1. El ordenamiento jurídico como estructura escalonada: la pirámide jurídica de Hans Kelsen. 2. La incompatibilidad del sistema piramidal kelseniano con la *Constitución convencionalizada*: la *koiné* de los derechos humanos. 3. La complejidad del bloque normativo de los derechos humanos y el diálogo jurisprudencial. 4. El bloque de constitucionalidad-convencionalidad coexistente con la pirámide kelseniana. 5. La nueva dialéctica de la hermenéutica constitucional y convencional. 6. Los métodos clásicos de solución de conflictos entre normas y la hermenéutica jurídica. 7. El sistema jurídico kelseniano y la solución de conflictos entre derechos humanos. Conclusiones.

Las paradojas que plantean los problemas entre derechos fundamentales y su interpretación, parecen irresolubles bajo el esquema monológico de la metodología jurídica del positivismo, que se analiza a la luz del *sistema jurídico piramidal kelseniano*.

El sistema jurídico multinivel de protección de los derechos humanos, *del control de convencionalidad*; rompe con el esquema del sistema jurídico monológico kelseniano para entrar al sistema complejo, *dialógico-jurisprudencial*.

La *Constitución monológica* de la pirámide kelseniana, ha firmado su sentencia de muerte, desde el momento en que puede ser juzgada a la luz de otra norma con su mismo nivel y fuerza jerárquico-normativa; para la hermenéutica existe una Constitución que incorpora a su fuerza vinculante, en la unidad de la protección de los derechos humanos, desde un mismo nivel jerárquico: *la Constitución convencionalizada*.

En la hermenéutica constitucional, el común denominador, no es la prevalencia de la norma de mayor jerarquía, sino la prevalencia del mejor derecho, en nombre de la menor restricción y mayor beneficio a la persona humana; pues no se hace una interpretación conforme, para limitarse a una adecuación deductivista del contenido normativo formal del derecho, sino en la concreción sustancial de la norma jurídica interpretada.

Por ende la Constitución ya no es la cúspide de la pirámide del sistema jurídico jerarquizado, en tanto que la Constitución ya no puede proporcionar todas las respuestas; ahora el sistema jurídico se encuentra reformulado a la luz de un bloque normativo complejo (Constitución-tratados internacionales), en el que resultan vinculantes las jurisprudencias tanto de los tribunales constitucionales nacionales como de las cortes internacionales,

hasta alcanzar una integración regional, comunitaria o universal en materia de derechos humanos.

Sin embargo, es necesario considerar aquellos casos en los cuales no tiene relevancia un derecho humano para el caso particular, para lo cual subsiste una escala normativa que *coexista el bloque de constitucionalidad y convencionalidad, con la pirámide kelseniana*; lo anterior considerando que si bien las normas de derechos humanos sean de aplicación obligatoria en todos los casos, no dejar de considerar que existan situaciones en las cuales no es preciso realizar un control de constitucionalidad o convencionalidad, pues la respuesta bien puede provenir del ordenamiento jurídico como sistema jerárquicamente escalonado.

El nuevo “método” del círculo hermenéutico es una *ida y vuelta entre el operador jurídico, la norma y la solución adecuada al caso*: la dialéctica de la hermenéutica iusfundamental del bloque de constitucionalidad-convencionalidad.

Contrario a la complejidad de métodos de interpretación de la hermenéutica, el modelo de interpretación del normativismo positivista establece cinco exigencias de un sistema con apariencia de coherencia y plenitud normativa: unidad, jerarquía, coherencia, completitud y economía.

De igual forma podemos advertir la existencia de métodos de solución de conflictos entre reglas, a la luz de los cuales se comprueba la falta de idoneidad para resolver los conflictos constitucionales entre los principios de derecho fundamental, a saber: jerarquía (*lex superior derogat inferiori*), temporalidad o cronológico (*lex posterior derogat priori*), especialidad (*lex specialis derogat generali*), competencia o prevalencia

En ese contexto es que la *hermenéutica jurídica* resuelve los conflictos entre derechos fundamentales, no en uno o varios métodos específicos, sino en una combinación armónica en la cual se obtenga la mejor respuesta al caso concreto.

El paradigma más importante del estudio que nos ocupa, es demostrar que el operador jurídico se encuentra obligado a realizar un análisis filosófico y prudencial, para advertir de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, cuál es *el razonamiento práctico correcto para la elección del método o métodos de interpretación de las normas de derecho fundamental*: la ponderación de principios, la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad o razonabilidad, la hermenéutica de la concreción de los derechos y la hermenéutica analógica, entre otros modelos hermenéuticos.

Por lo anterior, analizamos que el sistema jurídico kelseniano y la solución de conflictos entre derechos humanos no es compatible en función de las “virtudes” de dicho sistema normativo. Por lo cual, los derechos humanos como principios jurídicos establecidos en la Constitución (mandatos de optimización), no son susceptibles de interpretarse con los antiguos métodos de solución de antinomias entre reglas (mandatos definitivos): jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia.

1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO ESTRUCTURA ESCALONADA: LA PIRAMIDE JURÍDICA DE HANS KELSEN

Las paradojas que plantean los problemas entre derechos fundamentales y su interpretación, parecen irresolubles bajo el esquema monológico de la metodología jurídica del positivismo, que se realiza a la luz del *sistema jurídico piramidal kelseniano*. En el *bloque de constitucionalidad*, la Constitución es la que eleva a las normas internacionales de derechos humanos a su mismo nivel jerárquico. Bajo esa premisa ya nos habíamos preguntado ¿Cómo es posible que se declare inconvencional, alguna disposición de la misma Constitución, si es la norma que le reconoce el nivel jerárquico equivalente a los tratados internacionales de derechos humanos?¹¹⁸¹

En efecto, el sistema jurídico multinivel de protección de los derechos humanos, que en la actualidad latinoamericana llamamos *el control de convencionalidad*; rompe con el esquema del sistema jurídico monológico kelseniano para entrar al sistema complejo, *dialógico-jurisprudencial*.

El control de convencionalidad, genera paradojas bajo el esquema piramidal de Hans Kelsen, que considera al sistema jurídico como una especie de modelo normativo perfecto, del cual no escapa ninguna situación jurídica que no esté expresamente establecida; o bien, simplemente le otorga discrecionalidad abierta al operador jurídico para decidir un caso, sin recurrir a la ponderación de valores por considerarla una técnica irracional e incontrolable y apelar al subjetivismo moral del intérprete.

Sin adentrarnos en la polémica si hay relación o no entre la *norma básica presupuesta y la Constitución*, o si realmente Kelsen propuso una “pirámide”, lo cierto es que la concepción del sistema jurídico como una estructura escalonada es la idea más influyente y original del jurista austriaco en toda la historia del derecho moderno¹¹⁸²; la explicación más simple de lo que constituye la teoría pura del derecho y su estratificación normativa del ordenamiento jurídico queda representado con suma claridad y simpleza en la pirámide kelseniana.

Lo cierto es que Hans Kelsen, sí denomina al sistema jurídico como “El orden jurídico y su estructura escalonada”, y dentro del índice de un libro traducido por Luis Legaz Lacambra, *La teoría pura del derecho. El Método y*

¹¹⁸¹ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 40-48.

¹¹⁸² Para analizar la polémica en mención Véase MUÑOZ OSORIO, Laura Valentina, “Sobre la teoría pura del derecho y la verdadera pirámide planteada por Hans Kelsen” en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, tomo LXI, núm. 256, jul-dic, 2011, pp. 173-187.

los conceptos fundamentales¹¹⁸³, en el párrafo 32, señala de manera clara que se trata de *La pirámide jurídica*.

Dentro de dicho párrafo, y para nuestros propósitos, señala las bases fundamentales sobre las cuales, el ordenamiento jurídico despliega su estructura escalonada, a través de una *cadena de autorización sucesiva de actos*, en los siguientes términos.

32. a) Este análisis de la conciencia jurídica positiva, que establece la función de la norma fundamental, descubre también una particularidad específica del Derecho: *el Derecho regula su propia creación. La unidad del orden jurídico consiste en una cadena de actos de creación. Pero urge advertir que el orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho coordinadas, situadas unas al lado de otras, por así decirlo, sino una serie escalonada de diversas zonas normativas*, que podemos presentar, en esquema, del modo siguiente: *el grado supremo de un orden jurídico estatal está formado por la constitución* -en el sentido material de la palabra-, cuya función esencial consiste en determinar los órganos y el procedimiento de la creación de normas jurídicas generales, es decir, de la legislación. *El grado inmediato lo constituyen las normas generales creadas por el procedimiento legislativo*, cuya función consiste no sólo en determinar los órganos y el procedimiento, sino, en esencia, también el contenido de las normas individuales, creadas de ordinario por los tribunales y las autoridades administrativas. *Una norma general, que enlaza a un hecho abstractamente determinado una consecuencia determinada también en abstracto, necesita ser individualizada para tener sentido*. Precisa establecer si es dado o no *in concreto* un hecho que la norma general ha determinado *in abstracto*, y para este caso concreto precisa realizar un acto concreto de coacción, es decir, precisa, en primer término, disponerlo y, después, realizado, aplicando las determinaciones abstractas de la norma general. Esto es lo que hace la sentencia judicial, que es la función de la jurisdicción o “poder judicial”. Esta función no tiene, en modo alguno, carácter meramente decorativo -como lo da a entender su etimología: “iuris dictio”, “declarar el Derecho”, y como sostiene la teoría en algunas ocasiones-; el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho ya contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues *la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos -condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias de los tribunales de justicia*. Por esta razón, la sentencia judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica

¹¹⁸³ En todas las ediciones que vamos a citar en el índice se advierte la denominación del párrafo 32, como *La pirámide jurídica*, a saber: KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho. El Método y los conceptos fundamentales*, trad. Luis Legaz Lacambra, Colofón, México, 2010, pp. 54-58. También existe una versión de la editorial Reus de Madrid, en la colección “Clásicos del Derecho”: KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho. El Método y los conceptos fundamentales*, trad. Luis Legaz Lacambra, Reus, Madrid, 2009, pp. 78-75. Finalmente mencionamos una primera edición de la Editorial Revista de Derecho Privado de Madrid, de 1933: KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho. El Método y los conceptos fundamentales*, trad. Luis Legaz Lacambra, Editorial Revista de Derecho Privado de Madrid, Madrid, 1933, pp. 52-56.

general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con la ley pueden oscurecer una idea tan evidente.

[...]

b) Supuesto que no hay un solo orden jurídico estatal válido, sino una pluralidad de tales órdenes coordinados entre sí y delimitados jurídicamente en sus respectivos ámbitos de validez; y admitido que es el Derecho internacional el que realiza esta coordinación y esta delimitación, *no hay más remedio que considerar que el Derecho internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes estatales, a los cuales integra en una comunidad jurídica universal; de este modo queda garantizada la unidad de todo Derecho en un sistema de zonas jurídicas jerárquicamente escalonadas.*

e) Examinando *la estructura escalonada del orden jurídico*, resulta que aquella antítesis entre creación o producción, de una parte, y ejecución o aplicación del mismo, de otra, no tiene en manera alguna aquel carácter absoluto que la teoría jurídica tradicional atribuye a esta importante distinción. *La mayoría de los actos jurídicos son, al propio tiempo, actos de creación y ejecución jurídica. En cada uno de estos actos es aplicada una norma de orden superior y creada una norma de grado inferior.* Así, por ejemplo, el primer acto constituyente -el acto supremo de la creación jurídica- es ejecución de la norma fundamental; la legislación -es decir, la creación de normas generales-, aplicación de la Constitución; la sentencia judicial y el acto administrativo -actos creadores de normas individuales-, ejecución de la ley; la realización del acto de coacción, ejecución de las disposiciones administrativas y de las sentencias judiciales. *El acto coactivo tiene, ciertamente, el carácter de pura ejecución, así como el supuesto de la norma fundamental constituye pura creación. Pero todo lo que se encierra entre estos dos límites es, al mismo tiempo, creación y aplicación de Derecho.* Así, de modo especial, el negocio jurídico, el cual no puede ser opuesto -como hace la teoría jurídica tradicional- en calidad de acto de aplicación de Derecho, a la legislación, como acto creador del mismo. Pues tanto la ley como el negocio jurídico aplican y crean Derecho al mismo tiempo.¹¹⁸⁴

El pasaje citado del método y de los conceptos fundamentales de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, nos dejan muchas ideas claras de lo que para el jurista austriaco consistía el derecho, como un sistema *autopiético*: *el Derecho regula su propia creación, se autorregula* (la *autopiésis*, según el lenguaje utilizado posteriormente por Niklas Luhmann¹¹⁸⁵). Por lo cual, ese sistema jurídico debe centrarse en el principio de *unidad*, *para que todas las normas y actos que se deriven de él, sea una cadena de actos de creación y aplicación de las mismas normas que contiene.*

¹¹⁸⁴ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho. El Método y los conceptos fundamentales*, op. cit., pp. 54-58. Las cursivas son nuestras.

¹¹⁸⁵ *Supra* "D) La prevención del *funcionalismo sistémico* de Hans Kelsen y Niklas Luhmann"

Es en ese sentido que el monismo jurídico, univocista, unilateral y subsuntivo, considera al orden jurídico no como un sistema de normas de Derecho coordinadas, situadas unas al lado de otras, sino una serie escalonada de diversas zonas normativas; en la cual, el grado supremo está formado por la Constitución, cuya función esencial consiste en determinar los órganos y el procedimiento de la creación de normas jurídicas generales, es decir, de la legislación.

Subsecuentemente a la Constitución, se encuentran las normas generales creadas por el procedimiento legislativo, y enseguida, las normas individuales, creadas de ordinario por los tribunales y las autoridades administrativas; por lo cual, una norma general, que enlaza a un hecho abstractamente determinado, una consecuencia determinada también en abstracto, necesita ser individualizada para tener sentido.

De lo anterior se puede advertir que el sistema piramidal kelseniano, genera el *fenómeno normativo de la concentración excluyente, de un sistema monopólico de autorización normativa de actos de forma sucesiva, desde la piedra angular, que se encuentra en el mismo vértice de la pirámide: la Constitución*. La escala de autorización de actos y sus zonas normativas, son en sí mismas piramidales y sucesivas, en las cuales no puede existir un esquema de coordinación; al contrario del esquema dialógico del círculo hermenéutico, que se gesta en el control de constitucionalidad-convencionalidad, en el cual, la Constitución y tratados internacionales se encuentra al mismo nivel bajo esquemas dialógicos de cooperación normativa, tema que ya nos ocupamos en otro lugar.¹¹⁸⁶

El sistema jurídico del positivismo, se encuentra estructurado de forma escalonada y sistemáticamente ordenado como una pirámide jurídica; excluye a cualquier otra norma con independencia de su contenido, y sin importar que se encuentre a su mismo nivel. Es decir, el sistema piramidal propuesto, excluye cualquier *sistema de normas coordinadas, situadas unas al lado de otras*, como lo podría advertir el círculo hermenéutico del que deriva el sistema complejo de derechos humanos; en el cual, Constitución y tratados internacionales, comparten la supremacía constitucional, no para traslaparse o anularse, sino para advertir la norma compatible con el contenido material de los derechos (interpretación conforme) o en todo caso, aquella que resulta más benéfica o menos restrictiva para la persona (*pro persona*).

Coherente con su pensamiento, y bajo la idea del sistema jurídico, como *una serie escalonada de diversas zonas normativas*, considera que “*no hay más remedio que considerar que el Derecho internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes estatales*”, como si estuviera entregando el último baluarte que presupone la ficción jurídica de la norma hipoté-

¹¹⁸⁶ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 40-48, 111-139, 149-210.

tica fundamental o norma básica presupuesta: *la supremacía de la Constitución desde una concepción soberanista.*

Al designar como un *orden jurídico superior a todos los órdenes estatales, al Derecho internacional, refiere a la existencia de una comunidad jurídica universal*; con la única finalidad de garantizar la *unidad de todo Derecho en un sistema de zonas jurídicas jerárquicamente escalonadas.* Kelsen se olvida de los derechos humanos de fuente nacional e internacional, por lo que está más preocupado por lograr coherencia con su “sistema”, que por la persona a la que va dirigida la norma; el destinatario de la norma que posee una dignidad inherente, en cuya positividad normativa encuentra su fundamento.

Así pues, *todos los actos jurídicos que derivan del sistema normativo piramidal, son, al propio tiempo, actos de creación y ejecución jurídica, pues “en cada uno de estos actos es aplicada una norma de orden superior y creada una norma de grado inferior”*; pues si bien existe un primer acto constituyente, es ejecución de la norma fundamental; y la legislación es aplicación de la Constitución. Consecuentemente, la sentencia judicial y el acto administrativo, en su carácter de actos creadores de normas individuales, son actos de ejecución de la ley, y así sucesivamente *ad infinitum.*

De manera complementaria a la estructura escalonada del orden jurídico, para Kelsen, la interpretación jurídica, es una elección de voluntad discrecional, una elección de aplicación del significado de una norma; en lugar de aceptar algún atisbo de que la interpretación se trata de un acto de conocimiento del contenido normativo de carácter moral.

La elección que hace el operador jurídico, se limita a explicar el significado *lingüístico-explicativo* de las normas positivas, con relación a cualquier situación de la vida humana de forma unilateral, unívoca y acrítica de sus contenidos¹¹⁸⁷; se reduce a describir regularidades fácticas a la luz de las hipótesis normativas, para desglosar de manera deductiva y causalista las consecuencias jurídicas o la sanción de la norma.

En la obra que comentamos, cuando se refiere a la interpretación, lo hace desde la “pirámide jurídica”, refirma el aspecto indeterminado de las normas como elección de significado por el aplicador del derecho desde su teoría pura. Sin embargo, señala de manera más clara la metodología del positivismo en la interpretación de las normas del derecho, como una aplicación sucesiva y escalonada, de *las gradas que constituyen el sistema normativo*, fuera de la cual, sólo existe discrecionalidad del aplicador del derecho ante la existencia de lagunas.¹¹⁸⁸

A la luz de los planteamientos de Kelsen nos podemos dar cuenta de la necesidad de reestructurar el sistema jurídico de los derechos humanos. Pues lejos de que sea una estructura escalonada de forma monista o mo-

¹¹⁸⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 354-355.

¹¹⁸⁸ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho, El método y los conceptos fundamentales*, op. cit., 2010, 59-62.

nológica; lo que abunda en los conflictos interpretativos en las normas de naturaleza iusfundamental, es la dialogicidad que impera en un sistema multinivel de protección de derechos humanos, entendiendo por este, aquel sistema que dentro de su bloque normativo supremo, considera a la *Constitución, los tratados internacional, así como el derecho comunitario, como normas de aplicación directa y operativa en un mismo nivel jerárquico, pero a la vez coordinadas en distintos ámbitos de aplicación competencial, en función de su naturaleza material de contenidos de valor.*

2. LA INCOMPATIBILIDAD DEL SISTEMA PIRAMIDAL KELSENIANO CON LA CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA: LA KOINÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS

El sistema jurídico se vuelve complejo, pues es la misma Constitución la que reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos, con la misma jerarquía normativa de supremacía constitucional, pudiendo generar en algún momento *la paradoja de la reversión antinómica*, por resultar incompatible el texto constitucional a la luz del tratado internacional.¹¹⁸⁹

La Constitución monológica de la pirámide kelseniana, ha firmado su sentencia de muerte, desde el momento en que puede ser juzgada a la luz de otra norma con su mismo nivel y fuerza jerárquico-normativa. Sin embargo ha nacido a la vida jurídica, otra Constitución que incorpora a su fuerza vinculante, en la unidad de la protección de los derechos humanos, desde un mismo nivel jerárquico: *la Constitución convencionalizada*, expresión acuñada por Néstor Pedro Sagüés, plantea la tesis de una Constitución conformada y “reciclada” de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso regional del sistema americano de derechos humanos.¹¹⁹⁰

Dicha Constitución, reconoce a los derechos humanos, como la *koiné normativa* que comparte el lenguaje común que se deduce de las interpretaciones de los tribunales nacionales e internacionales, en un diálogo jurisprudencial permanente. Del griego κοινή διάλεκτος (*koinē diálektos*, habla común), la *koiné* es el lenguaje común que la hermenéutica pretende promover a través de la interpretación de los textos de cualquier índole,

¹¹⁸⁹ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 36-40.

¹¹⁹⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa-IMDPC, México, 2013, pp. 323-371; De manera especial, el imprescindible estudio para comprender el diálogo que se surte entre el control de constitucionalidad y convencionalidad Véase SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘Constitución convencionalizada’”, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, Tirant lo Blanch – Universidad Panamericana Guadalajara, 2016.

principalmente los textos legales en la hermenéutica jurídica.¹¹⁹¹ El derecho contemporáneo habla un nuevo lenguaje, el lenguaje común de los derechos humanos, de fuente nacional e internacional, así como el *diálogo jurisprudencial entre tribunales tanto constitucionales como internacionales*.¹¹⁹²

Para el mundo europeo continental, Hans-Georg Gadamer, es el padre de la hermenéutica moderna que busca el *retorno a los griegos* y a su sabiduría. La hermenéutica moderna, consiste en desentrañar del pensamiento clásico occidental, *la palabra viva de sus autores*, para hablarnos desde un mismo sentido pero con diferente lenguaje, el lenguaje posmoderno de la hermenéutica en el tiempo presente. El lenguaje común en contacto con la filosofía clásica y los textos constitucionales e internacionales de derechos humanos, así como la jurisprudencia nacional e internacional, se unen en la *lengua común de los derechos humanos para la argumentación racional de los actos y leyes de los poderes del Estado*.

La hermenéutica es *el renacimiento del renacimiento*, cuando buscamos reinterpretar lo no dicho y lo no pensado, desde los mismos textos de la *Ética Nicomaquea* o la *Retórica* de Aristóteles y cualquier otro texto clásico, para revisar lo ya dicho o lo ya pensado en la realidad posmoderna. Esa *koiné*, es *paideia griega*, en la búsqueda por un lenguaje común, por esa *koiné* del pensamiento occidental, cuyo diálogo quedó interrumpido con la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, es necesario dejar en claro cuando analizamos el término *koiné*, si necesariamente implica sostener una filosofía relativista y nihilista como lo propone Gianni Vattimo¹¹⁹³; pues si por una parte hablamos de un lenguaje común con pretensiones de universalidad, y por otro lado, anunciamos el final de los grandes relatos y la primacía por la diferencia o la singularidad como una directriz absoluta estamos ante una auténtica paradoja. En el fondo, la hermenéutica no tendrá una buena perspectiva normativa ni un futuro promisorio, si no planteara la universalización de los derechos humanos y su efecto expansivo, que se deriva del diálogo jurisprudencial y de la sinergia normativa e integrativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El sistema piramidal kelseniano, termina por evidenciar su reduccionismo, pues jamás aceptará que las normas de contenido moral indeterminado, precisa de argumentación y ponderación; muy lejos de lo que había significado la simple subsunción de hipótesis abstractas, individualización de la norma en abstracto para concretarla en un caso, de pasar de la generalidad de la ley *in abstracto*, a su individualización *in concreto*, etc.

¹¹⁹¹ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 40-48.

¹¹⁹² *Idem*.

¹¹⁹³ Véase. GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, trad. de Antoni Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008, pp. 13-15.

Cuando insistimos en el sistema piramidal, para resolver los conflictos constitucionales, empiezan las complicaciones de carácter interpretativo y práctico; cualquier decisión del poder político, al momento de aplicar las normas de derechos humanos siempre existe más de una respuesta correcta en el que impera la plausibilidad y no la exactitud o la comprobación empírica. Es decir, cuando pretendemos resolver los conflictos normativos actuales, con paradigmas antiguos, nos enfrentemos a un callejón sin salida, al centrarnos en las coordenadas del normativismo, con una perspectiva lineal del sistema jurídico jerarquizado de manera previa, a la luz del cual se derivan todas las respuestas de manera mecánica y causalista.

Los derechos humanos imponen en retos impostergables a la filosofía del derecho, y por supuesto, a la teoría general del derecho y de la Constitución cuando se trata de interpretar normas iusfundamentales desde un esquema complejo, multinivel y dialógico de interpretación de las fuentes jurídicas y de sus contenidos normativos.

Cuando la Constitución, remite a normas que no forman parte de la misma de manera expresa, generan consecuencias incompatibles con el esquema rígido de la pirámide kelseniana y de su *interpretación subsuntiva*; es decir, la metodología deductivista, de derivar consecuencias de hechos, sin efectuar ponderaciones entre valores y principios no tiene mucho sentido, cuando lo que se trata es de ponderar contenidos de valor, reconocidos en las normas de derecho fundamental.

Desde esa perspectiva, el esquema monológico positivista fracasa, pues se da cuenta que los conflictos entre principios jurídicos no pueden ser resueltos con los viejos métodos de interpretación, y caemos en la cuenta de que el derecho es esencialmente dialógico, y que las condiciones de relevancia a la luz de las cuales será juzgado un caso constitucional, no da solución satisfactoria, pues el derecho se queda estático, inmóvil.

La hermenéutica ha puesto en entredicho, a esa "pirámide", pues el aludido "bloque" normativo de contenido material, que constituyen los derechos humanos, es esencialmente hermenéutico. Cuando la Constitución permite que sus disposiciones no sean las únicas que se encuentren en el vértice del sistema jurídico y le niegan el monopolio de validez normativa, entra en acción el *sistema multinivel de protección de los derechos humanos*; en el cual impera la complementariedad de normas, en la remisión a instrumentos internacionales de derechos humanos.

La pretensión de jerarquía normativa lineal y escalonada se rompe y entra en juego el fenómeno interpretativo del *círculo hermenéutico del control de constitucionalidad-convencionalidad* desde una multiplicidad de normas contenidas en un bloque normativo, así como su proyección argumentativa en la *espiral hermenéutica*.¹¹⁹⁴

Para solucionar la paradoja del sistema jurídico jerarquizado, es necesario salir de las coordenadas del positivismo y su monopolio de validez

¹¹⁹⁴ Véase el siguiente epígrafe.

normativa en estructuras formales y deductivistas: el sistema jurídico como una jerarquía pétrea y monológica. Si bien, los derechos humanos de fuente internacional, plantean retos impostergables para los sistemas jurídicos en los que rigen la idea de una Constitución soberanista; las aparentes aporías y dilemas se disipan, cuando se advierte de manera patente que es la misma Constitución, la que permite la inclusión de normas iusfundamentales internacionales en el sistema jurídico interno: la fuerza normativa de dichas disposiciones deriva de la misma supremacía constitucional.

El actual paradigma de la Constitución, proyecta de forma autoritativa su fuerza normativa en las decisiones del poder público, con independencia del origen de la disposición que interpreta. Por ende el constitucionalismo en la actualidad, está avanzando con pasos firmes, hacia la consolidación en la obligatoriedad de los derechos humanos de fuente nacional e internacional, a través de los medios de control de constitucionalidad internos; pero a la vez, estableciendo estrategias, mecanismos y herramientas hermenéuticas, que logren trascender los efectos vinculantes de los derechos humanos de fuente internacional, de manera directa y efectiva en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados nacionales, principalmente en la experiencia iberoamericana y latinoamericana.¹¹⁹⁵

La forma de salir de la falacia aparente, cuando se establece un sistema de remisiones normativas hacia ordenamientos externos al sistema soberanista, es precisamente a través de la *hermenéutica constitucional de los derechos*, en el que se advierta desde jerarquías normativas compartidas y dialógicas, la posibilidad de entablar un diálogo permanente entre Constitución y tratados internacionales, entre tribunales nacionales e internacionales; para procurar siempre una interpretación conforme al texto constitucional y convencional, y en todo caso, la concreción más amplia de los derechos de la persona humana a través del diálogo jurisprudencial.¹¹⁹⁶

El sistema jurídico jerarquizado del Estado constitucional de derecho, se encontrará una y otra vez ante una irresoluble paradoja, que es la insistencia en el *formalismo normativo* de interpretar el contenido material de los derechos humanos desde los antiguos cánones hermenéuticos, que

¹¹⁹⁵ Hacemos referencia puntual a obras que de manera consistente, refieren al paradigma de los derechos humanos como espacio común de la justicia constitucional, principalmente en instituciones jurídicas de control de constitucionalidad y convencionalidad. Véase LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2011; ROSARIO RODRIGUEZ, Marcos del (coord.), *Nuevas tendencias del constitucionalismo en la actualidad*, prólogo Manuel González Oropeza, Ubijus, México, 2013.

¹¹⁹⁶ El análisis del fenómeno del diálogo entre tribunales Véase el epígrafe “Hacia un derecho constitucional común interamericano como paradigma del control de convencionalidad: entre diálogos jurisprudenciales y sinergias normativas” en FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 323-360.

concebían al sistema jurídico como un sistema coherente, completo, en suma, perfecto.¹¹⁹⁷

La complejidad que conlleva la interpretación de los contenidos materiales de moralidad y de justicia que se encuentran incardinados en las normas de derecho fundamental, solo pueden entenderse bajo esquemas hermenéuticos de interpretación dialógica como el método de la ponderación¹¹⁹⁸, el principio de proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos, la concreción y la analogía, o cualquier otra herramienta hermenéutica y argumentativa que le de coherencia lógica y material al razonamiento jurídico de las decisiones del poder público que versen sobre derechos humanos de cualquier orden normativo, bien nacional, internacional o comunitario.

Los augurios sobre el sistema jurídico fuerte y jerarquizado, que han ido adoptando la mayoría de los países de tradición civilista, no son favorables. Ya hemos señalado el futuro que le espera a la pirámide kelseniana, cuando de manera propositiva se dilucida un sistema jurídico más modesto, pero a la vez, vinculante en el *lenguaje común de los derechos*.

*La pirámide kelseniana está por derrumbarse, sino es que ya estamos recogiendo los escombros de su influyente concepción del sistema jurídico, la cual ha sido la que impera en la cultura jurídica de la tradición del derecho civil desde hace más de doscientos años, al haber continuado con la dogmática del normativismo decimonónico. Ya no es la Constitución la norma de normas, los tratados internacionales de derechos humanos vienen a modificar esa escala normativa del aparentemente perfecto sistema jurídico, carente de lagunas y antinomias, el cual se aprecia en la actualidad como una pieza de museo.*¹¹⁹⁹

El derecho de los derechos –por así decir de una obra emblemática de Carlos Bernal Pulido¹²⁰⁰ que contempla la Constitución y los tratados de derechos humanos, no se enciman, ni se traslapan. La visión del derecho constitucionalizado, tanto desde su aspecto nacional con las disposiciones de derecho fundamental contenidas en la Constitución, así como los tratados internacionales reconocidos por los Estados nacionales, ya no opera como un bloque normativo petrificado y jerárquicamente escalonado. Es decir –por ejemplificarlo en términos mecanicistas-, el sistema jurídico ya

¹¹⁹⁷ Para mayor abundamiento, en cuanto al cambio de paradigma del sistema jurídico de los derechos humanos Véase el epígrafe “El sistema jurídico de los derechos humanos: un retorno a la complejidad del derecho”.

¹¹⁹⁸ Resulta fundamental para entender el método de la ponderación en el Estado de derecho constitucional, el ya clásico artículo de Carlos Bernal Pulido. BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, op. cit., pp. 91-114.

¹¹⁹⁹ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 43-44.

¹²⁰⁰ BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, 5ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008

no opera como si solamente se colocara un ladrillo más al bloque normativo fundamental del sistema jurídico; sino que la movilidad argumentativa y jerárquica de sus normas, queda a la libre balanza de la ponderación a la luz del caso constitucional y su singularidad.

Por hablar del ejemplo paradigmático, en el *control de convencionalidad*, la interpretación de los derechos humanos, se adecuan al caso concreto, de conformidad con el o los derechos fundamentales que se encuentren en conflicto. En el Estado de derecho convencional, ya no gana la norma de mayor jerarquía, pues la supremacía constitucional se reestructura en función de su *hermenéutica constitucional; resulta crucial y de relevancia fundamental para la concreción de un derecho humano, la interpretación que realiza el operador jurídico en busca del mejor contenido normativo para el caso concreto, dentro del círculo hermenéutico que se realiza a la luz del bloque de convencionalidad, y su proyección argumentativa en la espiral hermenéutica.*

Las normas iusfundamentales del Estado constitucional de derecho ya no son un andamiaje petrificado de estructuras axiomáticas contenidas en la ley, como hipótesis normativas que se formulan de forma abstracta, sino que la interpretación constitucional, obedece al método de la ponderación de principios desde un sentido práctico y sustancial.

El carácter “fundamentalista”, con el que opera la dogmática positivista se centra en el decisionismo del juez o del legislador. El estado constitucional, trabaja con el modelo de los principios, en cuyo nuevo paradigma se centra la interpretación constitucional. El nuevo paradigma principialista controvierde, al antiguo paradigma centrado en el *fundamentalismo dogmático* que estructuró Kelsen bajo la visión legalista del derecho. Las graves deficiencias con las que trabaja dicho modelo, se advierten de los márgenes muy acotados para la resolución de conflictos constitucionales, pues como ya lo hemos afirmado: “*la racionalidad objetivada en la ley como un reflejo de la voluntad soberana del pueblo, es transmitida a través del legislador como si fuera un mensaje encriptado, invariable, petrificado*”.¹²⁰¹

Es así que en la actualidad requerimos de nuevos paradigmas interpretativos, que doten al sistema jurídico de un andamiaje axiomático, abierto a los valores morales para la adecuada *corrección en las respuestas a los conflictos constitucionales, bajo la hermenéutica de los derechos fundamentales; misma que en su contenido develará la materia argumentativa en las mismas decisiones en las que se justifique el alcance y límite de esos derechos.*¹²⁰²

¹²⁰¹ Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, op. cit., p. 307. Las cursivas son nuestras.

¹²⁰² *Idem.*

La transformación del sistema jurídico es determinante para la adecuada concreción de los derechos fundamentales, pues en lugar de una *escala normativa de forma lineal y monológica*; la vinculación de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional, se estructura más en función de una interpretación *compleja y dialógica a través del círculo hermenéutico de la comprensión*¹²⁰³ y su proyección en espiral.

3. LA COMPLEJIDAD DEL BLOQUE NORMATIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

La complejidad de la que venimos hablando, en cuanto a la nueva concepción del sistema jurídico, no implica que la Constitución y los tratados de derechos humanos, se encimen o se traslapen de forma caótica. No se trata de colocar un “bloque” más al edificio normativo fundamental del sistema jurídico. La interpretación de los derechos humanos de fuente nacional o internacional, se adecuan al caso concreto: *en la hermenéutica constitucional, el común denominador, no es la prevalencia de la norma de mayor jerarquía, sino la prevalencia del mejor derecho, en nombre de la menor restricción y mayor beneficio a la persona humana; pues no se hace una interpretación conforme, para limitarse a una adecuación deductivista del contenido normativo formal del derecho, sino en la concreción sustancial de la norma jurídica interpretada.*

Los conflictos entre derechos humanos en el Estado de derecho constitucional, ya no gana la norma de mayor jerarquía, sino que la jerarquía normativa se reestructura en función de su *hermenéutica constitucional que habla en diálogo permanente con el sistema de fuentes interno de forma binaria (Constitución-tratados internacionales de derechos humanos), hacia un sistema integrado (derecho comunitario, en el ejemplo europeo), bajo el común denominador de los derechos humanos sin importar su jerarquía o el origen normativo, bien nacional o internacional.*¹²⁰⁴

Las normas iusfundamentales ya no se estructuran en función de una pirámide jurídica de la que se “extraen” las consecuencias jurídicas de

¹²⁰³ Ya hemos tratado el tema de la hermenéutica jurídica contemporánea que inició con Hans-Georg Gadamer en “Analogía, precomprensión y círculo hermenéutico” en *Ibidem*, pp. 285-291; De manera específica para la hermenéutica constitucional de los derechos humanos en el paradigma del control de convencionalidad. FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 149-210.

¹²⁰⁴ Una obra fundamental que da cuenta del fenómeno de integración europeo, mediante la interpretación de los derechos fundamentales desde diferentes perspectivas Véase GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. En ese mismo sentido Véase GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales. “Las Constituciones de entonces ya no son las mismas”*, prologado por Pablo Pérez Tremps, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

manera lineal, monológica y deductiva. *Los derechos humanos han minado el andamiaje petrificado de estructuras axiomáticas contenidas en la ley, como hipótesis normativas de forma abstracta, para dar lugar a la interpretación constitucional que obedece a la hermenéutica de la ponderación de principios desde un sentido de razón práctica y sustancial; es decir, se busca la prevalencia de un neoconstitucionalismo sustancial, más que una perspectiva procedimental; que se queda en la mera asignación de significados que derivan del consenso de las mayorías ocasionales del poder público, en los poderes legislativo o jurisdiccional, o bien en el consenso de expertos.*¹²⁰⁵

El sistema jurídico de los derechos humanos ya no es una *escala normativa de forma lineal y monológica*, pues la vinculación a las disposiciones iusfundamentales de fuente constitucional y convencional, se estructura más en función de una interpretación *compleja y dialógica a través del círculo hermenéutico de la comprensión* que traspasa los ámbitos de interpretación estructurados en canales univocistas de comunicación; que llevan por caminos inacabados o en acantilados que cortan el andar del hermeneuta en la búsqueda de respuestas a los problemas complejos de la realidad histórica en las sociedades posmodernas.

*La Constitución ya no es la cúspide de la pirámide del sistema jurídico jerarquizado, porque los derechos humanos ya no esperan a que la Constitución proporcione todas las respuestas como si fuera un huevo jurídico originario del que surge todo, desde el Código penal hasta la ley sobre fabricación de termómetros*¹²⁰⁶; además del bloque normativo complejo (Constitución-tratados internacionales), resultan vinculantes las jurisprudencias tanto de Tribunales constitucionales nacionales, como de las cortes internaciona-

¹²⁰⁵ Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, op. cit., p. 307.

¹²⁰⁶ FORSTHOFF, Ernst, “Los tribunales”, en *El Estado de la sociedad industrial, (El modelo de la República Federal de Alemania)*, trads. Jaime Nicolás Muñiz y Luis López Guerra, estudio introductorio de Jaime Nicolás Muñiz, epílogo de Luis López Guerra, Fundación Coloquio Jurídico Europeo- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 107. En concordancia con Carlos Bernal Pulido, coincidimos que la adecuada traducción de éste pasaje fundamental de la obra de Forsthoff es la de “huevo originario jurídico”, pues en la versión en cita, la expresión alemana “juristisches Weltenei” se traduce como “huevo de Colón jurídico”. Sin embargo, en atención a las acuciosas observaciones de esta traducción, no parece demasiado apropiada, pues la expresión “huevo de Colón” indica “lo sumamente fácil que a nadie se le había ocurrido”. En un sentido muy diferente, la expresión “juristisches Weltenei” se refiere sarcásticamente a la idea de que la Constitución sea el huevo que da origen a todo el ordenamiento jurídico y que envuelve ya *in nuce* y *ab initio* el contenido de todas las normas que lo conforman (la Constitución como un *microcosmos jurídico*). Por esta razón, Bernal Pulido utiliza la expresión “huevo jurídico originario” en lugar de “huevo de Colón jurídico”. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 513.

les de derechos humanos, hasta alcanzar una integración regional, comunitaria o universal en materia de derechos humanos.

En el sistema jurídico actual, la cúspide de la jerarquía normativa es la persona humana y los principios hermenéuticos a través de los cuales se conoce el sentido más favorable de las normas iusfundamentales. Esto es, que más que la cúspide del sistema jurídico lineal, *la persona humana constituye el basamento fundamental del Estado constitucional*, con la exigencia de que las normas iusfundamentales no restrinjan los derechos de forma desproporcionada, así como la pretensión de optar por la norma que contenga el mejor trato en beneficio del titular del derecho humano.

La hermenéutica constitucional que subvierte a la tradición jurídica imperante del normativismo kelseniano, viene a proponer el giro interpretativo que se deduce en la comprensión del significado del contenido material de los derechos humanos, la cual no puede ser reducida al método subsuntivo-deductivista del positivismo jurídico.

En ese contexto, es claro que los métodos clásicos de interpretación (literal, gramatical, sistemática o histórico), inciden en el silogismo deductivo, mismos que en el paradigma constitucional y convencional, ya no resultan idóneos ante el método de la ponderación de los principios, el principio de proporcionalidad, o la interpretación conforme y el principio *pro persona*.

Las filosofías del periodo ilustrado que impregnaban a la metodología jurídica de la modernidad, postulan líneas de comunicación que en la actualidad ya están cortadas; pues no puede proporcionar una adecuada y plausible interpretación de las normas de derecho constitucional, que contemplan derechos fundamentales, tanto desde el aspecto constitucional como convencional.

Es decir, el método jurídico formalista se encuentra imposibilitado para tender los puentes y salvar las distancias, entre el complejo contenido normativo de los derechos y su concreción material. La hermenéutica constitucional precisa de *vasos comunicantes y círculos concéntricos* que comuniquen a los operadores jurídicos; para que a través de los cuales, se incentive el *diálogo jurisprudencial entre tribunales* desde el bloque normativo bifronte (Constitución-tratados), así como en su relación comunicacional de forma vertical con los tribunales internacionales de derechos humanos, o bien, desde un aspecto horizontal, con tribunales constitucionales de todo el mundo.¹²⁰⁷

¹²⁰⁷ Las obras que han desarrollado para explicar el diálogo entre tribunales y su hermenéutica jurisprudencial, ya resulta inabarcable. Véase ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2014; A.A. V.V., XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013; FERRER MACGREGOR, Eduardo, *et. al., Derechos humanos en la constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, SCJN – UNAM – IIJ - Konrad Adenauer Stiftung,

La propuesta de la hermenéutica de los derechos fundamentales, implica no sólo contrastar los contenidos lógicos de las normas jurídicas que contienen derechos, a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales; sino que el derecho internacional de los derechos humanos, incide en la misma Constitución, como normas jurídicas operativas-concretables desde el mismo ámbito de jerarquía.

Los derechos humanos constitucionales, a la luz de su interpretación en la jurisprudencia, provoca un diálogo entre jurisdicciones nacionales e internacionales; es decir, se origina una dinámica de *aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*, desde el ámbito interno los Estados partícipes del sistema regional de protección de los derechos y la Corte Internacional respectiva.¹²⁰⁸

Los derechos humanos se encuentran en la cúspide de la “pirámide” de la jerarquía normativa. Desde la hermenéutica jurídica, el análisis del caso de relevancia para los derechos fundamentales, se encuentra en el centro del círculo hermenéutico, las posibilidades interpretativas que han de ser buscadas para ajustar el mejor contenido esencial del derecho humano interpretado.

La interpretación lineal, monológica y deductivista de las normas constitucionales se ha venido abajo a la luz de la pirámide kelseniana. Esto es, *la interpretación lineal del sujeto-objeto-consecuencia, ya no tiene cabida en el paradigma de la hermenéutica de las normas constitucionales e internacionales, que precisan de una metodología diversa de la escala normativa jerarquizada, abstracta y monológica de la Constitución como la cumbre de esa jerarquía normativa.*¹²⁰⁹

En suma la línea deductiva de la ley (Constitución en la cúspide de la pirámide kelseniana), el caso (sin tomar en cuenta la ponderación de principios) y el resultado (consecuencia deductiva desde un aspecto formal).

México, 2013, 2 tomos; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013; AYALA CARAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Porrúa – IMDPC, México, 2013; BAZÁN, Víctor “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad” y FERRER MC-GREGOR, Eduardo “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012; VERGOTINNI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, prólogo de Javier García Roca y trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Civitas – Instituto de Derecho Parlamentario - Thomson Reuters, Navarra, 2010.

¹²⁰⁸ BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18/2º Semestre, 2011, p. 77.

¹²⁰⁹ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., p. 161.

Bajo esa lógica formalista, la pirámide de Hans Kelsen que venimos señalando, conlleva la adopción de un régimen estricto y escalonado, de autorización sucesiva de actos jurídicos; es decir, la Constitución autoriza a la ley, la ley al reglamento, la ley y el reglamento a los actos administrativos, las sentencias, los contratos y cualquier acto o hecho jurídico que reconozca el derecho. Fuera de dicha autorización en la cual se aprecia su origen o *pedigree*, no puede existir una norma jurídica válida “puesta” por la autoridad competente, de conformidad con el procedimiento de creación normativa.¹²¹⁰

El *bloque normativo bifronte*, en el que se encuentran la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, ha cuestionado seriamente al sistema jurídico piramidal kelseniano, a tal grado que ya se habla de un modelo hermenéutico que pone al mismo nivel, las normas constitucionales y las normas internacionales que contienen derechos fundamentales. En ese mismo nivel, pero desde un diálogo *jurisprudencial dialéctico*, complejo, se ha reconfigurado un nuevo derecho común de los países que comparten el sistema regional de protección de los derechos humanos, en vías de una efectiva integración normativa como es el caso de Europa.¹²¹¹

Con la hermenéutica jurídica compleja de los derechos humanos de fuente constitucional o internacional, la pirámide kelseniana se derrumba, pues como ya hemos insistido, la Constitución ya no se encuentra en solitario en la cúspide de dicha pirámide; inclusive la idea de Kelsen ha sido mal entendida y en lugar de ser una pirámide en cuya cúspide se encuentra la Constitución, ésta es la base de la pirámide. En consecuencia, se trata de una pirámide invertida.

Sin embargo, la base de esa pirámide sobre la que descansa todo el ordenamiento jurídico, no obedece jerarquías formales cuando se trata de los derechos humanos; sino que los tratados internacionales pueden llegar a condicionar la validez de la misma Constitución, además de la implementación de las nuevas herramientas que modifican la metodología jurídica del normativismo legalista como lo es la ponderación de principios a través del principio de proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos, o las herramientas hermenéuticas de interpretación de los derechos humanos de fuente internacional, como el principio de interpretación conforme, interpretación *pro persona*, universalidad, progresividad, indivisibilidad e interdependencia, entre otras directivas hermenéuticas.

El sistema jurídico de jerarquía normativa, se puede ejemplificar a través del método clásico de interpretación jurídica, de carácter lineal y monológico y su transición al sistema jurídico complejo de los derechos humanos, en el bloque normativo bifronte, a luz de los siguientes esquemas.

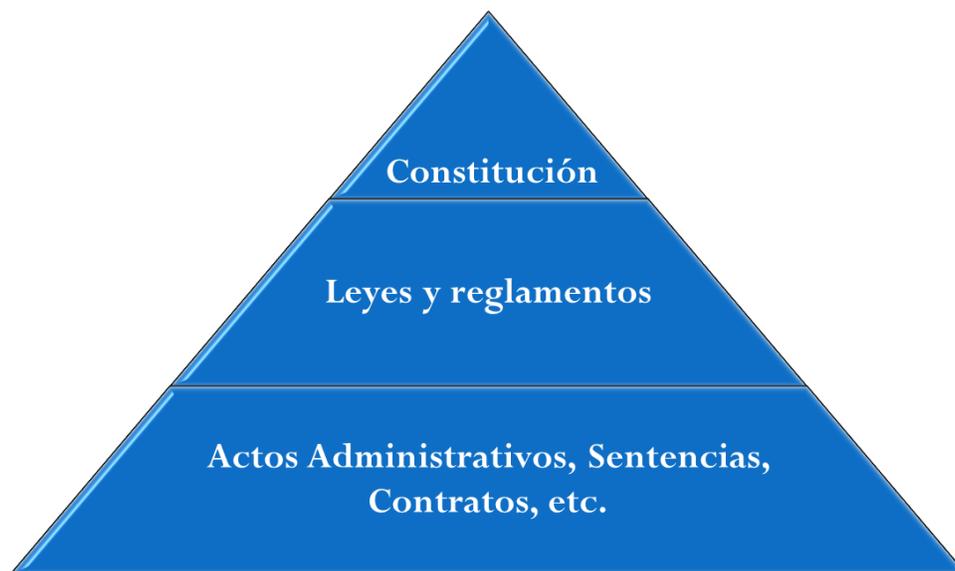
¹²¹⁰ *Idem.*

¹²¹¹ Esa es nuestra propuesta de la *hermenéutica constitucional de los derechos humanos a la luz del paradigmático control de convencionalidad*, en el sistema interamericano. *Idem.*

Métodos clásicos: interpretación lineal y monológica



***La pirámide kelseniana:
autorización jerárquica y sucesiva de actos***



***El bloque normativo bifronte:
Constitución-tratados y diálogo jurisprudencial***



4. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-CONVENCIONALIDAD COEXISTENTE CON LA PIRÁMIDE KELSENIANA

Bajo los parámetros del ordenamiento jurídico constitucionalizado y convencionalizado antes esbozado, en el cual se incorporan los derechos fundamentales de fuente internacional, se podría cuestionar seriamente si en realidad existen tratados internacionales que no tengan relación con un derecho humano.

Es decir, los derechos humanos y su efecto irradiación (Alexy)¹²¹², así como la naturaleza *invasiva* de la Constitución (Guastini)¹²¹³ y ahora los tratados internacionales de derechos humanos, se vuelve imposible la aplicación de un tratado internacional, en el cual no tenga relación con las

¹²¹² ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pp. 465 y ss. y “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, p.34.

¹²¹³ GUASTINI, Riccardo, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, pp. 59-61.

prerrogativas fundamentales de los justiciables, bien en sede nacional o internacional.

Sin embargo, es necesario considerar aquellos casos en los cuales no tiene relevancia un derecho humano, para lo cual es necesario destacar la prevalencia de una escala normativa en la que *coexista el bloque de constitucionalidad y convencionalidad, con la pirámide kelseniana*; lo anterior considerando que si bien las normas de derechos humanos sean de aplicación obligatoria en todos los casos, existan situaciones en las cuales no se deba realizar un control de constitucionalidad o de convencionalidad.

En efecto, hablamos de una nueva escala normativa reconformada, - como es el caso del artículo 133 de la Constitución mexicana-, para dejar en claro y evitar confusiones normativas al momento de establecer una jerarquía *prima facie* en materia de control de constitucionalidad y convencionalidad; pues *en materia de derechos humanos la jerarquía Constitucional es una jerarquía móvil*, primero se advierte si tiene incidencia un derecho humano, y se aplica el nuevo bloque normativo; pues si no tienen relación la interpretación y aplicación de un derecho humano, se aplica la pirámide kelseniana que *prima facie* impera para aquellos casos en los que no implica una interpretación dialógica entre normas de un mismo nivel normativo, esto es, Constitución y tratados internacionales relativos a derechos humanos.

Es decir, *el bloque de constitucionalidad-convencionalidad, coexiste con la pirámide kelseniana, pues se prevén casos en los cuales no se interpretan y aplican derechos humanos sobre normas ordinarias; en ese orden de ideas, subsiste el sistema normativo jerarquizado, en el que se interpretan las normas de conformidad con la escala de autorización de normas de forma lineal y sucesiva.*

En el caso mexicano y de conformidad con los últimos criterios emitidos por la SCJN en cuanto al significado de *Ley Suprema de la Unión*¹²¹⁴ y la interpretación de los derechos humanos a la luz de la reforma constitucional en referencia -pero dejando intocado el artículo 133 constitucio-

¹²¹⁴ “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.” Tesis: P. VIII/2007, Novena Época, Pleno, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, Materia(s): Constitucional, p. 6; TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.” Tesis: P. IX/2007, Novena Época, Pleno, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, Materia(s): Constitucional, p. 6; SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. Tesis: 1a./J. 80/2004, Novena Época, Primera Sala, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, Octubre de 2004, Materia(s): Constitucional, p. 264.

nal¹²¹⁵⁻, el *bloque de constitucionalidad-convencionalidad y su coexistencia con la pirámide kelseniana*, se encuentra integrado por los siguientes niveles normativos:

1) La Constitución y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de los Estados, y al mismo nivel jerárquico, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH; todos ellos en un plano de igualdad y en cuya interpretación *pro homine*, la *jerarquía móvil* se apreciará dentro del *círculo hermenéutico* para el mejor trato y menor restricción a la persona humana;

2) Tratados Internacionales diversos a los derechos humanos (*in genere*);

3) El ámbito general o de coordinación. Esto es, aquellas Leyes Generales, Leyes de Coordinación y Leyes Orgánicas Constitucionales (se encuentran entre la Constitución y las leyes federales¹²¹⁶), integrado por aquellas normas que inciden y coexisten un régimen coordinado en los tres niveles de gobierno, tales como códigos o leyes generales; que regulan una materia de forma sustantiva o adjetiva por medio de reglas generales y que condicionan la normatividad estatal y municipal en algunas materias, en las cuales no se encuentren reservadas a los Estados de manera privativa por la misma Constitución;

4) Las Leyes Federales en sentido estricto (no condicionan a la regulación estatal y desarrollan una facultad exclusiva de la federación de manera específica), las Leyes Locales o en general el ámbito estatal y el ámbito municipal, en sus respectivas materias y competencias definidas en la Constitución.

¹²¹⁵ “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO.” Tesis: 2a. LXXV/2012 (10a.), Décima Época, Segunda Sala, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3, Materia(s): Constitucional, p. 2038.

¹²¹⁶ El visionario trabajo de Ricardo Sepúlveda, postula la necesidad de “descargar” a la Constitución, de diversas materias y regulaciones que pudieran establecerse en un régimen normativo intermedio entre la Constitución y las leyes federales, para su desarrollo legislativo de forma especial por la importancia que revisten al regular derechos humanos. Esto es, como *leyes orgánicas constitucionales*. Véase SEPÚLVEDA IGUIÑIZ, Ricardo J., “Las leyes orgánicas constitucionales y su contribución a la protección de los derechos fundamentales” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, op. cit., pp. 493-524.

***Bloque de constitucionalidad-convencionalidad
coexistente con la pirámide kelseniana***



5. LA NUEVA DIALÉCTICA DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

*La nueva dialéctica del círculo hermenéutico, propone repensar el sistema jurídico y la manera de interpretarlo a la luz de la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. En ese sentido y bajo la perspectiva del círculo hermenéutico de la comprensión, es necesario acudir al mismo Aristóteles, cuando refiere a que *el todo debe entenderse desde lo individual y lo individual desde el todo*; en otras palabras, *comprender la parte a la luz del todo, y el todo a la luz de sus partes*, es la forma como se conoce dentro del*

círculo hermenéutico de la comprensión del caso cuando se postula un conflicto entre derechos fundamentales.¹²¹⁷

Como veremos a continuación, Gadamer manifiesta el significado de la expresión del círculo hermenéutico “sugiere en realidad la estructura del *ser-en-el-mundo*, es decir, la superación de la escisión entre sujeto y objeto en la analítica trascendental del *ser-ahí* llevada a cabo por Heidegger”¹²¹⁸ Es así como la pirámide kelseniana escindió el círculo de la intelección, para erigir estructuras normativas que en lugar de promover una adecuada axiomática protectora de la persona, terminó por proteger más al “sistema” que a los valores y principios de moralidad y de justicia que debía resguardar.

Es así que la hermenéutica jurídica de Gadamer, emplea el *carácter fundamentalmente móvil del estar ahí*, que constituye su finitud y su especificidad que abarca el conjunto de su experiencia del mundo de la vida humana; el movimiento de la comprensión tiene una pretensión de universalidad, la cual no es arbitrariedad ni expansión constructiva de un aspecto unilateral, sino que está en la naturaleza misma de la cosa.¹²¹⁹

Por otra parte, la hermenéutica acepta que el intérprete parta de una “precomprensión” y de “prejuicios”, sin que estos últimos se entiendan en el sentido peyorativo al que se le atribuye comúnmente como “juicio falso” o “no fundamentado”. Por el contrario, en la hermenéutica un “pre-juicio”, es un concepto o idea que el intérprete se ha formado sobre las cosas, y respecto del cual, puede hacerse una valoración tanto positiva como negativa.¹²²⁰

En consecuencia la interpretación no es un acto complementario y posterior a la comprensión, sino que *comprender es siempre interpretar*, y en consecuencia *la interpretación es la forma explícita de la comprensión*; “la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación.”¹²²¹

Gadamer manifiesta la tensión que existe entre la *función cognitiva y la función normativa* dentro de la hermenéutica en general, como de manera especial sucede en la hermenéutica jurídica. El conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto, no son dos actos separados sino un proceso unitario¹²²²: *El caso de la hermenéutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la herme-*

¹²¹⁷ Nos remitimos al epígrafe en el que desarrollamos *in extenso* la cuestión *Supra* “5. El círculo hermenéutico”.

¹²¹⁸ GADAMER, Hans-Georg, “Texto e interpretación” (1984) en *Verdad y Método II*, trad. Manuel Olasagasti, 7ª ed., Sígueme, Salamanca, 2006, pp. 320.

¹²¹⁹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 12.

¹²²⁰ *Ibidem*, pp. 337 y ss. En este instante de discernimiento entre lo positivo o negativo, vemos compatible la aplicación del paradigma prudencial aristotélico-tomista, en cuanto analizar lo conveniente o inconveniente en la valoración de un juicio.

¹²²¹ *Ibidem*, pp. 378-379.

¹²²² *Ibidem*, p. 381.

*néutica histórica todo el alcance de sus problemas y producir así la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo.*¹²²³

Por lo anterior, se advierte que a la luz de la hermenéutica constitucional de los derechos humanos, *no es viable fragmentar el análisis de interpretación y el de aplicación de las normas de derechos humanos, ni sus herramientas hermenéuticas*. Es decir, cuando se argumenta que en la interpretación conforme se busca aquella “interpretación” que resulte compatible con los derechos fundamentales; y al no encontrar dicha interpretación compatible, se “aplica” el principio *pro persona*, no por ello se incurre en un “círculo vicioso”.

Cuando se aplican los criterios hermenéuticos en mención, no quiere decir que la interpretación sea un proceso diferente de la aplicación. La interpretación y aplicación, se da dentro del *círculo hermenéutico del control de convencionalidad de los derechos humanos*, no fuera de él. Es decir, si bien hay un proceso previo de interpretación conforme, para optar por la interpretación que se adecue a la Constitución y los tratados; el principio *pro persona* se aplicará cuando no sea posible esa interpretación conforme, y en todo caso, para analizar la interpretación más favorable en la persona. Sin embargo, como ya lo hemos señalado, *tanto el principio de interpretación conforme y el principio pro persona, se interpretan y aplican de manera simbiótica y concordante desde el mismo círculo hermenéutico*; esto es, a la vez de que se realiza una interpretación conforme para apreciar la interpretación compatible con el bloque de convencionalidad, también es necesario advertir la norma más favorable a la persona.¹²²⁴

Gadamer sostiene que un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto, no son dos actos separados sino un proceso unitario. Por ende, *interpretación conforme y principio pro persona, no son dos procesos hermenéuticos que se lleven a cabo de forma aislada, sino que forman parte de la dialéctica que conforma el círculo hermenéutico de la comprensión y del sentido de la norma que contiene el derecho humano en conflicto.*¹²²⁵

La interpretación de las normas iusfundamentales, no se genera desde un círculo vicioso, sino que reconoce la complejidad dialógica del derecho y abandona la relación monológica entre el sujeto (intérprete) y el objeto interpretado (norma). Esto es, el monólogo que se surte entre el operador ju-

¹²²³ *Ibidem*, p. 401. En este aspecto la visión hermenéutica gadameriana, entraría en pugna -bajo cierta incompatibilidad metodológica- con la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, en cuanto que para éste el discurso jurídico, es un caso especial del discurso práctico general bajo una serie de limitaciones condicionantes como la ley, los precedentes, la dogmática jurídica y las reglas del ordenamiento procesal. Condicionantes que limitan en cuanto al tiempo, modo y espacio de las reglas del discurso racional. Véase ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 34, 38 y 205-212.

¹²²⁴ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 188-189.

¹²²⁵ *Ibidem*, p. 189.

rídico que con los métodos clásicos de interpretación con fundamento en el sistema jurídico escalonado, al que nos acabamos de referir con la pirámide kelseniana.

Bajo los mecanismos interpretativos del sistema piramidal, se llega a una respuesta de forma meramente lógica, la deducción subsuntiva de sus contenidos fácticos y jurídicos; el operador jurídico solamente corrobora los hechos y las pruebas con la hipótesis normativa para sacar una conclusión lógica y formal. La metodología normativista se reduce a una deducción de la norma de mayor jerarquía, sin establecer un análisis argumentativo de carácter axiológico aplicable al caso con el método de la ponderación, o cualquier otra herramienta hermenéutica que determine el contenido o el alcance de un derecho fundamental (ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, etc.).

La nueva dialéctica de la hermenéutica jurídica, implica el abandono de la metodología jurídica moderna de forma privativa. La linealidad que se cierne desde un aspecto epistemológico en la interpretación de las normas, ya no es más aplicable en la interpretación de las normas de contenido de valor en el Estado de derecho constitucional.

La interpretación jurídica y su relación monológica entre el sujeto interpretante y el objeto interpretado, se ha roto, por no dar cuenta del conocimiento de la ciencias humanas en las cuales se encuentra ineludiblemente *el derecho y su relación necesaria con la moral de forma coexistente*. Por lo cual adoptamos una posición neoconstitucionalista o bien no-positivista, por adscribirnos a una filosofía que se enmarca dentro del paradigma de *la Constitución de principios*.

Como veremos enseguida, el “método” hermenéutico del círculo de la comprensión, lejos de centrarse en esa linealidad de la escala normativa, ahora transita bajo una *movilidad argumentativa*, tanto desde una jerarquía móvil entre normas, y una interacción entre razonamientos justificatorios; es un *ir y venir de la mirada* del caso, que se impregna de moralidad y de sentido de justicia, en la traducción de los derechos humanos en los casos paradigmáticos.

La interpretación clásica de la “subsunción” no implica ningún problema de peso argumentativo, cuando ya se han fijado las premisas de forma correcta y las condiciones fácticas son seguras. Lo determinante en la interpretación dialógica de la hermenéutica, es que debe existir una mutua correspondencia entre principios de derecho fundamental en colisión, bien desde la misma norma, o a la luz del bloque normativo integrado; cuando provienen las colisiones de derechos entre dos fuentes igualmente vinculantes, como lo es la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Las para palabras de Karl Engisch siempre estarán presentes, en el cambio de paradigma de la hermenéutica jurídica, cuando habla de una “continua interacción”, de un *ir y venir de la mirada* entre norma y contenido de hecho, es decir: elaborar concretas proposiciones jurídicas en rela-

ción con el contenido de hecho, y construir los contenidos de hecho en relación con la norma.¹²²⁶

El nuevo “método” del círculo hermenéutico es una *ida y vuelta entre el operador jurídico, la norma y la solución adecuada al caso*: la dialéctica de la hermenéutica iusfundamental del bloque de constitucionalidad-convencionalidad; no sólo busca adecuación respecto de dicho bloque, sino que busca *romper cualquier esquema normativista que pretenda encerrar en reglas deductivas de precedencia condicionada, toda apreciación de los bienes humanos que impliquen un conocimiento propio de la experiencia de razón práctica, la cual incide en el derecho y en sus normas iusfundamentales*.

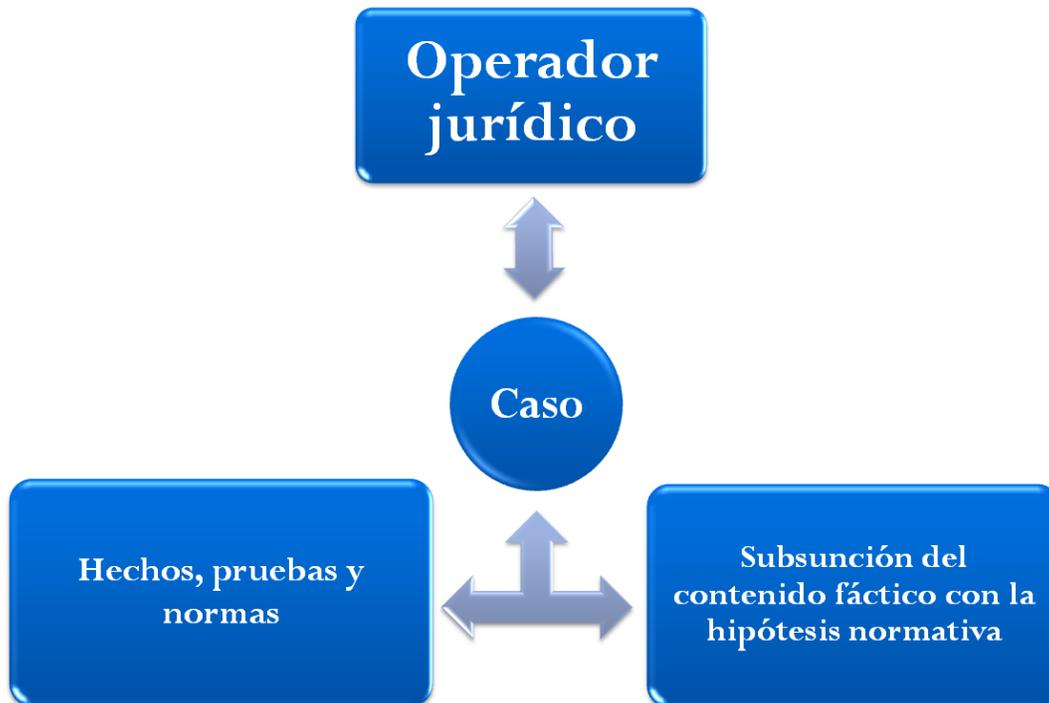
La principal consecuencia del cambio de paradigma, del sistema piramidal kelseniano, al sistema dialógico-hermenéutico, es que se rompe con la linealidad argumentativa, así como con la apariencia de perfección y completitud del sistema jurídico; hacia una interpretación más compleja y dialógica de las normas de derechos humanos, en franca relación de coexistencia entre el derecho y la moral, el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

La dialéctica del círculo hermenéutico, ha desarrollado una nueva forma de interpretar las normas de derecho fundamental; en este caso, ya no se busca que impere la norma de mayor jerarquía –Constitución o Tratados–, sino la que mejor logre concretar el contenido material del derecho humano objeto de interpretación; sin descuidar las cualidades específicas que brinda el caso particular para el mayor beneficio de la persona humana.

Dicha dialéctica la ejemplificamos en los siguientes esquemas para su mejor apreciación; comparando tanto la metodología normativista monológica-legalista, con la dialéctica-hermenéutica que implementa el control de convencionalidad en los términos antes apuntados.

¹²²⁶ KAUFMANN, Arthur, “Teoría de la justicia. Un ensayo problemático” en *Hermenéutica y derecho*, edición de Andrés Ollero y José Antonio Santos, Comares, Granada, 2007, pp. 166-167.

El monólogo-legalista de la interpretación jurídica del normativismo



La dialéctica-hermenéutica en el control de convencionalidad



6. LOS MÉTODOS CLÁSICOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE NORMAS Y LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

En este capítulo pretendemos mostrar que los “métodos” contemporáneos que emplea el operador jurídico para resolver conflictos entre derechos fundamentales, son herramientas netamente hermenéuticas; mas no así, métodos que de forma lógica, deductivista y mecanicista, establecen preceptivas de interpretación para obtener la “única” respuesta correcta a los problemas que plantean dichos conflictos.

Si bien es cierto que la doctrina contemporánea hace referencia a las teorías constructivistas, teorías discursivas y en general al positivismo metodológico de cuño analítico; muy pocas veces se alude a la doctrina iusfilosófica que representa una esencial y férrea oposición al positivismo jurídico y al formalismo ético en el que se sostienen: la *hermenéutica jurídica*.

En suma, la hermenéutica jurídica viene a cuestionar a la filosofía analítica, que en los últimos cincuenta años se ha convertido en lo que la filosofía posmoderna pretendía evitar: el *formalismo ético* que en esencia dio sustento al positivismo “blando”, positivismo incluyente o positivismo metodológico de nuestros días.

Tradicionalmente la doctrina jurídica ha establecido una serie de mecanismos para intentar resolver las antinomias y lagunas del sistema jurídico, que funcionan como criterios para decidir cuál de las normas en conflicto resulta la más adecuada para resolver el caso. Los métodos más socorridos son los criterios de jerarquía (*lex superior derogat inferiori*), el criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) y el criterio de especialidad (*lex specialis derogat generali*); a los criterios anteriores se le suele incorporar el criterio de competencia o el criterio de prevalencia.¹²²⁷

Estos criterios sirven para realizar las actividades propias de la resolución de los conflictos entre reglas; o bien para declarar que una de las reglas es inválida, o para establecer excepciones a alguna de las reglas en el caso específico. Es decir, la manera como se resuelven los conflictos entre reglas, ya sea declarando la invalidez de al menos una de ellas o estableciendo excepciones, indistintamente se recurre a dichos métodos interpretativos. Sin embargo, tales metodologías siguen el paradigma del Estado de derecho legal.¹²²⁸ El propósito de la exégesis del positivismo normativista kelseniano -y previamente, la escuela dogmática decimonónica-, encontrará en “la pirámide jurídica”, la pretensión de visualizar en el ordenamiento jurídico cinco exigencias de un sistema con apariencia de coherencia y plenitud normativa: unidad, jerarquía, coherencia, completitud y economía.

¹²²⁷ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 147-153.

¹²²⁸ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, op. cit., p. 7.

Como veremos más adelante, los métodos de solución de conflictos entre reglas, develan de manera clara que resultan totalmente inadecuados para afrontar los conflictos constitucionales entre los principios de derecho fundamental¹²²⁹:

a) El criterio de jerarquía (*lex superior derogat inferiori*), no resuelve el conflicto, pues los derechos fundamentales encuentran su fundamento en la Constitución. Es decir, todas las normas de derecho fundamental poseen la misma jerarquía, sin que exista dependencia una de otra para sustentar su validez, en función del principio de unidad y concordancia práctica¹²³⁰;

b) A través del criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*), resulta inadecuado para deducir que un derecho aplica de manera preferente a otro en razón del tiempo, por la misma razón de que la vigencia de la Constitución se da en un mismo momento¹²³¹;

c) El criterio de especialidad (*lex specialis derogat generali*) resulta un método que no resuelve el conflicto, pues cada derecho aplica según sea el caso en su propia singularidad. Es decir, si bien es cierto que se puede deducir una preferencia de un derecho sobre otro *prima facie* en abstracto; resulta ineludible conocer las particularidades del caso para resolverlo, pues la especialidad en este caso es la categoría de derecho fundamental que protege un bien jurídicamente tutelado en lo particular, sin importar la rama jurídica de la que estemos tratando;

d) El criterio de competencia o el criterio de prevalencia, resulta de igual forma incompatible con el esquema de los derechos fundamentales, pues el contenido normativo de los derechos, es aplicable a todas las autoridades, así como a los particulares. *El normativismo se centrará en que solamente se protegen los derechos por las autoridades competentes que establece la ley; sin embargo, los derechos se encuentran en la Constitución, pues si bien todas las autoridades son competentes en materia de derechos fundamentales, no se soslaya el sistema de facultades reglamentarias.*

Desde la posición hermenéutica, la relevancia en la solución de los problemas jurídicos no es propiamente la elección de un método, sino es la comprensión del método o los métodos que se van a utilizar para interpretar una realidad concreta. Por ende -y como ya lo habíamos planteado-, no

¹²²⁹ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 153-154.

¹²³⁰ *Infra* “Paradigmas interpretativos de las normas de derecho fundamental: El programa hermenéutico de Konrad Hesse.”

¹²³¹ En este caso, habrá que apreciar si existe excepciones en cuanto a reformas posteriores que en ese caso aplicará de manera favorable dependiendo del trato benéfico que el constituyente le quiera dar. De cualquier forma el Tribunal Constitucional tendrá facultad de decidir a través de la ponderación cuál de las normas es aplicable al caso, tomando en cuenta los principios en conflicto. Véase GUASTINI, Riccardo, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., pp. 59-61.

se trata de abandonar los métodos clásicos de interpretación jurídica como la subsunción, sino trascender del esquema del sujeto-objeto para la comprensión real y concreta del caso con todas sus circunstancias particulares.¹²³²

Por tanto, la imposibilidad de usar los criterios habituales de resolución de antinomias y lagunas entre reglas para resolver conflictos constitucionales es contundente, con lo cual se hace patente la necesidad de implementar un procedimiento distinto, específico e idóneo para resolverlos como lo que se estudian en la presente obra, entre otros.

Sin embargo, conviene aclarar que resulta erróneo pensar que los criterios de solución de conflictos entre principios únicamente sirven para declarar la invalidez o establecer excepciones entre las normas en colisión. Tal aseveración devendría en una proeza imposible, pues establecer todas las excepciones en la aplicación de un principio, es tan irrealizable como cuando la exégesis del derecho moderno intentó establecer un sistema perfecto que contemplara todas las posibles hipótesis legales con la pretendida codificación del derecho.

A diferencia del positivismo metodológico y con independencia de que los métodos clásicos de resolución de antinomias, que no son del todo idóneos para resolver conflictos entre principios, la hermenéutica plantea tanto una conexión necesaria de coexistencia entre las normas que contienen derechos y el método o los métodos elegidos para resolver el conflicto.

Contrario a lo que señala Martínez Zorrilla, el derecho es más que un juego de azar, la razón práctica conlleva una elección no sólo de una opción lógica entre diversas posibles. Sino la elección racional de una decisión justificada en un razonamiento de carácter argumentativo, que toma una posición respecto de un bien humano reconocido en una disposición constitucional. Por ende para nosotros desde un punto de vista lógico las antinomias entre reglas o principios, con independencia de su estructura normativa y deóntica, no se pueden resolver “lanzando una moneda al aire”.¹²³³

El derecho es más que fórmulas lógicas de determinación normativa, existe una razón práctica que nos dicta que estamos ante actos propios del obrar humano, además de que la valoración moral se encuentra vinculada de igual forma con un bien humano; y en consecuencia su corrección o incorrección en atención con dichos fines en sí mismos considerados.

Por lo anterior y para lograr que la Constitución sea, en sentido material un documento normativo, es necesario el compromiso por parte de todos los operadores jurídicos, autoridades de todos los niveles y órdenes de gobierno, como académicos, abogados y demás profesionistas que intervienen en la concreción, observancia, interpretación y aplicación del derecho,

¹²³² Véase KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 194 y 195.

¹²³³ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., p. 154.

de manera directa o indirecta, para procurar en todo momento la prevalencia de los derechos fundamentales; la aplicación de las leyes ordinarias, la jurisprudencia constitucional y convencional, los principios jurídicos y en general cualquier fuente de derecho, constituyen los mecanismos por los cuales se logra la vigencia del núcleo de la sociedad como un *derecho viviente*¹²³⁴, un derecho positivo en el aspecto sociológico menos formalista del término.

Para lograr que los principios de justicia nutran al ordenamiento jurídico, de tal forma que sean la máxima expresión de la moralidad pública de los ciudadanos, corresponde a la realización democrática de los fines y objetivos que debe perseguir la ley; para que los individuos que conforman una sociedad justa y cohesionada al unísono de la balanza que pondera la realización de los derechos y libertades fundamentales individuales y sociales más imprescindibles de una comunidad, logren tanto los planes de vida en lo individual así como el proyecto de sociedad pluralista que necesitan los Estados democráticos.

Sin embargo, la visión principialista de los derechos, ha permitido que las normas constitucionales se adecuen a las circunstancias actuales de la sociedad multicultural. Cuando se aduce que una norma constitucional, entra en colisión con otra -cuyo contenido es un derecho fundamental en sí-, no podrían ser declarados inválidos ninguno de los dos; bajo la idea de que cada principio se cumple en la mayor medida posible -cuando entra en conflicto con otro principio que contiene un derecho-, uno de ellos tiene que ceder, para que uno prevalezca, y sean precisamente las buenas razones las que justifiquen la primacía de un derecho sobre otro¹²³⁵ (conflictivismo), o bien se llegue a la determinación de que el contenido normativo y la delimitación conceptual de un derecho, tiene determinada cobertura de garantía en el conflicto particular (no conflictivista), dependiendo de la teoría sobre la cual se sustente la interpretación constitucional, así como la filosofía moral en la que se justifica su razonamiento argumentativo.

En ese intrincado debate, es donde se encuentra actualmente el paradigma constitucional. Los problemas argumentativos de los principios contenidos en las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales, consiste en desentrañar el problema de colisión que persiste entre ellos en los casos de relevancia para el alcance y límite de los derechos y libertades constitucionales. Al no poder resolver las antinomias entre principios, por los métodos clásicos de jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia, en tanto que constituyen parámetros inaplicables a la

¹²³⁴ Muy ejemplificativo de lo que queremos decir en este punto, es el estudio que Gregorio Robles Morchón hace del método jurídico de la sociología del derecho de Eugen Ehrlich, quien desde las coordenadas del sociologismo del derecho libre, criticaría a Kelsen su normativismo legalista. Véase ROBLES MORCHON, Gregorio, *Ley y derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

¹²³⁵ ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, op. cit., p. 10 y ss.

naturaleza de las normas constitucionales, la teoría contemporánea del derecho se ha provisto de diversas vías argumentativas que difieren con mucho en cuanto a su mecanismo hermenéutico para la resolución de las antinomias entre principios.

En ese sentido invocamos nuestro concepto de *hermenéutica jurídica* para advertir que la solución de conflictos entre derechos fundamentales, no se resuelve a través de uno o varios métodos específicos a través de los cuales se “obtenga” la única respuesta correcta; si no que el operador jurídico se encuentra obligado a realizar un análisis filosófico y prudencial, para advertir de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, cuál es *el razonamiento práctico correcto para la elección del método o métodos de interpretación de las normas de derecho fundamental*.

A diferencia de las teorías procedimentales de los derechos humanos como la de Robert Alexy, a la que nos hemos referido a lo largo del presente estudio, es claro que la propuesta *ontológica* de la hermenéutica, busca concretar los contenidos sustanciales de los derechos, formulando *no sólo una pretensión de corrección formal, sino también sostiene una pretensión de validez y de justificación argumentativa de carácter material*.

En ese orden de ideas, nos avocaremos en los posteriores capítulos al análisis de los “métodos” hermenéuticos de solución de conflictos entre derechos fundamentales, a saber: la ponderación, el principio de proporcionalidad o razonabilidad, la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, la hermenéutica de la concreción de los derechos y la hermenéutica analógica.

Si bien dichos “métodos” de interpretación son algunos -pero no los únicos-, las propuestas hermenéuticas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales que se tratan son los más importantes ante el ahora basto panorama doctrinario del neoconstitucionalismo, o bien, paradigma del Estado constitucional de derecho.¹²³⁶

¹²³⁶ La basta bibliografía que se ha producido respecto del tema de los conflictos entre derechos fundamentales ya es prácticamente inabarcable. Por mencionar los títulos más representativos y específicos para la doctrina jurídica de la tradición continental europea y latinoamericana: FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit.; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Las paradojas de la acción. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del derecho y de la filosofía*, 2ª ed., Prólogo de Manuel Atienza, Marcial Pons, Madrid, 2013; ZUCCA, Lorenzo, et. al., *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons, Madrid, 2011; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio y DOMINGO, Tomas de, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Palestra, Lima, 2010; LARIGUET, Guillermo, *Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2008; MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Palestra, Lima, 2007; HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, UNAM, México, 2007; MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 89 y ss; CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit.; SERNA, Pedro y TÓLLER, Fernando, *La inter-*

7. EL SISTEMA JURÍDICO KELSENIANO Y LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS HUMANOS

El jurista positivo que opera con la cultura legalista, se sustenta en jerarquías y escalas normativas desde un sistema jurídico fuerte y perfecto, ausente de lagunas y antinomias, a la usanza de la pirámide kelseniana; que considera al sistema jurídico, como un orden jurídico jerárquicamente escalonado de autorización sucesiva de actos, en cuya piedra angular y monopolio de validez normativa es la Constitución.

La consolidación del *Estado de derecho constitucional y convencional*¹²³⁷, cuestiona la cadena normativa que estructura una autorización sucesiva de actos jurídicos de forma rígida y escalonada, bajo una visión deductivista y formal del sistema jurídico.

El sistema jurídico del Estado de derecho legal, se consolidó como un sistema de reglas pétéreas sin contenido moral, que concentra el monopolio de validez normativa desde un punto de vista formal y unidimensional: la Constitución se impone en la cúspide del sistema jurídico, con una fuerza concentradora y excluyente de las normas que no se encuentran bajo su amparo, de conformidad con el proceso de creación de leyes que la misma establece.

Bajo el paradigma normativo de los derechos humanos, ya no es viable el sistema jurídico del Estado de derecho legal jerárquicamente escalonado, por lo cual es necesario modificar la visión rígida y formalista del mismo, para tornarlo en un sistema “débil”, que cumpla con las expectativas que exigen la inclusión de normas con un contenido moral y de justicia, susceptible de interpretación y ponderación.

La proyección del derecho principialista obedece más a un esquema de interpretación y argumentación jurídicas acorde con el Estado de derecho constitucional; invierte la versión fuerte del sistema jurídico como cadena normativa de autorización formal de actos, hacia un sistema jurídico más flexible o *poroso*.¹²³⁸

pretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, La Ley, Buenos Aires, 2000.

¹²³⁷ Para dilucidar la transición del Estado de derecho constitucional al Estado de derecho convencional, podemos advertir cuáles son los paradigmas que transforman el nuevo modelo jurídico-político que implementa una Constitución que reconoce los tratados internacionales de derechos humanos. Véase VIGO, Rodolfo L., “El Estado de derecho constitucional y su transición al Estado de derecho convencional” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, op. cit., pp. 379-392.

¹²³⁸ Según la apreciación muy ejemplificativa del sistema jurídico de principios de Rodolfo L. Vigo en relación con el esquema que plantea Claus-Wilhelm Canaris. Para la idea de un sistema jurídico abierto Véase CANARIS Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, trad. Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 71-84; Dos obras fundamentales que dan cuenta de la transición del Estado de derecho legal, hacia la constitucionalización y judicialización del ordenamiento jurídico

La interpretación de los normas de derecho fundamental en el contexto del Estado constitucional, precisa de una teoría entero distinta de la posición normativista-legalista del positivismo jurídico. Para dejar en claro insistimos en que, el paradigma de los derechos humanos implica el abandono del Estado de derecho legal, entendiendo por este, aquel modelo jurídico-político que consideraba al sistema legal, como un sistema perfecto y coherente, ausente de lagunas y antinomias; con la posibilidad de que el operador jurídico colmara dichas “anomalías” del sistema de manera irracional o decisionista; si bien, como meros actos aplicativos de voluntad del juzgador a través de la asignación subjetiva de significados, pero al fin actos irracionales o sin contenido moral alguno.

Para Hans Kelsen, la idea de que la justicia era un valor absoluto, así como de cualquier valor moral, presupondría la toma de posición respecto de los contenidos normativos del derecho, para lo cual introducían elementos que contaminaban la “pureza” de las leyes y por consecuencia del derecho.¹²³⁹

En la actualidad esas “impurezas” proporcionan al paradigma epistemológico del neoconstitucionalismo y la hermenéutica, un banco de pruebas muy fructífero, para centrar como punto de partida el sistema jurídico que dejó el positivismo, inmerso en el Estado de derecho constitucional.

En su momento fue muy exitoso el *cliché* de la ficción jurídica del principio de legalidad; la forma con la cual, la escuela dogmática decimonónica y el normativismo kelseniano, gestaron los paradigmas que dotaron al sistema jurídico de un andamiaje axiomático cerrado, con la pretensión de que éste arrojara todas las respuestas a los conflictos jurídicos.

Esos pilares fundamentales en el que se basaba el modelo positivista, que denominaba como *virtudes del sistema normativo* consistían en tres propiedades:

1) *La completitud*. El sistema jurídico arroja desde su interior (*auto-poiésis*), todas las respuestas jurídicas a todos los casos que se le presentan con la simple subsunción (ausencias de lagunas);

2) *La coherencia*. Las normas del sistema jurídico no se contraponen unas con otras, sino que los criterios de solución de conflictos como el de jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia, resuelven las posibles contradicciones que se le presenten al operador jurídico (ausencia de antinomias); y

3) *La independencia*. Las normas del sistema jurídico escalonado, asumen una regulación específica para cada caso que se presente, de con-

representado en el modelo jurídico-político del Estado de derecho constitucional. VIGO, Rodolfo L. *De la ley al derecho*, op. cit., p. 8; del mismo autor *Constitucionalización y Judicialización de Derecho, Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, op. cit., pp. 25-26.

¹²³⁹ Las paradojas del positivismo jurídico kelseniano, al pretender hacer ciencia y sostener a la vez una ciencia jurídica “normativa”. Cfr. OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?, Entre el método científico y voluntad política*, op. cit., pp. 45-112.

formidad con la institución jurídica que contemple el ordenamiento jurídico; sin posibilidad de plantear la reiteración de normas para un mismo caso (ausencia de redundancias).¹²⁴⁰

4) *La ordenación escalonada del sistema jurídico*. El positivismo jurídico impuso la idea de que no pueden coexistir dos normas de igual jerarquía y que tengan relevancia para resolver un caso, pues se invalida la norma de menor jerarquía o se aplican los demás criterios de especialidad, temporalidad y competencia.

En el caso de los conflictos entre principios, ninguno de los dos pierde validez, pues los derechos fundamentales se encuentran contenidos en la Constitución. Bajo esta concepción, una norma suprema como es la Constitución se erige como la cúspide del sistema jurídico, que a su vez condiciona la validez de las normas de inferior jerarquía, como la ley, el reglamento y las resoluciones administrativas o sentencias que se emitan con base en dichas normas.¹²⁴¹ Así pues, en dicho sistema escalonado impera una concepción de *supremacía constitucional de carácter soberanista*.

5) *La autoridad formal de la ley*. La exégesis normativista siempre ha considerado que una norma positiva no puede dejar de tener eficacia jurídica, si no existe un procedimiento legal que la derogue. Para ello, el derecho positivo, si bien puede prever que la costumbre en contra de la ley (*desuetudo*) convierta en ineficaz al derecho positivo, mientras que no exista un acto legislativo de la misma naturaleza que la derogue, formalmente sigue teniendo validez. Esto es, que la ley no puede ser neutralizada por una voluntad que no sea la del legislador soberano.

Tales paradigmas nutrían al modelo dogmático del sistema jurídico escalonado, como si se tratara de una ilusión racionalista a la cual se podía acceder, recurriendo a una “razón pura” sin acudir a valores o contenidos de carácter metafísico que “contaminaran” al derecho.

La interpretación decimonónica, así como el normativismo kelseniano no realizaban una hermenéutica de los textos jurídicos. Por el contrario, la exégesis de las normas, se reducía al estudio de las preguntas y respuestas del mismo texto de la ley, que formulaba el intérprete de manera unilateral; se buscaba encontrar el sentido de la norma y su finalidad, sin acudir a otra fuente jurídica: los principios.

Los cambios han quedado evidenciados en el contenido normativo que condensan ciertos principios e ideales morales. Su materialización en las

¹²⁴⁰ Véase ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 4^o reimp., trad. de los autores, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 225 y ss.

¹²⁴¹ El control de convencionalidad cuestionará a la pirámide kelseniana, pues de conformidad con dicha doctrina, así como su reconocimiento constitucional en México, la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tienen la misma jerarquía. Por ende el control de convencionalidad plantea *el derrumbe de la pirámide kelseniana* Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 40-48.

nuevas constituciones a través de las normas de derecho fundamental, forjaron el paradigma que hoy en día pugna por el abandono de la idea de completitud del ordenamiento jurídico que pregonaba el positivismo jurídico, en aras de una certeza, claridad y seguridad jurídica, que optaban por privar al derecho de consideraciones valorativas de carácter moral.

El concepto de validez bajo el cual se consideraba un derecho justo, a la luz de un parámetro netamente “científico”, realizó una labor meramente descriptiva sin justificar o criticar el derecho creado por la costumbre, la legislación o la decisión judicial. Esto es, se consideraba al derecho tal y como es, el que se daba “efectivamente” en la realidad social, “sin entrar a considerar si este derecho positivo puede ser calificado desde el punto de vista de algún valor, es decir, desde un punto de vista político, como bueno o malo, como justo o injusto desde otro punto de vista también político”.¹²⁴²

La necesidad incuestionable de flexibilizar las normas jurídicas en aras de una justicia más acercada a lo que el positivismo llamaba realidades sociales¹²⁴³, exige una visión abierta a las consideraciones morales del derecho que no podía darnos dicha teoría general.

En ese sentido, el neoconstitucionalismo plantea un protagonismo de la Constitución, que como piedra angular de todo el ordenamiento jurídico -en su carácter de norma fundante-, establece los derechos y por ende sujeto a valoraciones de justicia; valoraciones de contenido moral, invocable ante los tribunales, atendibles por su justificación argumentativa, así como en su explicación racionalmente fundamentada.

A diferencia de la actividad exegética, la hermenéutica consiste más en un diálogo entre el texto normativo, el lector-intérprete y su realidad-factual-concreta, en donde el *hermeneuta*, espera encontrar soluciones a sus propias dudas dentro del texto y responder a las preguntas del mismo, dentro de un amplio horizonte de comprensión distinto del análisis cerrado y monológico del método exegético. La comprensión hermenéutica del texto, no es algo meramente receptivo como la reproducción que hace el positivismo jurídico con la norma; sino no un actuar práctico, conformador del derecho concreto, histórico.

Ahora los derechos humanos imponen retos y complejidades imposterables para los operadores jurídicos. Las normas de derecho fundamental poseen una estructura normativa muy diferente de lo que se concebía bajo el derecho como sistema de reglas; para *introducir en el torrente sanguíneo del ordenamiento jurídico interno de los Estados nacionales*, -según la expresión afortunada de Ferrer Mac-Gregor¹²⁴⁴- los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

¹²⁴² KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

¹²⁴³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

¹²⁴⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, LXI Legislatura Cámara de Diputados -

La mera *subsunción* lógica de elementos fácticos y probatorios hacia las normas jurídicas, no puede resolver todos los problemas y casos complejos que se le presentan al juzgador, ante los desafíos que impone el control de convencionalidad. En el fondo del dilema -sin lugar a dudas-, se encuentra el fuerte *escepticismo ético*¹²⁴⁵ en el que fundamenta el positivismo jurídico, la metodología legalista de la interpretación jurídica; basta la asignación de significados morales de manera subjetiva, decisionista, y por ende irracional o arbitraria, para tener por colmado el requisito de fundamentación y justificación de las resoluciones judiciales.

Es decir, no importa lo que contiene un derecho, si se puede traducir en un lenguaje acrítico; lo cual mantiene al derecho aislado de la moral, sin comprometer su indisponibilidad efectiva al momento de interpretar las normas de derechos humanos, a la decisión legislativa o jurisdiccional desde un punto de vista formal y procesal, como producto del consenso de las mayorías.

En ese sentido si consideramos a los derechos humanos como principios jurídicos establecidos en la Constitución (mandatos de optimización), tales mandatos no son susceptibles de interpretarse con los antiguos métodos de solución de antinomias entre reglas (mandatos definitivos) como la jerarquía, la temporalidad, la especialidad y la competencia.¹²⁴⁶

Como ya pudimos apreciar con anterioridad de manera breve, veamos pues, que *la singularidad de la ponderación de principios de derecho fundamental*, plantea la incompatibilidad de dichos métodos de interpretación:

1) *Jerarquía*. Los principios tienen la misma *jerarquía, prima facie* a su ponderación en virtud de que todos se encuentran en la misma norma, la Constitución. Sin embargo, en ocasiones esa jerarquía se puede volver una

Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, (Serie Azul), México, 2012, p. 15.

¹²⁴⁵ Los dos elementos fundamentales en el que se sustenta el *escepticismo ético*, en la doctrina del positivismo jurídico, y sus variantes como el garantismo de Luigi Ferrajoli, [...] es ante todo una tesis metodológica de aproximación al derecho que *mantiene la separación entre ser y deber ser, entre efectividad y normatividad*, y que rige en los diversos planos de análisis jurídico: el meta-jurídico del enjuiciamiento externo o moral del derecho, el jurídico del enjuiciamiento interno del derecho y el sociológico de la relación entre derecho y práctica social efectiva. Proyectada en el enjuiciamiento externo o ético-político del derecho, la tesis metodología del garantismo consiste en *la absoluta separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, en definitiva entre el “ser” y el “deber ser” del derecho.* Cfr. GASCÓN ABELLAN, Marina, “La teoría general del garantismo”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo*, UNAM-Trotta, Madrid, 2005, pp. 22-23. Las cursivas son nuestras.

¹²⁴⁶ La distinción *in extenso* entre reglas y principios Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 200-234.

*jerarquía móvil*¹²⁴⁷, en virtud de las cualidades relevantes del caso en el cual prevalezca un principio sobre otro, bien de la Constitución, o bien proveniente de un tratado internacional de derechos humanos.

En el presente estudio se podrá advertir, que esa jerarquía entre derechos, se “mueve” ya no en la pirámide jurídica kelseniana, sino que se inserta en el *círculo hermenéutico del control de constitucionalidad-convencionalidad*¹²⁴⁸; buscando aplicar en una *interpretación conforme* aquella que mejor se adecua al bloque normativo supremo, o en todo caso, en función el *principio pro persona* aquella interpretación que atienda al mejor contenido normativo que la beneficie, bien en la Constitución o bien en los tratados internacionales de derechos humanos.

2) *Temporalidad*. No se puede advertir el momento de la vigencia de una norma constitucional por los principios de unidad y coherencia; todas las normas se consideran parte del mismo cuerpo normativo sin distinguirlas en el tiempo –considerando el caso especial, de la existencia de normas preconstitucionales-, ni resultar contradictorias entre ellas, de tal forma que deben considerarse como parte de un mismo sistema. De igual forma los principios no están a merced del legislador, sino de las necesidades de los pueblos en el respeto a su dignidad y a sus derechos.

Los derechos pueden cambiar o dar lugar a nuevos derechos, por el avance de la ciencia y de la técnica (por ejemplo, la información genética, derechos informáticos, el derecho al medio ambiente, etc.). Por ende *los derechos son atemporales pero históricos*, en el sentido de que su indisponibilidad no cambia con el paso del tiempo; pero las necesidades humanas van adaptando los derechos existentes, creando nuevos derechos, o mejor dicho, develándolos a la luz de los bienes humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.¹²⁴⁹

3) *Especialidad*. Cada derecho en lo particular obedece a un bien jurídicamente tutelado en la Constitución; pues todos son derechos y por ende no existe una “especialidad” que implique la prevaencia de un principio sobre otro de forma abstracta, en un orden de valores prefijado sin antes no ser objeto de ponderación.

¹²⁴⁷ El concepto se lo debemos a Riccardo Guastini, que ha hecho fortuna al introducir en la hermenéutica de las normas de derecho fundamental, un elemento flexible en traducción de sus contenidos. Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op. cit., p. 170. No hay que olvidar que Guastini es un escéptico con respecto a la ponderación, con lo cual se aparta del *neoconstitucionalismo sustancial* que sostenemos, desde un *cognitivism ético*. El análisis en torno al escepticismo de Guastini Véase MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 159-163.

¹²⁴⁸ Para abundar en el *círculo hermenéutico del control de convencionalidad*, Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, “El bloque de convencionalidad y el círculo hermenéutico de los derechos humanos” en *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 149-210.

¹²⁴⁹ *Supra* “2) La historicidad del derecho”.

La Constitución de los derechos humanos, es esencialmente hermenéutica, pues no busca las respuestas desde jerarquías normativas previas y formalistas; requiere ponderar principios en los casos concretos, en función de los bienes humanos que reconocen y protegen las normas de derecho fundamental;

4) *Competencia.* En atención a la fuerza normativa de la Constitución, se surte como obligación de todas las autoridades; promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de la Constitución y de los tratados internacionales de la materia, sin que ningún poder público pueda aducir la falta de facultades para cumplirlos (art. 1º, tercer párrafo de la Constitución mexicana); sin soslayar la existencia de un sistema de facultades reglamentarias de cada autoridad, para imputar a la responsable su cumplimiento de manera específica, así como el resarcimiento de una violación en un momento dado.

Lo anterior sin soslayar que el Estado como unidad jurídica en el derecho internacional de los derechos humanos, cuenta con órganos competentes para cumplir de manera específica con un derecho humano en atención a sus facultades reglamentarias; sin dejar de atender a que la responsabilidad del Estado parte en un tratado es como una unidad.

Por lo anterior, vamos a proponer que tanto el “método” interpretativo, como el modelo de control de la constitucionalidad de los actos del poder público, a la luz del efecto normativo de los derechos humanos constitucionales y convencionales, han quedado desactualizados cuando se intenta reincidir en el normativismo decimonónico; así como en el positivismo legalista que impone el esquema piramidal kelseniano, con la concepción antigua del sistema jurídico de las *normas del derecho como reglas*, así como de los *métodos clásicos de solución de antinomias y lagunas*.

Por todo lo anterior, se advierte que la hipótesis central del presente estudio, consiste en confirmar bajo la visión de la hermenéutica jurídica, que no existe un método o métodos de interpretación a través de los cuales se resuelvan todos los problemas surgidos de la realidad histórica en el derecho. En ese sentido, la hermenéutica viene a cuestionar, tanto el modelo de sistema jurídico centrado en la pirámide kelseniana como un sistema jurídico perfecto (coherente y completo), así como la inviabilidad de la aplicación de los métodos clásicos de interpretación jurídica (literal, gramatical, histórico y sistemático) de forma privativa y excluyente a cualquier otro método.

Por lo tanto, la hermenéutica jurídica si bien no es un “método”, constituye una disciplina iusfilosófica en la cual, se interpela al operador jurídico, que en cada caso concreto en el que deba interpretar las normas, aplique un análisis filosófico y prudencial de las circunstancias del caso, para concretar el contenido normativo de los derechos humanos de fuente nacional e internacional, bajo una ponderación compleja del círculo hermenéutico y su proyección acumulativa e integrativa en una espiral.

En ese contexto, es que la hermenéutica propone una concepción más modesta o “débil” del sistema jurídico, pues la “pirámide” kelseniana ha

colmado su razón de ser y por ende necesitamos nuevos paradigmas que den explicación plausible al modelo de control de la constitucionalidad de las leyes y actos de los poderes del Estado; sobre todo cuando se incorporan al sistema jurídico interno, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.¹²⁵⁰

La estructura del sistema jurídico como escala normativa o cadena de autorización sucesiva de actos jurídicos que impone la pirámide kelseniana, así como el modelo de interpretación de la constitucionalidad de carácter legalista, se ha limitado a realizar una comparación lógica y formal de preceptos jurídicos; por lo cual han perdido su sentido y relevancia práctica en la interpretación de las normas de derecho fundamental, y principalmente en el control de convencionalidad, cuando en la cúspide del vértice piramidal, ya no se encuentra la Constitución, sino que la fuerza vinculante de las normas de derechos humanos, no atienden a jerarquías formales, sino a *parámetros materiales de validez normativa*.

Por lo anterior, se advierte una clara diferencia en los “métodos” de solución de antinomias y lagunas, cuando se trata de interpretar normas que contienen derechos humanos. Atendiendo a la ya clásica distinción entre reglas y principios, los derechos humanos son considerados como mandatos de optimización, lo cuales se interpretan de manera diferente a los antiguos métodos de solución de antinomias entre reglas, que se caracterizan por ser mandatos definitivos. Veamos una comparativa entre los criterios de solución de antinomias y lagunas, para las reglas y los principios.

¹²⁵⁰ Para el desarrollo del control de convencionalidad, como hermenéutica de los derechos humanos de fuente constitucional e internacional Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, *op. cit.*

**Comparativa entre criterios de solución
de antinomias: reglas y principios**

SOLUCIONES CLÁSICAS DE ANTINOMIAS	PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS
Jerarquía estática: ley superior deroga inferior	Jerarquía móvil: la ley que mejor beneficie
Temporalidad de la norma: ley posterior deroga anterior	Los derechos son atemporales pero históricos
Especialidad de la norma o la materia: ley especial deroga general	Los principios aplican en todas las materias de forma sustancial
Competencia: Solo es competente la autoridad que tiene la facultad expresa	El Estado como unidad es competente, sin soslayar el ámbito de facultades de sus órganos

En los próximos capítulos analizaremos las herramientas hermenéuticas a través de las cuales se resuelven las colisiones entre principios de derecho fundamental, mismas que difieren en muchos aspectos con los antiguos métodos de interpretación, así como de solución de antinomias entre reglas jurídicas positivas.

CONCLUSIONES

1. *El ordenamiento jurídico como estructura escalonada: la pirámide jurídica de Hans Kelsen.*

A) Las paradojas que plantean los problemas entre derechos fundamentales y su interpretación, parecen irresolubles bajo el esquema monológico de la metodología jurídica del positivismo, que se realiza a la luz del *sistema jurídico piramidal kelseniano*.

B) Bajo el término contemporáneo del *bloque de constitucionalidad*, la Constitución es la que eleva a las normas internacionales de derechos humanos a su mismo nivel jerárquico.

C) El sistema jurídico multinivel de protección de los derechos humanos, que en la actualidad latinoamericana llamamos *el control de convencionalidad*, rompe con el esquema del sistema jurídico monológico kelseniano para entrar al sistema complejo, *dialógico-jurisprudencial*.

D) El monismo jurídico, univocista, unilateral y subsuntivo de la pirámide kelseniana, considera al orden jurídico no como un sistema de normas de derecho coordinadas, situadas unas al lado de otras, sino una *serie escalonada de diversas zonas normativas*; en la cual, el grado supremo está formado por la Constitución, cuya función esencial consiste en determinar los órganos y el procedimiento de la creación de normas jurídicas generales, es decir, de la legislación.

E) El sistema piramidal kelseniano, genera el *fenómeno normativo de la concentración excluyente, de un sistema monopólico de autorización normativa de actos de forma sucesiva, desde la piedra angular, que se encuentra en el mismo vértice de la pirámide: la Constitución*.

F) La escala de autorización de actos y sus zonas normativas, son en sí mismas piramidales y sucesivas, en las cuales no puede existir un esquema de coordinación; al contrario del esquema dialógico del círculo hermenéutico, que se gesta en el control de constitucionalidad-convencionalidad, en el cual, *la Constitución y tratados internacionales se encuentra al mismo nivel bajo esquemas dialógicos de cooperación normativa*.

G) Kelsen considera al derecho internacional un *orden jurídico superior a todos los órdenes estatales*; con la única finalidad de garantizar la *unidad de todo Derecho en un sistema de zonas jurídicas jerárquicamente escalonadas*; lo que advierte que estaba más preocupado por lograr coherencia con su “sistema”, que por el destinatario que posee una dignidad inherente, en cuya positividad normativa la misma Constitución encuentra su fundamento.

2. La incompatibilidad del sistema piramidal kelseniano con la Constitución convencionalizada: la koiné de los derechos humanos

A) La *Constitución monológica* de la pirámide kelseniana, ha firmado su sentencia de muerte, desde el momento en que puede ser juzgada a la luz de otra norma con su mismo nivel y fuerza jerárquico-normativa: las normas contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

B) Con la hermenéutica ha nacido a la vida jurídica, otra Constitución que incorpora a su fuerza vinculante, en la unidad de la protección de los derechos humanos de fuente internacional, desde un mismo nivel jerárquico: *la Constitución convencionalizada*.

C) *La Constitución convencionalizada* es una Constitución conformada y “reciclada” de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso regional del sistema interamericano, según la afortunada expresión de Néstor Pedro Sagüés.

D) Dicha Constitución, reconoce a los derechos humanos, como la *koiné normativa*; el lenguaje común que se deduce de las interpretaciones de los tribunales nacionales e internacionales, en un diálogo jurisprudencial permanente.

E) *La hermenéutica ha puesto en entredicho, a esa “pirámide”, pues el aludido “bloque” normativo de contenido material, que constituyen los derechos humanos, es esencialmente hermenéutico: cuando la Constitución permite que sus disposiciones no sean las únicas que se encuentren en el vértice del sistema jurídico y le niegan el monopolio de validez normativa a la Constitución, entra en acción el sistema multinivel de protección de los derechos humanos; en el cual impera la complementariedad, cooperación e integración de normas, en la remisión a instrumentos internacionales de derechos humanos que no se encuentran de forma textual en la Constitución.*

F) La pretensión de jerarquía normativa lineal y escalonada se rompe y entra en juego el fenómeno interpretativo del *círculo hermenéutico del control de constitucionalidad-convencionalidad* desde una multiplicidad de normas contenidas en un bloque normativo, así como su proyección argumentativa en la *espiral hermenéutica*.

G) En el Estado de derecho convencional, ya no gana la norma de mayor jerarquía, sino que la jerarquía normativa se reestructura en función de su *hermenéutica constitucional; resulta crucial y de relevancia fundamental para la concreción de un derecho humano, la interpretación que realiza el operador jurídico en busca del mejor contenido normativo para el caso concreto, dentro del círculo hermenéutico que se realiza a la luz del bloque de convencionalidad, y su proyección argumentativa en la espiral hermenéutica.*

H) La transformación del sistema jurídico es determinante para la adecuada concreción de los derechos fundamentales, pues en lugar de que su traducción argumentativa se realice a través de esa *escala normativa de forma lineal y monológica*; la vinculación de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional, se estructura más en función de una interpretación *compleja y dialógica a través del círculo hermenéutico de la comprensión.*

3. La complejidad del bloque normativo de los derechos humanos y el diálogo jurisprudencial

A) *En la hermenéutica constitucional, el común denominador, no es la prevalencia de la norma de mayor jerarquía, sino la prevalencia del mejor derecho, en nombre de la menor restricción y mayor beneficio a la persona humana; pues no se hace una interpretación conforme, para limitarse a una adecuación deductivista del contenido normativo formal del derecho, sino en la concreción sustancial de la norma jurídica interpretada.*

B) Los conflictos entre derechos humanos en el Estado de derecho constitucional, ya no gana la norma de mayor jerarquía, sino que la jerar-

quía normativa se reestructura en función de su *hermenéutica constitucional que habla en diálogo permanente con el sistema de fuentes interno de forma binaria (Constitución-tratados internacionales de derechos humanos), hacia un sistema integrado (derecho comunitario, en el ejemplo europeo), bajo el común denominador de los derechos humanos sin importar su jerarquía o el origen normativo, bien nacional o internacional.*

C) Las normas iusfundamentales ya no se estructuran en función de una pirámide jurídica de la que se “extraen” las consecuencias jurídicas de manera lineal, monológica y deductiva.

D) *Los derechos humanos han minado el andamiaje petrificado de estructuras axiomáticas contenidas en la ley, como hipótesis normativas de forma abstracta, para dar lugar a la interpretación constitucional que obedece a la hermenéutica de la ponderación de principios desde un sentido de razón práctica y sustancial.*

E) *La Constitución ya no es la cúspide de la pirámide del sistema jurídico jerarquizado, porque los derechos humanos ya no esperan a que la Constitución proporcione todas las respuestas; pues además del bloque normativo complejo (Constitución-tratados), resultan vinculantes las jurisprudencias tanto de los tribunales constitucionales nacionales, como de las cortes internacionales de derechos humanos, hasta alcanzar una integración regional, comunitaria o universal en materia de derechos humanos.*

F) *En el sistema jurídico actual, la cúspide de la jerarquía normativa es la persona humana y los principios hermenéuticos a través de los cuales se conoce el sentido más favorable de las normas iusfundamentales; la persona constituye el basamento fundamental del Estado constitucional, con la exigencia de que la misma Constitución no restrinjan los derechos de forma desproporcionada, así como la pretensión de optar por la norma que contenga el mejor trato en beneficio del titular del derecho humano.*

Métodos clásicos: interpretación lineal y monológica



**La pirámide kelseniana:
autorización jerárquica y sucesiva de actos**



**El bloque normativo bifronte:
Constitución-tratados y diálogo jurisprudencial**



4. El bloque de constitucionalidad-convencionalidad coexistente con la pirámide kelseniana

A) Es necesario considerar aquellos casos en los cuales no tiene relevancia un derecho humano, para lo cual subsiste una escala normativa que *coexista el bloque de constitucionalidad y convencionalidad, con la pirámide kelseniana*; considerando que si bien las normas de derechos humanos son de aplicación obligatoria, existen situaciones en las cuales no se aplica un análisis de constitucionalidad y convencionalidad de la norma, pues la respuesta bien puede provenir del ordenamiento jurídico como sistema jerárquicamente escalonado.

B) *En materia de derechos humanos la jerarquía Constitucional es una jerarquía móvil*, primero se advierte si tiene incidencia un derecho humano, y se aplica el nuevo bloque normativo; pues si no tienen relación la interpretación y aplicación de un derecho humano, se aplica la pirámide

kelseniana que *prima facie* impera para aquellos casos en los que no implica realizar un control de constitucionalidad, o en su caso de convencionalidad.

C) El *bloque de constitucionalidad-convencionalidad*, coexiste con la *pirámide kelseniana*, pues se prevén casos en los cuales no se interpretan y aplican derechos humanos de fuente nacional o internacional al no verificarse una inconstitucionalidad o no resultar relevantes en el caso concreto; en ese orden de ideas, subsiste el sistema normativo jerarquizado, en el que se interpretan las normas de conformidad con la escala de autorización de normas de forma lineal y sucesiva.

Bloque de constitucionalidad-convencionalidad coexistente con la pirámide kelseniana



5. la nueva dialéctica de la hermenéutica constitucional y convencional

A) A la luz de la hermenéutica constitucional de los derechos humanos, *no es viable fragmentar el análisis de interpretación y el de aplicación de las normas de derechos humanos, ni sus herramientas hermenéuticas*; cuando se argumenta que en la interpretación conforme se busca aquella “interpretación” que resulte compatible con los derechos fundamentales; y al no encontrar dicha interpretación compatible, se “aplica” el principio *pro persona* para inaplicar una norma; no por ello se incurre en un “círculo vicioso”.

B) Gadamer sostiene que un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto, no son dos actos separados sino un proceso unitario. Por ende, *interpretación conforme y principio pro persona, no son dos procesos hermenéuticos que se lleven a cabo de forma aislada, sino que forman parte de la dialéctica que conforma el círculo hermenéutico de la comprensión y del sentido de la norma que contiene el derecho humano en conflicto.*

C) El nuevo “método” del círculo hermenéutico es una *ida y vuelta entre el operador jurídico, la norma y la solución adecuada al caso*: la dialéctica de la hermenéutica iusfundamental del bloque de constitucionalidad-convencionalidad.

D) La dialéctica hermenéutica no sólo busca adecuación respecto de dicho bloque, sino que busca *romper cualquier esquema normativista que pretenda encerrar en reglas deductivas de precedencia condicionada, toda apreciación de los bienes humanos que impliquen un conocimiento propio de la experiencia de razón práctica, la cual incide en el derecho y en sus normas iusfundamentales*.

El monólogo-legalista de la interpretación jurídica del normativismo



La dialéctica-hermenéutica en el control de convencionalidad



6. *Los métodos clásicos de solución de conflictos entre normas y la hermenéutica jurídica.*

A) El modelo de interpretación del normativismo positivista, establece cinco exigencias de un sistema con apariencia de coherencia y plenitud normativa: unidad, jerarquía, coherencia, completitud y economía.

B) Un rápido examen a los métodos de solución de conflictos entre reglas, develan de manera clara que resultan totalmente inadecuados para afrontar los conflictos constitucionales entre los principios de derecho fundamental:

- a) Jerarquía (*lex superior derogat inferiori*)
- b) Temporalidad o cronológico (*lex posterior derogat priori*)
- c) Especialidad (*lex specialis derogat generali*)
- d) Competencia o prevalencia

C) Desde la posición hermenéutica, la relevancia en la solución de los problemas jurídicos no es propiamente la elección de un método, sino es la comprensión del método o los métodos que se van a utilizar para interpretar un caso particular.

D) No se trata de abandonar los métodos clásicos de interpretación jurídica como el deductivo de la subsunción, sino trascender del esquema del sujeto-objeto para la comprensión real y concreta del caso con todas sus circunstancias particulares.

E) En ese sentido invocamos nuestro concepto de *hermenéutica jurídica* para advertir que la solución de conflictos entre derechos fundamentales, no se resuelve a través de uno o varios métodos específicos a través de los cuales se “obtengan” la única respuesta correcta.

F) El operador jurídico se encuentra obligado a realizar un análisis filosófico y prudencial, para advertir de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, cuál es *el razonamiento práctico correcto para la elección del método o métodos de interpretación de las normas de derecho fundamental; con la finalidad, no sólo de formular una pretensión de corrección formal, sino también, una pretensión de validez y de justificación argumentativa de carácter material.*

G) En ese orden de ideas los “métodos” hermenéuticos de solución de conflictos entre derechos fundamentales más importantes en el constitucionalismo contemporáneo que se abordarán, a saber:

- a) La ponderación
- b) El principio de proporcionalidad o razonabilidad,
- c) La teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales,
- d) La hermenéutica de la concreción de los derechos; y
- e) La hermenéutica analógica.

7. *El sistema jurídico kelseniano y la solución de conflictos entre derechos humanos.*

A) Los pilares fundamentales en el que se basaba el modelo positivista, que denominaba como *virtudes del sistema normativo* consistían en tres propiedades:

- a) *La completitud* (ausencias de lagunas);
- b) *La coherencia* (ausencia de antinomias);
- c) *La independencia* (ausencia de redundancias).

d) *La ordenación escalonada del sistema jurídico.* (Supremacía constitucional-soberanista)

e) *La autoridad formal de la ley* (el legislador soberano).

B) Si consideramos a los derechos humanos como principios jurídicos establecidos en la Constitución (mandatos de optimización), tales mandatos no son susceptibles de interpretarse con los antiguos métodos de solución de antinomias entre reglas (mandatos definitivos) como la jerarquía, la temporalidad, la especialidad y la competencia.

C) *La singularidad de la ponderación de principios de derecho fundamental*, plantea la incompatibilidad de dichos métodos de interpretación:

a) *Jerarquía* (los principios tienen la misma *jerarquía, prima facie*)

b) *Temporalidad* (los derechos son atemporales pero históricos)

c) *Especialidad* (no hay una especialidad de los derechos, cada derecho vale por que protege un bien jurídicamente tutelado en la Constitución)

d) *Competencia* (todas las autoridades son competentes, sin menoscabo de sus facultades reglamentarias)

Veamos una comparativa entre los criterios de solución de antinomias y lagunas, para las reglas y los principios.

Comparativa entre criterios de solución de antinomias: reglas y principios

SOLUCIONES CLÁSICAS DE ANTINOMIAS	PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS
Jerarquía estática: ley superior deroga inferior	Jerarquía móvil: la ley que mejor beneficie
Temporalidad de la norma: ley posterior deroga anterior	Los derechos son atemporales pero históricos
Especialidad de la norma o la materia: ley especial deroga general	Los principios aplican en todas las materias de forma sustancial
Competencia: Solo es competente la autoridad que tiene la facultad expresa	El Estado como unidad es competente, sin soslayar el ámbito de facultades de sus órganos

D) Las herramientas hermenéuticas a través de las cuales se resuelven las colisiones entre principios de derecho fundamental que se estudian en el presente trabajo (ponderación, proporcionalidad, concreción y analogía) -entre otros modelos hermenéuticos-, difieren en muchos aspectos con los antiguos métodos de interpretación, así como de solución de antinomias entre reglas jurídicas positivas.

CAPÍTULO NOVENO

LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

SUMARIO: 1. El método conflictivista. 2. Los casos para la ponderación: Lüth, Titanic, Riggs vs Palmer y Henningsen vs Bloomfield Motors: 1) Los casos Lüth y Titanic en Robert Alexy. 2) Los casos Riggs vs Palmer y Henningsen vs Bloomfield Motors en Ronald Dworkin. 3 Los casos de la ponderación: juicios concretos de deber ser desde el razonamiento práctico. 4. El principio de proporcionalidad: 1) El subprincipio de adecuación o idoneidad. 2) El subprincipio de necesidad. 3) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. 5. El principio de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional Federal Alemán: Ley de Seguridad Aérea de 2005. 6. El derecho a la vida y la dignidad humana: ¿Pueden ser ponderados?

El método conflictivista, concibe a los derechos como principios tendencialmente contradictorios, por lo cual queda latente la posibilidad de que un derecho incompatible colisione con otro de manera natural por el hecho del pluralismo y los intereses de sus titulares; considerando que por la importancia de un derecho, deba ceder ante el derecho contrapuesto o salga restringido, considerando los mayores beneficios que con dicha medida se obtienen.

En ese contexto analizamos casos en el que se dilucida la ponderación de principios como Lüth y Titanic en Robert Alexy. En el caso Lüth advertimos tres ideas fundamentales que han marcado al derecho constitucional Alemán: *orden de valores objetivos, el efecto irradiación de los derechos fundamentales* y la necesidad de la *ponderación en la colisión entre principios*. En el caso Titanic, se confirma de manera clara el problema en el método de la ponderación en cuanto a la racionalidad de sus determinaciones; no es lo mismo haberle llamado “tullido” que “asesino nato”, pues excede por mucho el derecho a la libertad de expresión.

En el caso *Riggs vs Palmer en Ronald Dworkin*, se aprecia que no obstante que el legislador no establezca todos los supuestos en los cuales un heredero quede excluido de la herencia, la justicia y los principios de moralidad y de equidad deben de imperar. Los principios jurídicos entran en operación, cuando sin existir una hipótesis de hecho, la razón práctica a la que obedecen los actos humanos sujetos a valoración moral, se actualizan en el caso concreto al sentenciar que *nadie puede aprovecharse de su propio ilícito*”.

Por lo que respecta al caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc., el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus automóviles*; enuncia la obligación de los fabricantes de autos de apegarse a estándares más elevados de se-

guridad, que bajo otro tipo de contratos o mercancías.

Tanto Alexy como Dworkin reflejan la naturaleza del juicio de razón práctica en el que se centra la argumentación jurídica de carácter prudencial: en la ponderación de principios *no existe una medición exacta*; sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, el juicio de *deber ser* al que apela los principios.

Por lo que respecta al *principio de proporcionalidad*, se aleja bastante de las posturas positivistas, de que la ponderación constituye un procedimiento intuitivo, voluntarista, decisionista o en todo caso irracional, para restarle fundamento justificatorio al momento de emitir la decisión en la que se valoran principios de derecho fundamental. Dicha herramienta hermenéutica es el mejor método que existe, hasta el día de hoy, y que ha sido diseñado constitucionalmente para interpretar y argumentar los principios constitucionales.

Mediante el examen de su tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, analiza la justificación de *la medida legislativa o acto del poder público, cuando se interviene o restringe un derecho fundamental*.

El principio de proporcionalidad fue aplicado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán: Ley de Seguridad Aérea de 2005. Como se podrá advertir, en dicha sentencia realiza la técnica de la ponderación, cuando argumenta la protección de la vida de los inocentes que abordan el avión, que es utilizado por terroristas para causar la privación de vidas en la población civil.

El aval de la constitucionalidad de esta solución se justifica por el Tribunal Constitucional Federal alemán con arreglo a las exigencias del principio de proporcionalidad a la luz de los subprincipios mencionados para llegar a la conclusión de que la regulación establecida por el artículo 14.3 de la LSA es inconstitucional *convierte en objeto tanto a la tripulación como a los pasajeros, en manos de los terroristas como de la acción del Estado*.

Sin embargo, en dicho caso, solamente la medida resulta *idónea* para la consecución de la protección del derecho a la vida de los inocentes, *siempre y cuando la aeronave se encuentra tripulada sólo por los terroristas suicidas*.

1. EL MÉTODO CONFLICTIVISTA

El modelo *conflictivista* de la ponderación, se conciben a los derechos como principios tendencialmente contradictorios, por lo cual queda latente la posibilidad de que un derecho incompatible colisione con otro de manera natural por el hecho del pluralismo y los intereses de sus titulares; considerando la importancia de un derecho, en la que sea preciso ceder ante el derecho contrapuesto o salga restringido, considerando sobre todo que los beneficios que se obtienen son mayores a los perjuicios que se deducen con dicha intervención. Bajo tal paradigma es menester tomar en conside-

ración las condiciones relevantes del caso en concreto, lo que implica que un derecho prime sobre otro, en cuya injerencia deba considerarse de menor relevancia el derecho intervenido.

Del conflictivismo podríamos afirmar que es la *teoría estándar de la solución de conflictos entre derechos fundamentales*, conlleva una posición de equilibrio entre derechos, considerando que con la intervención del derecho con menor peso o importancia no causa mayores perjuicios, que con la adopción de una solución del caso en sentido inverso.

Es decir, la ponderación adopta la prevalencia del menor daño posible en razón de la importancia de un derecho. Un derecho debe prevalecer sobre otro, en la medida de su importancia y en proporción de su intervención en contra del derecho intervenido. El derecho en cuya intervención tuvo que soportar, se delimita dentro del contexto de las propiedades divergentes que en cada caso difícil se presente, tomando en cuenta que en ulteriores ocasiones no deba prevalecer la misma solución, pues, al considerar los derechos como principios, mandatos de optimización para su realización en la mayor medida posible, no quedan invalidados al haber cedido a favor de un derecho más importante en el caso paradigmático.¹²⁵¹

2. LOS CASOS PARA LA PONDERACIÓN: LÜTH, TITANIC, RIGGS VS PALMER Y HENNINGSEN VS BLOOMFIELD MOTORS.

1) Los casos Lüth y Titanic en Robert Alexy

A) El caso Lüth

Nuevos horizontes se han abierto para el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el control de la jurisprudencia, desde la Sentencia *Lüth* del año 1958, la cual se puede considerar como una de las de mayor trascendencia en general. Dicha jurisprudencia, estableció un paradigma fundamental en la justicia constitucional actual: cada juez debe tener en cuenta, en cada decisión, los derechos fundamentales. Éstos deben irradiar al Derecho en su totalidad como valores o “juicios de valor objetivos” (*objektive Wertentscheidungen*). En función de dichas premisas, los derechos fundamentales no sólo despliegan su vigor en la relación del ciudadano con el Estado, sino también en el Derecho civil, donde se trata la relación entre particulares (*Drittwirkung*).¹²⁵²

¹²⁵¹ Para un análisis muy claro de la posición conflictivista de la ponderación en Robert Alexy, Jose Juan Moreso y Daniel Mendonca; así como el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Véase MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 202-252.

¹²⁵² ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” en CARBONELL, Miguel, *El canon neoconstitucional*, op. cit., pp. 108-109.

En esta cuestión ha sido criticada por algunos como una “constitucionalización del Derecho en su totalidad” (*Vergrundrechtlichung des gesamten Rechts*); otros en cambio lo han celebrado como la realización plena de los derechos fundamentales. En ese sentido se ha dicho que la Constitución, según la denominación irónica de Forsthoff, aparece así como un “huevo jurídico originario”, del que todo surge, desde el código penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros”.¹²⁵³

El caso *Lüth* resulta fundamental en la doctrina alexyana de los derechos fundamentales, en primer término para apreciar la diferencia entre reglas y principios; en segundo lugar, para advertir en el discurso jurídico, cómo operan las razones que se aducen en la ponderación, para valorar los principios y determinar un paradigma de corrección argumentativa, para en su momento determinar el peso específico de un derecho fundamental.¹²⁵⁴

Para Alexy, en un Estado constitucional democrático como la República Federal de Alemania, pueden distinguirse dos concepciones básicas del sistema jurídico: la del constitucionalismo y la del legalismo. Sin duda, para una posición constitucionalista, resulta de relevancia fundamental la axiología que le ofrece dicha concepción para el Tribunal Constitucional Federal. La concepción constitucionalista, encuentra su culmen en el paradigmático fallo *Lüth*, en el cual se considera que la Ley Fundamental contiene en su capítulo sobre derechos fundamentales, un “orden objetivo

¹²⁵³ FORSTHOFF, Ernst, “Los tribunales” en *El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania*, trad. Jaime Nicolás Muñiz y Luis López Guerra, estudio introductorio Jaime Nicolás Muñiz, epílogo Luis López Guerra, Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 107. En concordancia con Carlos Bernal Pulido, compartimos que la adecuada traducción de éste pasaje fundamental de la obra de Forsthoff es la de “huevo originario jurídico”, pues en la versión en cita, la expresión alemana «juristisches Weltenei» se traduce como «huevo de Colón jurídico». Sin embargo, en atención a las acuciosas observaciones de esta traducción, no parece demasiado apropiada, pues la expresión “huevo de Colón” indica «lo sumamente fácil que a nadie se le había ocurrido». En un sentido muy diferente, la expresión «juristisches Weltenei» se refiere sarcásticamente a la idea de que la Constitución sea el huevo que da origen a todo el ordenamiento jurídico y que envuelve ya *in nuce* y *ab initio* el contenido de todas las normas que lo conforman (la Constitución como un microcosmos jurídico). Por esta razón, Bernal Pulido utiliza la expresión “huevo jurídico originario”. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 513.

¹²⁵⁴ El análisis del caso *Lüth* en Robert Alexy en: ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 472-481; ALEXY, Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality” en *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 2 June 2003 (131-40); ALEXY, Robert “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14; ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 159. El caso *Lüth* se resolvió en Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) *BVerfGE* 7, 198; un análisis básico en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Konrad-Adenauer-Stiftung, México, 2009, pp. 202-207.

de valores” que, en tanto “decisión iusconstitucional fundamental”, vale para todos los ámbitos del derecho y del cual reciben “directrices e impulsos” la legislación, la administración y la justicia”¹²⁵⁵; dicha concepción es mejor conocida como el *efecto irradiación de los derechos fundamentales*.

La suposición de que, además de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores de rango constitucional, ejercen un “efecto de irradiación” en todo el derecho ordinario y tiene amplias consecuencias; la principal es que la Constitución ya no sólo es la base de autorización y marco del derecho ordinario sino que sus contenidos se vuelven netamente operativos. A través de conceptos como dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico, al cual se debe adscribir el operador jurídico desde una posición argumentativa. En la aplicación del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales.¹²⁵⁶

Para Robert Alexy, existen dos teorías (*Konstruktion*) básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa (*eng und strikt*), y otra amplia y comprehensiva (*weit und umfassend*); la primera es denominada “teoría de las reglas”, la segunda “teoría de los principios”. Dichas teorías no implican su realización absoluta, sin embargo representan diferentes tendencias básicas o modelos hermenéuticos, y la cuestión de cuál es mejor, resulta central para la interpretación constitucional; considerando que los pilares fundamentales del sistema jurídico son los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional.¹²⁵⁷

1) *Teoría estrecha y rigurosa*. De conformidad con la *teoría estrecha y rigurosa*, las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico. Por supuesto, como normas del derecho constitucional tienen su lugar en el nivel más alto del mismo sistema, y su objeto son derechos de elevadísima abstracción y de la más grande importancia.¹²⁵⁸

A diferencia de la teoría de los principios, para la teoría de reglas, todo el contenido normativo de los derechos fundamentales no es base suficiente para cualquier diferencia fundamental de índole estructural: ellas son normas jurídicas, y como tales son aplicables exactamente de la misma manera que todas las demás. La peculiaridad de los principios solamente consiste en que protegen frente al Estado determinadas posiciones del ciu-

¹²⁵⁵ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 159.

¹²⁵⁶ *Idem*.

¹²⁵⁷ ALEXY, Robert “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, p. 3-4.

¹²⁵⁸ *Ibidem*, p. 4.

dadano descritas en abstracto, sin que se pueda desprender juicio de valor alguno.¹²⁵⁹

2) *Teoría comprehensiva u holística*. Por otra parte, la *teoría comprehensiva u holística* —a la cual nos adscribimos desde la hermenéutica— las normas iusfundamentales no se agotan en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto; esta perpetua función de los derechos fundamentales se inserta en un marco más vasto de la interpretación de las normas que contienen principios. Por ello el Tribunal Constitucional Federal Alemán, al resolver el caso *Lüth*, se encuadró por primera vez en el paradigma fundamental del Estado de derecho constitucional, de considerar en las normas iusfundamentales un interpretación que implique la adhesión o determinación sustancial, al contenido de las normas de derecho fundamental desde una posición hermenéutica de los tribunales constitucionales.¹²⁶⁰ Bajo el contexto anterior, el caso es el siguiente:

Erich Lüth dirigió un llamado al público, a los propietarios de cines y a los distribuidores filmicos, a boicotear las películas que *Veit Harlan* produjo después de 1945, basado en que Harlan fue el más prominente realizador de filmes nazis, en lo cual se relacionó especialmente con la cinta “El judío Süß (*Jud Süß, Dulce Judío*)”, principal propaganda cinematográfica antisemita del nacionalsocialismo. El Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo (*Landgericht Hamburg*) condenó a *Lüth* a no hacer llamado alguno a boicotear la nueva película de Harlan, “Amada inmortal (*Unsterbliche Geliebte*)”; fundó su resolución en que tal llamado al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil, que prohíbe “causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y a propósito”. *Lüth* promovió la queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra esta sentencia.¹²⁶¹

El Tribunal Constitucional Federal consideró el llamado al boicot de *Lüth* como *prima facie* protegido por la libertad de expresión (art. 5.1 de la Ley Fundamental). El artículo 5.2 de la Ley Fundamental contiene en efecto tres cláusulas que restringen la libertad de expresión garantizada por el primer párrafo de ese artículo constitucional; la primera de éstas es la relativa a las “leyes generales”. El Tribunal Constitucional Federal constató que el artículo 826 del Código Civil Federal, sobre el cual fundó el Juzgado de Hamburgo su decisión, es una ley general en el sentido de la primera cláusula; precisamente en este punto se muestra la importancia de la dicotomía entre la teoría estrecha y rigurosa —la de las reglas—, y la amplia y comprehensiva —la de los principios—. Si se siguiera la primera teoría, se agotaría la solución del caso en responder dos interrogantes. La primera sería si el llamado de *Lüth* al boicot es de subsumirse en el concepto de “expresión de opinión o libertad de manifestar una opción

¹²⁵⁹ *Idem.*

¹²⁶⁰ *Idem.*

¹²⁶¹ *Idem.*

(*Meinungsaüßerung*)”; el Tribunal Constitucional respondió afirmativamente.¹²⁶²

La segunda cláusula 5.2 de la Ley Fundamental, se interpreta en el sentido de que si el artículo 826 del Código Civil Federal es aplicable, como habría sido el caso si el llamado al boicot fuera contra las buenas costumbres; el Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo opinó que así fue, porque apuntaba a impedir la reaparición de Harlan como creador de filmes representativos, pese a que no sólo pasó por el proceso de *desnazificación* sino también fue absuelto en uno penal que se le siguió por su participación en la película “El judío Süß”, y bajo estas circunstancias el llamado al boicot en palabras del tribunal, iba contra “las democráticas convicciones jurídicas y morales del pueblo alemán”.¹²⁶³

El Tribunal Constitucional Federal fue de la opinión de que *no era bastante efectuar estas dos subsunciones aisladas*¹²⁶⁴; sino más bien que cuando la aplicación de normas del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, *siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión*. Es decir, el resultado de la ponderación del Tribunal Constitucional Federal fue que el principio de libertad de expresión debía prevalecer frente a los que iban contra él; exigió que la disposición “contra las buenas costumbres” del artículo 826 del Código Civil Federal, tuviera que interpretarse en consonancia con esta prioridad. Brevemente: Lüth ganó.¹²⁶⁵

La sentencia del caso *Lüth* enlaza tres ideas fundamentales que han marcado al derecho constitucional alemán:

1) *Orden de valores objetivos*. La garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa (*Abwehrrecht*) del ciudadano frente al Estado: los derechos fundamentales encarnan, como dice el Tribunal Constitucional Federal, “también un *orden de valores objetivos (objektive Wertordnung)*”¹²⁶⁶ a los cuales el interés

¹²⁶² *Ibidem*, pp. 4-5.

¹²⁶³ *Ibidem*, p. 5. Cfr. BVerfGE 7, 198 (201).

¹²⁶⁴ *Idem*. Cfr. BVerfGE 7, 198 (207). Esta prevención deja de manifiesto, que la ponderación no se puede fraccionar en subsunciones aisladas. Lo anterior en virtud de que la ponderación exige que se tomen en cuenta los principios que juegan en sentido contrario, por ende constituyen en sí mismo un razonamiento de carácter relacional, implican *alteridad hermenéutica* y analógica, por precisar comparaciones o equiparaciones entre razones para la acción cuando se controvierten dos derechos en conflicto, como en este caso, el derecho a la libertad de expresión y por otra parte el derecho al honor o a la buena fama. Además de lo anterior, en éste aspecto cabe señalar que bajo la perspectiva hermenéutica no se puede disociar la interpretación de la aplicación; en ese sentido y como ya lo hemos señalado, *no es viable fragmentar el análisis de interpretación y el de aplicación de las normas de derechos humanos, ni sus herramientas hermenéuticas*. *Supra* “5. La nueva dialéctica de la hermenéutica constitucional y convencional”. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 381.

¹²⁶⁵ *Idem*.

¹²⁶⁶ Cfr. BVerfGE 7, 198 (205).

prete constitucional debe argumentar, a favor o en contra; al respecto se discutió qué entendió el tribunal por “orden axiológico objetivo”. Más adelante, él habla simplemente de “los principios [...], que adquieren expresión en los derechos fundamentales”¹²⁶⁷; se puede partir de esto y decir que la primera idea básica del caso *Lüth* consiste en que *los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas sino también el de principios*.¹²⁶⁸

2) *El efecto irradiación de los derechos fundamentales*. Los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, “para todos los ámbitos del derecho”. Esto lleva a un “efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos.¹²⁶⁹

3) La tercera idea resulta de la estructura de los valores y los principios: *los valores y principios son tendencialmente contradictorios*. Una colisión de principios sólo puede resolverse por ponderación; el mensaje más importante de la sentencia del caso *Lüth* para la vida jurídica cotidiana dice entonces: “por tanto, una ‘ponderación de bienes’ será necesaria” en todos los casos en los que colisionen dichos principios.¹²⁷⁰

Para Robert Alexy la decisión del caso *Lüth* por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha avanzado mucho desde el punto de vista metodológico, en el cual el concepto capital es el de ponderación; en vez de oponerse una teoría amplia y comprehensiva a otra estricta, podrían confrontarse un modelo ponderativo y otro de subsunción. Esto permite formular las siguientes preguntas: ¿Cuál de ambas teorías conduce a más racionalidad (*Rationalität*) en el juicio constitucional? ¿La que requiere una subsunción o la que exige una ponderación?

Desde la perspectiva hermenéutica, la ponderación será sin lugar a dudas una teoría amplia, comprensiva y holística que busque adecuar los contenidos normativos de los derechos fundamentales a partir de una operación racional más completa que el método de la subsunción.

El caso *Lüth*, deja de manifiesto en la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que la metodología jurídica monológica de la subsunción no suple a la ponderación, *efectuando dos subsunciones aisladas*, sino que al modo del círculo hermenéutico, la ponderación es un *ir y venir en la mirada de los principios en conflicto*, para obtener la mejor respuesta que dilucide el caso constitucional.

Además y como ya quedó apuntado, el caso en cuestión resulta paradigmático para la hermenéutica, pues la incompatibilidad de aplicar el método de la subsunción a través de dos argumentos deductivos en lugar de

¹²⁶⁷ BVerfGE 81, 242 (254).

¹²⁶⁸ ALEXY, Robert “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., pp. 5-6.

¹²⁶⁹ *Ibidem*, p. 6.

¹²⁷⁰ BVerfGE 7, 198 (210).

la ponderación, deja de manifiesta la necesidad de no disociar la interpretación de la aplicación y en ese contexto, forman parte del proceso unitario de la comprensión.

No es viable fragmentar el análisis de interpretación y el de aplicación de las normas de derechos humanos con dos subsunciones aisladas, ni sus herramientas hermenéuticas en un modelo deductivo; pues el círculo hermenéutico en el que se genera dicho proceso, tiende a maximizar los principios de derecho fundamental en conflicto, y en un momento dado, catapultar hacia pisos más altos de protección en una espiral hermenéutica que acumula e integra en sus contenidos de valor en nuevas perspectivas de esos derechos.

B) El caso *Titanic*

Atendiendo a la bifurcación normativa entre reglas y principios, se cita un ejemplo de la ponderación de principios, en el que se aplican las normas constitucionales con su consecuente densidad normativa material. Robert Alexy¹²⁷¹ trata el caso paradigmático o *leading case* en el que se presenta la clásica colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Alexy analiza el caso de la popular revista satírica alemana *Titanic*, que llamó primero “asesino nato” y luego, en una edición posterior, “tullido”, a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar.

Para Alexy el Tribunal realizó la denominada “ponderación” al caso concreto en el que estaban en juego el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la personalidad del oficial; la resolución de este caso se resolvió en base a la escala triádica de valores: leve, medio y grave. Sin embargo, -señala Alexy-, no es suficiente para demostrar que el método de la ponderación es racional: “Para ello, es necesario demostrar que este tipo de clasificaciones pueden ser insertadas en un sistema inferencial o sistema deductivo que como un todo está relacionado con el concepto de corrección”.¹²⁷²

El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista *Titanic*, en razón de una demanda instaurada por el oficial de la reserva, a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes. La revista *Titanic* interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal Alemán llevó a cabo una “ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto”¹²⁷³ entre

¹²⁷¹ ALEXY, Robert, “La fórmula del peso” en *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 353 y ss y CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 21 y ss.

¹²⁷² ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012, p. 32.

¹²⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) BVerfGE 86, 1 (11).

la libertad de expresión de la revista implicada (Art. 5.1. Apartado 1 LF¹²⁷⁴) y el derecho al honor del oficial de la reserva (Art. 2.1 LF en conexión con el Art. 1.1. LF). Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación.

La condena al pago de la indemnización fue catalogada como “dura”, es decir, como una intervención grave a la libertad de expresión; apreciación que se fundamentó primordialmente en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma manera en que lo venían haciendo hasta el momento.¹²⁷⁵

Para la ponderación del apelativo de “asesino nato” fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por la revista *Titanic*, que normalmente refería a muchas personas de una manera “ostensiblemente poco seria, mediante juegos de palabras que a veces rayaban en la majadería”, como ocurrió con la expresión nato. Tal es el caso del Presidente Federal, Richard von Weizsäcker, que fue llamado “ciudadano nato”¹²⁷⁶, por lo que en este contexto no entra en la denominación de un apelativo que provoque una “vulneración no permitida, grave e ilegítima del derecho al honor”.¹²⁷⁷

Para el Tribunal Constitucional Federal Alemán la intervención en la libertad de expresión resultaba desproporcionada; esto quería decir que la conducta de haber llamado al oficial de la reserva “asesino nato” no podía sancionarse con una indemnización, pues en este caso la afectación del derecho al honor debe serle atribuida en todo caso, una intensidad media, e incluso tal vez sólo una intensidad leve.

Lo anterior considerando sobre todo que la revista *Titanic* normalmente publicaba noticias con ese sesgo amarillista y sensacionalista, que si bien constituyen una interferencia “leve” a la privacidad de las personas, a su honor y buena fama; en muchas ocasiones se puede considerar desde un estado liberal de derecho, una especie de concesión a la libertad de expresión en el contexto de las *democracias permisivas* que rayan en el exceso, pero que son parte del precio que tiene que pagar la sociedad si es que se quiere continuar con esa proyección de la libertad de la persona.

Sin embargo, en el asunto debía imperar un parámetro distinto en lo concerniente al apelativo de “tullido”. Este apelativo –en concepto del referido Tribunal Constitucional– vulnera “gravemente el derecho al honor”¹²⁷⁸ de este oficial de la reserva que era parapléjico, con la consecuente imposición de una indemnización más grande. El llamar “tullido” a una persona con una minusvalía grave, en la actualidad se entiende como “una humillación” y expresa una “falta de respeto”. En ese orden de ideas, frente a la

¹²⁷⁴ La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania promulgada el 23 de mayo de 1949

¹²⁷⁵ BVerfGE 86, 1 (10).

¹²⁷⁶ BVerfGE 86, 1 (11).

¹²⁷⁷ BVerfGE 86, 1 (12).

¹²⁷⁸ BVerfGE 86, 1 (13)

intervención grave en la libertad de expresión se encuentra la elevada importancia que adquiere la protección del derecho al honor, por lo cual el Tribunal Constitucional Federal Alemán llega a la conclusión de que no podía reconocerse en este caso un “error en la ponderación en contra de la libertad de expresión”¹²⁷⁹

La escala triádica (grave, media y leve) bajo la cual Alexy aplica la aritmética de la ponderación, pone de relieve el tipo de afectación al derecho al honor y a la libertad de expresión en el caso *Titanic*, la cual no sólo constituye un ejemplo de que también es posible operar con las escalas de rangos de intensidad, que pueden relacionarse perfectamente para adoptar una decisión en los ámbitos en que entran en juego bienes inmateriales como el honor y la libre expresión, sino también un ejemplo de que en los derechos fundamentales, interpretados como principios, hay intensidades que establecen límites dentro de la estructura de la ponderación; estas intensidades, si bien no pueden ser reconocidas como inmóviles y libres de ponderación, sí son fijas y claras.¹²⁸⁰

Desde una valoración objetiva del método conflictivista, se puede apreciar con claridad que en la interpretación de las normas iusfundamentales, un derecho cede ante otro, sólo si se justifica de manera racional a través del método de la ponderación y la hermenéutica del principio de proporcionalidad. Sin embargo, lo que propone la versión conflictivista, es que siempre existen ciertos tipos de *jerarquía móvil*¹²⁸¹, en el que se hace constar la existencia de “derechos preferentes” del Estado de derecho liberal, como la libertad de expresión.

En el caso que nos ocupa, el derecho al honor o a la intimidad personal, resulta menos importante y por ende se ve interferido o restringido ante la relevancia de la noticia de interés social. Sin embargo, existe la otra cara de la moneda, que se advierte en la versión conflictivista, como un problema en el método de la ponderación en cuanto a la racionalidad de sus determinaciones, así como en la restricción injustificada de un derecho frente a otro, como en lo particular el hecho de haberle llamado “tullido”, excede por mucho el derecho a la libertad de expresión.

¹²⁷⁹ *Idem.*

¹²⁸⁰ ALEXY, Robert, “La fórmula del peso” en *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 354 y 355 y CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, *op. cit.*, pp. 23 y 24. Para una explicación bastante clara de la fórmula del peso en la ponderación de principios Véase BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en FLORES SALDAÑA, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, *op. cit.*, pp. 91-113.

¹²⁸¹ El concepto se lo debemos a Riccardo Guastini, que ha hecho fortuna al introducir en la hermenéutica de las normas de derecho fundamental, un elemento flexible en traducción de sus contenidos. *Cfr.* GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, *op. cit.*, p. 170. Sin embargo no hay que olvidar que Guastini es un escéptico con respecto a la ponderación Véase MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, *op. cit.*, pp. 159-163.

El método de la ponderación desde su formulación conflictivista, no estará exento de paradojas y aporías recurrentes. Desde un primer momento, no podemos concebir, cómo Robert Alexy y Jürgen Habermas pueden diferir en algo tan esencial, como lo es la ponderación para interpretar las normas de derecho fundamental.¹²⁸² Para apreciar la complejidad del problema es necesario poner en perspectiva, cuando se parten de dos visiones distintas de los conflictos entre derechos fundamentales, siendo que tanto Alexy como Habermas, comparten la misma filosofía jurídica con respecto del concepto de derecho en tanto vinculación necesaria con la moral y su pretensión de corrección en el discurso argumentativo de las decisiones jurídicas como acciones comunicativas.¹²⁸³ Por lo cual el conflictivismo se enfrentará con el modelo “armónico” del contenido esencial de los derechos fundamentales, para advertir cuál es la norma más adecuada para resolver el caso, sin recurrir al método de la ponderación.¹²⁸⁴

En el caso de la ponderación en Robert Alexy, el esfuerzo racional de atemperar las condiciones de aplicación de los principios, atendiendo a las cualidades de relevancia para definir cuando un derecho se excede de su alcance y el peso específico en el caso concreto es de mayor relevancia, constituye una teoría aceptable, digna de elogiarse en cuanto a su pretensión fuerte de racionalidad desde la dimensión práctica del conocer humano. El caso *Titanic* en lo particular, pretende distinguir cuando se emplea el apelativo de “asesino nato” no tiene la misma intensidad que haberle llamado “tullido” al oficial de la reserva que era parapléjico; si bien es cierto los dos apelativos pueden considerarse ofensivos, que dañan la dignidad y consideración a la persona; sin lugar a dudas, el apelativo de “tullido” es una ofensa más grave que llamarle “asesino nato”.

La ponderación en Robert Alexy, no es una fórmula matemática para deducir respuestas correctas de forma matemática; constituye un *esfuerzo racional aceptable para no dejar en la discrecionalidad o la irracionalidad del intérprete, las opciones interpretativas y argumentativas al momento de subsumir un norma iusfundamental*. Alexy considera que existen tres problemas básicos en la ponderación: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad, entre los cuales existen vínculos estrechos. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad, por ende, cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. La estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si la ponderación se revela como un análisis arbitrario, en-

¹²⁸² Véase ATIENZA, Manuel, *Entrevista a Robert Alexy*, en *Doxa* núm. 24, Alicante, 2001, pp. 671-683.

¹²⁸³ Más adelante el debate entre Habermas y Alexy en torno a la ponderación *Infra* “2) Jürgen Habermas vs Robert Alexy”.

¹²⁸⁴ *Infra* “Capítulo Décimo: El contenido esencial de los derechos fundamentales”

tonces sería cuestionable su racionalidad.¹²⁸⁵

En ese contexto Carlos Bernal Pulido advierte que la ponderación no se puede llevar al extremo, de pedirle una *hiperracionalidad* al operador jurídico, de tal manera que se pretendan extraer de sus resultados lógicos, respuestas exactas. Al referirse a la ponderación señala con acierto: “No puede esperarse que, ni aún en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de esta magnitud y complejidad.”¹²⁸⁶ Por otra parte señala: “[...] es preciso enfatizar que *la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta*. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante.”¹²⁸⁷

Nos quedamos con las palabras de Carlos Bernal Pulido cuando se refiere a la “fórmula del peso” de Robert Alexy, afirmando que la verdadera finalidad de sus alambicados y complejos algoritmos algebraicos que se pueden apreciar en las fórmulas de la ponderación “*es un buen ejemplo de cómo algunos problemas prácticos del derecho constitucional pueden resolverse con ayuda de consideraciones de filosofía del derecho.*”¹²⁸⁸

Finalmente, para advertir la diferencia entre los métodos de solución de conflictos entre principios, como la ponderación que efectúa Robert Alexy y una no conflictivista, señalamos un ejemplo hipotético¹²⁸⁹ cuando colisiona el derecho al honor de un funcionario público que presumiblemente incurrió en desvío o malversación de recursos públicos, con el derecho a la información pública vinculada con la transparencia y rendición de cuentas.

En el caso en mención, el conflictivismo advertirá que prevalece este último, es decir, el derecho de que se conozca la noticia del delito, al ser de interés de la sociedad, el enterarse de situaciones de corrupción que atañen a la vida pública del país por tratarse de recursos públicos; por lo que el derecho a la intimidad debe ceder en este caso en particular. Es decir al tratarse de un funcionario público que por el desempeño de sus funciones en el manejo de dineros del Estado, resulta ineludible el interés de la sociedad el enterarse de la noticia, mencionando el nombre del funcionario

¹²⁸⁵ ALEXY, Robert, “La fórmula del peso” en CARBONELL, Miguel, *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, op. cit., p. 15.

¹²⁸⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación” en *ibidem*, pp. 67-68.

¹²⁸⁷ *Idem*.

¹²⁸⁸ *Ibidem*, p. 68. Las cursivas son nuestras.

¹²⁸⁹ Por no ser el tema del presente estudio me remito a los casos específicos del conflictivismo desde distintas perspectivas; así como la crítica no conflictivista de Juan Cianciardo en cuanto a la jerarquización y ponderación en la solución de los mismos: 1) Los conflictos de los derechos fundamentales entre sí (*Pérez Arriaga, Hernández García y The Florida Star vs B.J.F.*); 2) Los conflictos de los derechos fundamentales y bienes públicos (*Bowers vs Hardwick, Bazterrica, Sejean, Lochner vs Nueva York y Peralta*). Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 18-122.

que incurrió en dicha conducta delictiva y las circunstancias de modo tiempo y lugar en las cuales se perpetró el delito.

En el caso que nos ocupa, se ve con claridad y se acepta que un derecho cede ante otro, el derecho más importante en la versión conflictivista sería el derecho a la información pública por ser “derechos preferentes” del Estado liberal de derecho. El derecho al honor o a la intimidad personal, resulta menos importante y por ende se ve interferido o restringido ante la importancia de la noticia de interés social.

Sin embargo, es necesario dejar patente que en la versión conflictivista, persiste un problema en el método de la ponderación en cuanto a la racionalidad de sus determinaciones, así como en la restricción injustificada de un derecho frente a otro. La ponderación podrá “objetivar” ponderaciones adecuadas para los casos concretos, fija *reglas de precedencia condicionada*¹²⁹⁰; sin embargo, en la hermenéutica, dichas reglas, jamás prevalecerán sobre la indisponibilidad del derecho en cuanto que constituye verdades y juicios de valor a los que llega el operador jurídico en el mismo acto de ponderar. En ese juicio de valor, es preciso realizar un *razonamiento de carácter prudencial*, para hacer constar en los derechos humanos una decisión racionalmente fundamentada en los bienes humanos que protege, y no solamente en decisiones prefijadas por reglas que contienen consensos intersubjetivos al momento de tomar la decisión.

Es decir, el razonamiento práctico debe actualizarse en la interpretación de los principios, y su instante ponderativo y hermenéutico, no puede remitirse a las reglas de precedencia condicionada, pues cada caso es inédito e implica una exigencia de *ponderación singularizada*.

De igual forma la reticencia hacia el fundamento racional de la moral, por cuestiones “ideológicas” ha introducido en la argumentación constitucional, fuertes cuestionamientos en cuanto a la objetividad de los contenidos de valor que se introducen en las decisiones iusfundamentales como verdades de razón práctica.¹²⁹¹

2) Los casos Riggs vs Palmer y Henningsen vs Bloomfield Motors en Ronald Dworkin.

A) El caso Riggs vs Palmer

Ronald Dworkin es sin duda el máximo exponente del derecho anglosajón, que ha dado a la doctrina jurídica de todo el mundo, la explicación más convincente y menos complicada o rebuscada, para demostrar que el

¹²⁹⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 135-149.

¹²⁹¹ Para entender las distintas posturas en relación con los conflictos entre derechos fundamentales y los aspectos negativos del conflictivismo, Véase el epígrafe *Supra* “Conflictivismo y contenido esencial de los derechos fundamentales: las posturas no-conflictivistas del contenido esencial”.

derecho no solo contiene reglas, sino que también contiene principios. Es decir, el propósito fundamental de Dworkin, es distinguir los principios de las reglas a través de su ejemplificación con un caso que proporciona muchas luces, útiles para advertir la diferencia en mención.

En 1889 un tribunal de Nueva York decidió en el famoso caso de *Riggs vs Palmer*¹²⁹² si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento; no obstante que para ello, el nieto había asesinado al abuelo. La argumentación del tribunal empezaba por advertir que: “Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, *si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino*”.¹²⁹³ Es decir, bajo la literalidad de la ley, no establecía como causal de exclusión testamentaria, la sanción de perder el derecho a heredar, cuando la causa por la cual haya fallecido el autor del testamento, sea el asesinato a manos del mismo beneficiario de la herencia.

Pero el tribunal continuaba señalando que “todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. *A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen*”.¹²⁹⁴ El asesino no recibió su herencia.

Riggs vs Palmer, sin duda es un caso paradigmático para apreciar que, no obstante que el legislador no establezca todos los supuestos en los cuales un heredero quede excluido de la herencia, la justicia y los principios de moralidad y de equidad deben imperar. En este caso, *los principios se vuelven netamente operativos, y se actualiza su contenido deontológico en el mismo momento en el que la ley no establece o no regula un caso que debía regular, ante la notoria incongruencia de que sea el mismo autor de un delito el que sea beneficiado de sus actos ilícitos*.

El sentido común dicta que el nieto no podría recibir la herencia, cuando él mismo ha causado el daño por el cual se beneficia: la muerte de su abuelo, el autor del testamento. Si bien es cierto, bajo la postura legalista, se puede argumentar que la ley no establecía como causal de exclusión para heredar, el supuesto de hecho de haber provocado la muerte del au-

¹²⁹² La traducción del caso por Roberto M. Jiménez Cano (Universidad Carlos III de Madrid, España), Jorge Luis Fabra Zamora y Carolina Esther Guzmán Buelvas (Universidad de Cartagena, Colombia), “Riggs contra palmer Tribunal de Apelaciones de Nueva York, 115 NY 506” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 11, 2007/2008, pp. 363-374; consúltese el enlace: <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>

¹²⁹³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 73; *Ibidem*, p. 365.

¹²⁹⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 73; JIMÉNEZ CANO, Roberto M., et. al., (trads.), “Riggs contra palmer Tribunal de Apelaciones de Nueva York, 115 NY 506” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 367.

tor de la herencia; los principios jurídicos entran en operación, cuando sin existir una hipótesis de hecho, la razón práctica a la que obedecen los actos humanos sujetos a valoración moral, se actualizan en el caso concreto al sentenciar que “nadie puede aprovecharse de su propio ilícito”.

En ese sentido, los principios reaccionan por la injusticia que representa el hecho de que el mismo heredero provocó un daño por el que se beneficia. Con lo cual deja en claro, que las reglas jurídicas no pueden establecer todos los supuestos, sino que los principios de moralidad, de justicia y equidad¹²⁹⁵, como los concibe Dworkin, se vuelven una exigencia indisponible, a la cual es necesario tomar una postura razonable para resolver el caso paradigmático o caso difícil.¹²⁹⁶

B) El caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*

Ahora bien, Ronald Dworkin trata otro caso resuelto en 1960 por un tribunal de Nueva Jersey, el caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.* La cuestión importante en esta causa es si un fabricante de automóviles puede o hasta que límite, hacer frente a su responsabilidad en caso de que *el automóvil resulte tener un defecto de fábrica*. Henningsen había comprado un auto y firmado un contrato donde se decía que la responsabilidad del fabricante por los defectos se limitaba a “reparar” las partes defectuosas, “garantía ésta que expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades”.¹²⁹⁷

Henningsen argumentaba que, por lo menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debía quedar protegido por esa limitación y debía ser responsable de los gastos médicos y por cualquier otro concepto en relación con las personas heridas en un accidente. No pudo aportar ninguna ley ni ninguna norma jurídica establecida que impidiera al fabricante ampararse en el contrato.¹²⁹⁸

El tribunal, sin embargo, estuvo de acuerdo con *Henningsen*. En diversos momentos de su argumentación, los jueces van apelando a los siguientes principios: a) Debemos tener presente el principio general de que, en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo no puede luego evadir sus consecuencias. b) En la aplicación de este principio, es un factor de importancia el dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes. c) La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne. d) En

¹²⁹⁵ “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.” Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 73

¹²⁹⁶ Ya hemos referido que por *caso difícil* en Dworkin, como “el asunto que no se puede subsumir claramente en una norma jurídica”. *Ibidem*, p. 146.

¹²⁹⁷ *Ibidem*, pp. 73-74.

¹²⁹⁸ *Ibidem*, p. 74.

una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, *el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches*. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados. e) ¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia? f) Más específicamente, *los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un “pacto” en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra.*¹²⁹⁹

El caso *Henningsen*, también puede develar la distinción lógica entre reglas y principios, aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas. En ese sentido el principio que formula como regla concreta de deber ser que se deriva de la ponderación es que *el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus automóviles*. El principio en mención, establece una regla clara en la cual enuncia la obligación de los fabricantes de autos de apegarse a estándares más elevados de seguridad, que bajo otro tipo de contratos o mercancías.

La restricción a la libertad de contratación tiene una justificación clara y se orienta en función del juicio prudencial, de que el automóvil juega un papel fundamental en la vida moderna, tanto en su aspecto económico, social o cultural o de cualquier otra índole. A tal grado que la seguridad del automóvil, redundando en una “obligación especial” de cuidar de los intereses, la vida y seguridad de los consumidores, sin que dicha obligación sea renunciante o gire en torno al libre juego de la oferta y la demanda.¹³⁰⁰

Por ende en el caso que nos ocupa, es claro el los parámetro de la utilidad económica no pueden quedar a la voluntad de las partes (*pacta sunt servanda*), y menos aún, la afectación de la vida, la salud y la integridad física de las personas, no puede quedar reducida a un análisis económico del daño que les puede ocasionar, estableciendo premeditadamente el pago respectivo de indemnizaciones.

El principio vulnerado en este aspecto, es el principio de dignidad humana, pues *no se puede considerar que una persona reciba un perjuicio, previendo estadísticamente que recibirá una compensación por ese daño*. Esto es, no se puede permitir a un fabricante de autos que en lugar de retirar del mercado a los automóviles que resultaron defectuosos, se permita que ocurran accidentes en perjuicio de los consumidores, para en su caso resarcirlos de los daños ocasionados con motivo de dicho accidente.

Por ende, no se puede aceptar que para la empresa resulte menos cos-

¹²⁹⁹ *Idem.*

¹³⁰⁰ *Ibidem*, p. 77.

toso pagar indemnizaciones, que retirar los vehículos del mercado; pues *debe prevalecer en todo momento, que la vida e integridad física de las personas no puede ser objeto de transacción comercial, o menos aún, de darle un tratamiento instrumental como un objeto y en una escala de valores económicos, que el menor costo para la empresa es pagar indemnizaciones que prevenir accidentes.*

Pensar lo contrario sería aceptar, que un daño a la integridad de las personas sea una mera contingencia económica prevista por la empresa, estipulando estadísticamente que, el pago de indemnizaciones será de un costo menor de lo que en principio debería de hacer la empresa: retirar de la circulación los vehículos con defecto, así como de las concesionarias que venden ese modelo de automóvil, y reparar de manera previa dicha contingencia sin esperar a que ocurran accidentes; con la consecuente permisión de daños a la salud e integridad de las personas, y en el peor de los casos, la pérdida de vidas humanas.

En el caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.* -aunque no lo deja del todo claro el tribunal-, el principio más importante que se protege, es el *principio de dignidad humana*. No se puede permitir que la seguridad en la integridad física y la vida de las personas, sea objeto de una contingencia que de manera premeditada se tome como un *riesgo permisible, menor daño posible en un "óptimo" de Pareto*. Es decir, no es correcto decir que cómo resulta menos gravoso para la empresa pagar indemnizaciones a las personas accidentadas o muertas, sea permitido que ocurran dichos accidentes, a sabiendas de que los vehículos poseen un defecto de fábrica que pone en peligro la vida e integridad física de los consumidores.

Así como en el caso anterior, el mismo concepto de principio entra a colación en el presente caso, cuando Dworkin habla que un principio ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica; su aplicación concreta se hace efectiva, cuando decimos que *la afectación a la vida e integridad de las personas no puede ser objeto de valoración de un daño permisible*; vulnera la dignidad de las personas, en su derecho máspreciado como puede ser la vida o su salud. El principio de no causar un daño previsible, aduciendo una posterior indemnización, constituye una "exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad."¹³⁰¹

3 LOS CASOS DE LA PONDERACIÓN: JUICIOS CONCRETOS DE DEBER SER DESDE EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO.

En los casos invocados por Dworkin se puede apreciar con claridad en la ponderación, la diferencia lógica que existe entre principios jurídicos y reglas jurídicas. Ambos son conjuntos de estándares que apuntan a decisiones particulares referentes a una obligación jurídica –dar, hacer o no

¹³⁰¹ *Ibidem*, p. 73

hacer- en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación en cuanto a las conductas que exigen de uno u otro tipo de normas. Las reglas jurídicas tienden más a una aplicación de forma disyuntiva; si establece hechos que necesariamente deben darse, luego entonces la norma es válida y aplica al caso concreto, o bien si no lo es, si no se da el supuesto jurídico de hecho, luego entonces no aporta nada a la decisión.¹³⁰²

La regla jurídica puede contener excepciones de manera expresa, pero sin duda, debe establecerse en el texto de la disposición de manera limitativa y específica; es necesario que la regla contenga todas las excepciones posibles para considerar que se encuentra completa y no adolece de lagunas. En el caso de los principios, no opera de esa forma, pues ni siquiera contempla un supuesto hipotético de hecho, que señale consecuencias jurídicas de manera automática, mismas que deban satisfacerse para así colmar sus condiciones preestablecidas.¹³⁰³

Dworkin sin duda tiene una gran virtud: ha sabido traducir en términos analíticos de la filosofía del derecho, un esquema que combina la lógica de los principios y su distinción con las reglas; para concretar un sentido común que ayuda a resolver de manera intuitiva, las preguntas que no ha podido responder el positivismo jurídico y su normativismo legalista.

El filósofo de Oxford explica de manera clara y sencilla, cómo opera la razón práctica en la solución de los casos en los que intervienen los derechos fundamentales. Cuando el operador jurídico, afirma que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, quiere referirse a que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.¹³⁰⁴

En ese sentido Dworkin es un hermeneuta de cepa, pues sabe apreciar que el derecho es netamente una función interpretativa, que escapa de un sistema jurídico perfecto que tenga ausencia de lagunas y antinomias; los principios orientan al operador jurídico a que busque la respuesta correcta a través del razonamiento práctico, sin presuponer que el derecho positivo tenga todas las respuestas: en suma, el derecho es una práctica social que se manifiesta en la *interpretación creativa en el derecho*.¹³⁰⁵

En ese mismo sentido Robert Alexy afirma que la ciencia del derecho tal y como es cultivada en la actualidad, es ante todo una disciplina de carácter práctica, en virtud de que las preguntas que se formulan como piedra angular del sistema de derechos fundamentales, se basa en una pre-

¹³⁰² *Ibidem*, p. 74-75.

¹³⁰³ *Ibidem*, p. 76.

¹³⁰⁴ *Ibidem*, p. 77.

¹³⁰⁵ *Infra* "4. La metáfora del *novelista encadenado* y la influencia de Gadamer en Dworkin: etapas de la interpretación (preinterpretación, interpretación y postinterpretación)."

gunta esencial: *¿Qué es lo debido en los casos reales o imaginarios?*¹³⁰⁶ Si bien es cierto, la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente la ciencia del derecho y que los enunciados y teorías expuestas en ella, por más abstractos que puedan ser, siempre serán referidos a la solución de casos, es decir, a la *fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser*.¹³⁰⁷

La pregunta que se formula el operador jurídico de nuestro tiempo, coincide con las preguntas que necesariamente se plantea el juzgador. El juez constitucional ha tenido un protagonismo muy relevante en el desarrollo jurídico, político y democrático en el que impera el derecho del Estado constitucional y los principios implican la toma de postura en la argumentación jurídica para la justificación de su aplicación, que es en sí misma una argumentación de carácter moral.

La *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy, tendrá como propósito esencial el explicar el papel de los derechos fundamentales y de las normas de derecho fundamental en el sistema jurídico, a través de la argumentación y decisión acerca de esos derechos. El desarrollo de esa argumentación jurídica, gira en torno a la comprobación de que la positivización de los derechos fundamentales rigen para todos los poderes del Estado, y ante esa vinculación jurídica se gesta la apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales.¹³⁰⁸

La vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral; la cual se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, como los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica, mismos que han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno.¹³⁰⁹

A la luz de los casos desarrollados por Dworkin, la distinción lógica entre reglas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas. En ese sentido el principio señalado en el caso *Henningsen*, de que “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches” pareciera que no intenta siquiera definir los

¹³⁰⁶ La concreción *lógico-formal* y *práctico-material* de los principios jurídicos contenidos en los derechos fundamentales como *debitud* del derecho (*ius*) para la realización de la justicia (dar a cada uno lo suyo) se traduce en las modalidades deónticas en el caso particular como un *mandato*, *permisión* o *prohibición* dirigido al Estado o a los particulares o viceversa. Ya nos referimos del aspecto sustancial del derecho en el que implica de forma necesaria que el operador jurídico responda a la pregunta *¿Qué debo hacer ante un caso constitucional?*

¹³⁰⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 33.

¹³⁰⁸ *Ibidem*, p. 25.

¹³⁰⁹ *Ibidem*, p. 525.

deberes específicos que tal obligación especial lleva consigo, ni decirnos qué derechos adquieren, como resultado, los consumidores de automóviles.

Dicho principio se limita a enunciar de forma esencial que los fabricantes de automóviles han de atenerse a estándares más elevados que otros fabricantes, y que tienen menos derecho a confiar en el principio concurrente de la libertad de contratación. Esa circunstancia no quiere decir que jamás puedan confiar en el *pacta sunt servanda* que formula dicho principio, ni que los tribunales puedan rehacer a voluntad los contratos de compra-venta de automóviles; sólo quiere decir que si una determinada cláusula parece injusta u onerosa, los tribunales tienen menos razón para hacerla valer que si se tratara de una compra de otro tipo de mercancía. La “obligación especial” tiende a favorecer una decisión que se niegue a imponer los términos de un contrato de compra-venta de automóviles, pero por sí misma no la determina.¹³¹⁰

Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo la dimensión que falta en las reglas: *la dimensión del peso o importancia*. Cuando en los principios se interfieren libertades, como la política de protección a los consumidores de automóviles, y por ende, la libertad de contratación, el juez quien debe resolver el conflicto, debe tomar en cuenta el peso relativo de cada uno¹³¹¹; esto es un juicio de razón práctica para advertir la concreción de un derecho fundamental en el caso específico, del que se desprendan juicios concretos de deber ser y en el que se aprecie la realización de un bien humano que se reconoce en la norma iusfundamental.

Al igual que Robert Alexy, Ronald Dworkin refleja la naturaleza del juicio de razón práctica en el que se centra la argumentación jurídica de carácter prudencial: en la ponderación de principios *no existe una medición*¹³¹² *exacta*, y el juicio respecto de si un principio o directriz es motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, el juicio de *deber ser* al que apela los principios siempre deberá planearse la pregunta respecto de la importancia o qué peso tiene el principio sujeto a ponderación.¹³¹³

¹³¹⁰ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 77

¹³¹¹ *Idem*.

¹³¹² La traducción de Marta Guastavino señala que “En esto no puede haber, por cierto, una *mediación exacta*”, lo cual no resulta una sintaxis correcta con la idea que el autor pretende señalar en el texto original en donde afirma: “This cannot be, of course, an exact measurement”. Por lo cual la traducción correcta sería “En esto no puede haber, por cierto, una *medición exacta*”, en virtud de que lo que pretende es *medir el peso específico de un derecho en conflicto*, mas no “mediar” entre los dos derechos. Pues evidentemente no se trata de un juicio salomónico, sino de una argumentación racional de ponderación para analizar el peso específico de un derecho en el caso concreto. Cfr. *Idem*; DWORKIN Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978, p. 26.

¹³¹³ *Ibidem*, pp. 77-78.

A diferencia de los principios -y como ya lo habíamos advertido¹³¹⁴⁻, las reglas no tienen esta dimensión, más que su importancia solamente estriba en el papel que juega en la regulación de la conducta que en lo particular establece; sin embargo no podemos decir que una regla 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. Si se da un conflicto entre dos reglas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tornarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. En suma el mismo sistema jurídico puede regular la preferencia de las reglas que prevalecen, respecto de su jerarquía, tiempo, especialidad, etc., pudiendo combinarlo con reglas que a su vez se sustentan en principios más importantes para el caso en cuestión.¹³¹⁵

Los casos para la ponderación que citamos tanto en Robert Alexy como en Ronald Dworkin, se puede advertir una *hermenéutica iusfundamental*, la cual en su momento ya habíamos señalado, para la adecuada concreción de los derechos fundamentales. Es decir, el sistema jurídico debe contener de entre sus tipos de normas, las expresiones propias de las reglas que establecen mandatos de carácter definitivo, así como los principios que constituyen mandatos de optimización, sin caer en absolutismos normativos. Esto es, una adecuada *hermenéutica iusfundamental*, implica que la concreción de los derechos fundamentales en su expresión como principios sujetos a ponderación, se lleve a cabo en una correcta combinación axiomática con las reglas, en función del equilibrio normativo y deontológico de los contenidos materiales de la Constitución.¹³¹⁶

En suma, *ni todas las normas iusfundamentales son reglas, ni todas las normas iusfundamentales son principios, sino que la ponderación no se puede reducir a la subsunción sistemática en la aplicación de las normas de derechos fundamentales, sin apreciar las razones de peso que inciden en el juicio de razón práctica que se deduce de la misma ponderación. Por lo cual, los principios contienen expresiones de las cuales se advierten con mayor relevancia, los elementos que juegan un papel relevante en la ponderación, y de los que se deducen razonamientos claros y precisos en conductas concretas de deber ser como los casos que plantean Robert Alexy y Ronald Dworkin.*

En ese sentido la ponderación advierte en su procedimiento racional, no sólo la verificación de consensos, respecto de lo que es moralmente correcto a la luz de la ética del discurso de raigambre kantiana o la filosofía analítica en el derecho, con fuertes relaciones con la hermenéutica iusfilo-

¹³¹⁴ *Supra* “La distinción lógica y material de los principios y las reglas”

¹³¹⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 78.

¹³¹⁶ FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 388.

sófica. La ponderación será el proceso racional de nuestros tiempos posmodernos, para advertir en los juicios procedimentales del discurso argumentativo, auténticos juicios de razón práctica, a través de los cuales podemos conocer las cualidades deónticas relevantes de una decisión judicial. El juicio racional de la argumentación moral del discurso jurídico, deriva en sí mismo una connotación del razonamiento práctico y prudencial, sobre lo que es moralmente correcto en un caso determinado, a través de reglas concretas de deber ser; previa ponderación de las cualidades relevantes del caso desde una consideración argumentativa desde el aspecto moral.

En ese contexto, en el caso *Lüth* que comenta Alexy, prevaleció la libertad de expresión en cuanto al llamado a boicotear las películas que *Veit Harlan* produjo después de 1945, con el antecedente de haber sido un cineasta antisemita; el boicot en consecuencia no causaba daño a otro por estar de conformidad con el margen de libertad en referencia, y por ende el tribunal no debía llevar a cabo subsunciones aisladas. El método subsuntivo no resulta idóneo para llevar a cabo de forma aislada y fragmentada, lo que en la ponderación se puede advertir cuando colisionan dos principios y por ende la apreciación que se deduce del razonamiento práctico; bajo el aspecto hermenéutico debe imperar en la argumentación de los principios de derecho fundamental, una hermenéutica relacional de alteridad entre derechos fundamentales sin llevar a cabo restricciones no justificadas en el ejercicio de un derecho desde el aspecto no conflictivista de la ponderación: *para la hermenéutica, la ponderación es la concreción de los derechos fundamentales*.¹³¹⁷

En *Riggs vs Palmer*, Dworkin deja de manifiesto que el derecho no es un sistema de reglas perfecto ni completo. Necesariamente tiene lagunas, y si el sistema jurídico no lo puede resolver con las normas existentes, el juez tiene la obligación de hacerlo. El legislador no pudo prever todos los supuestos de hecho. En ese sentido, los principios entran en juego, es necesario hacerlos hablar, para crear la mejor respuesta que debe el razonamiento práctico y prudencial. Esto es, que en el caso del heredero que asesina al autor de la herencia, no se puede beneficiar de su propio ilícito, puesto que la justicia y la moralidad deben imperar en el derecho; resultaba contraintuitivo afirmar que por la existencia de una laguna legal podía heredar la fortuna de su abuelo, con lo cual se puede apreciar la insuficiencia de las reglas positivas para resolver de forma correcta el caso en cuestión.

En conclusión, las reglas jurídicas son funcionales con el sistema jurídico a partir de los hechos expresados en la norma, pero con la posibilidad

¹³¹⁷ La propuesta no conflictivista de la ponderación bajo las coordenadas de la hermenéutica, principalmente en el *principio de concordancia práctica* de Konrad Hesse, con una decidida influencia en Gadamer. *Infra* “Capítulo Décimo Primero: Hermenéutica como concreción”.

de que la previsión de las múltiples conductas que se actualicen en la realidad, no tengan previsión específica para el caso. Es allí, donde el razonamiento del juez “hércules”¹³¹⁸ del que habla Dworkin entra en acción, y por el cual, el operador jurídico tiene la obligación de realizar un esfuerzo argumentativo para racionalizar sus interpretaciones en los contenidos deontológicos y resolver el caso constitucional a través de los principios; que de forma explícita o implícita se encuentran en las normas jurídicas, que reconocen los principios de moralidad y de justicia que el derecho debe contener, y que se traducen en *juicios concretos de deber ser de forma circunstanciada en el caso constitucional*.

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El método que advierte el *peso relativo* de cada principio conforme al caso concreto en la ponderación de principios es el principio de proporcionalidad.¹³¹⁹ Para una primera aproximación al principio de proporcionalidad, podemos hacer referencia a Alexy, cuando alude a lo que denomina *ley de la ponderación*: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.¹³²⁰

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad se encuentra formulado bajo las coordenadas del conflictivismo, es necesario dejar patente que el principal objetivo de Alexy es intentar mostrar que *la ponderación constituye un procedimiento de carácter racional dentro del discurso jurídico argumentativo*; por lo tanto, la hermenéutica del principio de proporcionalidad se aleja bastante de las posturas positivistas, de que la ponderación constituye un procedimiento intuitivo, voluntarista, decisionista o en todo caso irracional, para restarle fundamento justificatorio al momento de emitir la decisión en la que se valoran principios de derecho fundamental.¹³²¹

Para Alexy, la ponderación se concibe como un proceso completamente racional, no sólo por lo que respecta a sus dimensiones conceptuales o metodológicas, en virtud de la creación de reglas generales de derecho fundamental adscriptas, sino también en lo que respecta a la corrección axiológica de sus resultados. En ese contexto, la *precedencia condicionada* entre los principios en conflicto puede fundamentarse racionalmente, gracias al principio de proporcionalidad.¹³²²

En ese orden de ideas, es claro que para Alexy –y contrario a muchos

¹³¹⁸ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 177.

¹³¹⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 349 y ss.; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 511 y ss.; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit.; SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, op. cit.

¹³²⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 138.

¹³²¹ *Ibidem*, pp. 135-136.

¹³²² *Ibidem*, pp. 135-149.

positivistas metodológicos como Martínez Zorrilla¹³²³-, el principio de proporcionalidad está conceptualmente conectado con el concepto de “principio” como mandato de optimización y con su noción de “ponderación” como establecimiento de una relación de precedencia condicionada. No puede ser más claro cuando Alexy afirma que “entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla.”¹³²⁴

El carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, lo cual significa que la máxima de la proporcionalidad con sus tres máximas parciales “de la adecuación necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él.”¹³²⁵

Por lo anterior, el principio de proporcionalidad como teoría normativa de los demás aspectos conceptuales y metodológicos de la ponderación, tiene una relación necesaria con el concepto de “principio” que se adopte, así como las relaciones de precedencia condicionada a que da lugar la ponderación; la proporcionalidad constituye una teoría normativa vinculada al concepto de principio y a su vez al método de la ponderación de los principios, según su contenido de valor concretado a través de dicho método.

Conforme al criterio de la ponderación, el sacrificio impuesto a un principio de derecho fundamental, en aras de la satisfacción de otro, sólo estaría justificado en la medida en que no sea excesivo, esto es, que sea el mínimo indispensable para no impedir la satisfacción del principio considerado como más importante en las circunstancias. La doctrina y la jurisprudencia, han establecido en una plena coincidencia, la estructura interna del principio de proporcionalidad.

A la luz del método de la ponderación de principios, hemos afirmado que el método de la ponderación es un proceso racional de interpretación de los derechos fundamentales. Sin embargo, el principio de proporcionalidad no constituye una fórmula matemática para llegar a una respuesta absoluta, que resuelva los conflictos entre derechos.

En efecto, el principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas; pero sí está diseñado para alcanzar una racionalidad plausible, en caso de colisión entre principios constitucionales. Por otra parte, colabora para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las socieda-

¹³²³ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 238.

¹³²⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 91.

¹³²⁵ *Ibidem*, pp. 91-92.

des pluralistas y democráticas. Por lo cual se considera que el principio de proporcionalidad, es el mejor método que existe, hasta el día de hoy, y que ha sido diseñado constitucionalmente para interpretar y argumentar la Constitución.¹³²⁶

En ese contexto, el método de la ponderación de principios como mecanismo de justificación de las decisiones jurídicas, se le ha denominado de muchas formas. Desde la tradición jurídica del derecho europeo continental, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, se la ha denominado como *el test de proporcionalidad* o *principio de proporcionalidad*. Por lo cual, y como ya quedó asentado, entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad existe una conexión; pues, el carácter de principio implica el de proporcionalidad.¹³²⁷

Ahora bien, cuando se hace referencia al principio de “razonabilidad” (*balancing*), corresponde a la denominación que en el derecho anglosajón se le ha dado a dicha máxima de razonabilidad; sin embargo, muchos autores lo utilizan de forma indistinta bien como “razonabilidad”, o bien como “proporcionalidad”, pues las diferencias entre dichos vocablos no son relevantes, en virtud de que los elementos que integran tales herramientas hermenéuticas, coinciden en lo sustancial.¹³²⁸

Atentos a lo anterior, debemos señalar que el principio de proporcionalidad fue desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina jurídica alemana después de la Segunda Guerra Mundial, sin dejar de considerar la gran influencia del derecho anglosajón; posteriormente ese método de interpretación constitucional se ha ido incorporando en la jurisprudencia y doctrina de países europeos continentales y latinoamericanos, al igual que en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales que tutelan derechos fundamentales.¹³²⁹

En la actualidad existen posiciones encontradas respecto si la ponderación se encuentra inmersa en el principio de proporcionalidad.¹³³⁰ Sin embargo, el punto en el cual convergen las posiciones doctrinales, en el debate contemporáneo de los límites a los derechos fundamentales, es que el principio de proporcionalidad tiende a racionalizar las decisiones del poder público en la intervención o delimitación de los derechos fundamentales, se le llame ponderación en sentido estricto o bien el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad.

¹³²⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139 (enero-abril), 2014, pp. 65-100.

¹³²⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 91, 350 y 511.

¹³²⁸ CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad, Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2009, p. 25.

¹³²⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, op. cit., p. 67.

¹³³⁰ SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, op. cit., p. 1.

En efecto, el principio de proporcionalidad “da pautas objetivas y precisas para calificar la justificación de la intervención legislativa en algún derecho fundamental, mediante el examen de los aspectos relativos a los tres subprincipios que lo componen según la doctrina y la práctica constitucionales más divulgadas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”.¹³³¹

Aunque lo ideal sería realizar una metodología sucesiva en el análisis de cada subprincipio, no hay que olvidar que en la práctica se efectúa un trato, un tanto “oscilante” entre ellos y no siempre “lineal”¹³³²; al grado que en ocasiones, solamente se analiza el subprincipio que no logra acreditar la medida restrictiva del derecho fundamental para tener por justificada la decisión.

Sin embargo, es necesario resaltar que la importancia del principio de proporcionalidad reside en que “para estimar lícita una medida legislativa que intervenga algún derecho fundamental, ésta *tiene que aprobar el examen de cada uno de los criterios relativos a todos los indicados subprincipios*; basta que repruebe alguno de ellos para tenerla por desproporcionada y por consiguiente ilegítima”.¹³³³

El principio de proporcionalidad es un concepto que aparece en la misma motivación de las decisiones de los tribunales constitucionales, cuando en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos, implica una intervención en el ámbito de los derechos fundamentales; a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se determina si una medida de restricción en los derechos fundamentales se encuentra o no justificada racionalmente, y por ende si es o no declarada constitucional.¹³³⁴

El principio de proporcionalidad es la hermenéutica de motivación y justificación de las sentencias constitucionales, a través del cual se realiza un test de razonabilidad de las restricciones a los derechos fundamentales en leyes o actos del poder público, se dirimen conflictos entre derechos o se establecen categorías legislativas que distinguen entre personas o situaciones; en el que se analiza su constitucionalidad a la luz de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El análisis de la justificación racional de la decisión y la aplicación de estos subprincipios es sucesiva: se comienza analizando si la medida es idónea o adecuada –incluyendo si obedece a un fin constitucionalmente legítimo–; si lo es, se pasa a considerar el elemento de necesidad, y una vez cumplimentado, se procede al análisis de la proporcionalidad en sentido

¹³³¹ *Ibidem*, p. 37.

¹³³² *Ibidem*, p. 38.

¹³³³ *Ibidem*, p. 39.

¹³³⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 41-43.

estricto. En caso de que el examen fracasase en cualquiera de estas tres etapas, presupone de forma ineludible que no logra acreditar la exigencia de proporcionalidad; por lo cual hace innecesario pasar a las etapas posteriores, independientemente si haya logrado colmar alguna o alguna de ellas.

Así pues, el principio de proporcionalidad se fragmenta en los tres “subprincipios” siguientes: a) el subprincipio de adecuación o idoneidad; b) el subprincipio de necesidad; y c) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios tiene la consideración de una condición necesaria, de tal suerte que la medida no satisface los parámetros de alguno de ellos, no pasaría el “test” y por ende, se considera injustificada e inconstitucional.

1) El subprincipio de adecuación o idoneidad

Para Carlos Bernal Pulido, el subprincipio de idoneidad supone que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”.¹³³⁵

Del principio de mérito se puede derivar una doble exigencia: a) que el fin que se persigue con la medida restrictiva o limitativa del derecho, sea “constitucionalmente legítimo”, y b) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución de dicho fin. Los aspectos en estudio, deben analizarse en el mismo orden indicado. Es decir, en primer término es necesario analizar si el fin es legítimo desde una perspectiva constitucional, y en caso de que lo sea, si la medida resulta idónea.¹³³⁶

Luis Prieto Sanchís considera que el principio de idoneidad, debe separarse en dos elementos, considerándolos como dos fases o pasos distintos en el examen de la proporcionalidad; dando lugar a cuatro etapas en lugar de las tres señaladas en el principio de proporcionalidad.¹³³⁷ Sin embargo, estas diferencias no tienen mayores consecuencias sustanciales, en virtud de que es equivalente afirmar que existen cuatro etapas consecutivas o sólo tres en la que la primera incluya dos elementos en la primera etapa, y el primero de ellos (el fin constitucionalmente legítimo) debe analizarse antes que el segundo (la idoneidad propiamente dicha).¹³³⁸

La idoneidad refiere a que la intervención o afectación en los derechos fundamentales tenga un fin constitucionalmente legítimo, es muy importante que ese fin pueda tener fundamento en las normas constitucionales, o bien convencionales; esto es, podría tener fundamento legítimo la intervención o afectación si se apoya en los tratados internacionales de dere-

¹³³⁵ *Ibidem*, p. 693.

¹³³⁶ *Ibidem*, pp. 693-740.

¹³³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación”, en PRIETO SANCHÍS, Luis *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-216.

¹³³⁸ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 240.

chos humanos, o en su caso, en la jurisprudencia constitucional o de los tribunales internacionales.

Así pues, el principio de idoneidad o de adecuación, normalmente se desarrolla en dos vertientes para determinar la intervención a un derecho fundamental, para efecto de que dicha medida se considere idónea:

a) Que tenga un *fin constitucionalmente legítimo*. Esto es que si la medida encuentra justificación dentro del marco constitucional; “consiste en verificar si el fin que el Parlamento pretende favorecer, puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional”.¹³³⁹

b) Si la intervención a un derecho fundamental es *idónea*, en cuanto a lo adecuado de la naturaleza de la medida impuesta por la norma, para conseguir el fin pretendido y por ende su eficacia; es decir una vez que el tribunal constitucional haya determinado la legitimidad del fin perseguido, debe enjuiciar si la medida adoptada por el legislador, es idónea para contribuir a alcanzar el fin inmediato, el objetivo trazado con la restricción al derecho fundamental.¹³⁴⁰

2) El subprincipio de necesidad

De acuerdo con el principio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.¹³⁴¹

Por ende, la medida es necesaria, cuando se opta por la opción menos gravosa, en cuanto a la afectación al derecho fundamental intervenido. Este subprincipio, significa que la medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales debe ser estrictamente indispensable; la opción menos gravosa entre otras alternativas para arribar al fin constitucionalmente legítimo o, en su defecto, porque no existen otras alternativas o, las que existen, afectan o gravan en mayor medida o número los derechos fundamentales.

El examen de necesidad, evalúa si existen medidas de intervención o afectación a los derechos fundamentales menos gravosas, para determinar si se escoge una alternativa más gravosa a las existentes, y por ende, determinar si la intervención o afectación en los derechos fundamentales no es correcta; a menos que se acredite que existen imposibilidades técnicas o costos económicos exorbitantes que impidieron escoger una alternativa menos gravosa que la escogida.

Una vez que la decisión ha sido debidamente argumentada y justificada en cuanto a la satisfacción de las exigencias del subprincipio de idoneidad,

¹³³⁹ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 694.

¹³⁴⁰ *Ibidem*, p. 723.

¹³⁴¹ *Ibidem*, p. 740.

en sus dos vertientes como fin constitucionalmente legítimo y adecuación; el siguiente elemento a considerar, es comprobar si el sacrificio del derecho o bien constitucional que tal medida supone ser necesario, en el sentido de que no exista alguna otra alternativa menos gravosa y con al menos el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo.

Robert Alexy, señala a este respecto que el requisito de la necesidad puede concebirse como una aplicación al ámbito jurídico de la idea del óptimo de Pareto; es decir, la exigencia de la necesidad descansa en la idea de que la solución justificada es aquella en la que no es posible mejorar la posición de uno de los elementos en conflicto sin empeorar la posición del otro.¹³⁴²

La no superación de la exigencia de la necesidad ocurre cuando se dan las condiciones siguientes: a) cuando se acredita que existen varias alternativas para alcanzar el fin establecido; b) la existencia de alguna alternativa menos gravosa; y c) que la alternativa menos gravosa tenga al menos el mismo grado de idoneidad que la medida puesta a juicio. Si falta alguno de los elementos anteriores, esto es, o bien no existen medios alternativos, o ninguno es menos gravoso, o ninguno tiene como mínimo el mismo grado de idoneidad, la exigencia impuesta por el subprincipio de necesidad queda superada.¹³⁴³

3) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Ya que la decisión resultó idónea y a la vez necesaria, el paso siguiente consiste en analizar su proporcionalidad en un sentido restringido; esto es, si el grado de satisfacción del derecho o bien constitucionalmente protegido que ha prevalecido, compensa la lesión o menoscabo del otro bien o derecho. En esta tercera fase se ajustaría propiamente a lo que se ha denominado como “ley de la ponderación”, y descansa en definitiva sobre la regla de racionalidad según la cual la decisión es correcta o está justificada si los beneficios obtenidos superan los costes que ésta conlleva.

Robert Alexy ha sido el más destacado doctrinista en el desarrollo del principio de proporcionalidad en sentido estricto. En primer término éste subprincipio se desarrolla, a su vez, en tres fases consecutivas: a) la determinación del grado de la lesión o menoscabo que la decisión provoca en uno de los elementos en conflicto; b) la determinación del grado o la importancia de la satisfacción del otro elemento del conflicto; y c) la comparación de las magnitudes anteriores en orden a comprobar si la importancia de la

¹³⁴² ALEXY, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 66, 2002, pp. 13-64 y ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 511-562.

¹³⁴³ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 242; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 740-763.

satisfacción del elemento prevalente justifica la lesión o afectación del otro elemento.¹³⁴⁴

El establecimiento del grado de satisfacción o de lesión de los distintos elementos en colisión se realiza, según Alexy, de acuerdo con una escala triádica que distingue entre tres niveles: “leve”, “moderado” y “grave”.¹³⁴⁵

En dicha clasificación Alexy no asume a dichas categorías como algo inamovible, sino que reconoce que pueden utilizarse escalas con un mayor número de segmentos, aunque puntualiza que usualmente en la mayoría de casos ya es suficiente con tres niveles distintos. La valoración de la lesión de un principio y del grado de satisfacción del otro se hace además atendiendo a las circunstancias del caso, y no en abstracto.

Para la hermenéutica jurídica, es fundamental poner en perspectiva la importancia racional que Alexy asigna al método de la ponderación, y sobre todo, al principio de proporcionalidad en sentido estricto, que es cuando se advierte la justificación de dicho método a través de la *fórmula del peso*.

La finalidad de Alexy es demostrar que dicha estructura elemental muestra lo que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación, como Habermas, cuando afirman que la ponderación, “hacen faltan criterios racionales”, se lleva a cabo “de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”.¹³⁴⁶ En un sentido similar Shlink dice que “en el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva [se hace valer] sólo la subjetividad del juez” y que “las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto [...] en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo”.¹³⁴⁷

Los argumentos de estos autores, deben centrarse en la discusión de que los juicios racionales sobre la intensidad de la intervención y los grados de importancia sean viables. Concretamente estamos hablando de la estructura elemental de la ponderación, donde muestra qué debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación.

Así pues, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin persegui-

¹³⁴⁴ ALEXY, Robert, “La fórmula del peso” en ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 351; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 529.

¹³⁴⁵ ALEXY, Robert, “La fórmula del peso”, en ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 356 y ss; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 535.

¹³⁴⁶ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 326-334.

¹³⁴⁷ Cfr. ALEXY, Robert, “La fórmula del peso” en ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 351; La respuesta a Habermas, con respecto a la visión escéptica de la ponderación por parte de Alexy Véase ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en CARBONELL, Miguel, *El canon neoconstitucional*, op. cit., pp. 109 y ss.

do por la intervención legislativa.¹³⁴⁸ Es decir, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención a los derechos fundamentales, debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido; las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, constituye en dilucidar cuál de los intereses en conflicto, jerárquicamente iguales en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto; la ponderación en este paso, realiza dos tipos de estudio: uno normativo y otro de carácter empírico.¹³⁴⁹

1) El *estudio normativo* se ocupa del lugar que los derechos fundamentales en conflicto y el nivel que sus respectivos bienes tutelados tienen en el ordenamiento, para analizar su importancia o fundamentalidad; igualmente, atiende a los niveles de intensidad con los que la preferencia por un derecho fundamental afecta al derecho fundamental en conflicto.

b) En el *estudio empírico* lo que importa es medir, por una parte, la intensidad de la intervención, que puede ser leve, media o grave; empleando para tal efecto las variables de eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la medida, tomando en cuenta los conocimientos de la ciencia o la técnica, el sentido común y la racionalidad general. De igual manera, se mide el beneficio empírico que los fines mediatos e inmediatos de la medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales reportan en relación con el otro derecho fundamental en colisión.

Con la descripción de la metodología del principio de proporcionalidad, si bien no constituye una fórmula matemática que dé lugar a respuestas exactas y objetivas de manera absoluta y para todos los casos; sí cumple en la mayor medida posible, y en comparación con los criterios alternativos –como la mera subsunción o discrecionalidad judicial–, con la exigencias de racionalidad en cuanto a la intervención de los derechos fundamentales, en la búsqueda del mayor beneficio posible a la persona.¹³⁵⁰

5. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN: LEY DE SEGURIDAD AÉREA DE 2005.

El 15 de febrero de 2006 el Tribunal Constitucional Federal Alemán, determinó la inconstitucionalidad del artículo 14, párrafo 3 de la Ley de Seguridad Aérea (LSA) que habilitaba a las fuerzas armadas a derribar un

¹³⁴⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 740.

¹³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 769-785.

¹³⁵⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 534-535; SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, op. cit., pp. 120-124.

avión que se esté utilizando para perpetrar un ataque terrorista en contra de la población civil.¹³⁵¹

El tribunal determinó que el artículo en cita, atentaba contra la vida humana, al no ser compatible con el artículo 2 párrafo 2 inciso 1 de la Ley Fundamental Alemana (LF), en relación con la garantía de la dignidad humana del art. 1 párr. 1 de la LF, y resultar afectadas personas inocentes a bordo del avión; pues de acuerdo con este criterio, el Tribunal afirma que tanto la tripulación como los pasajeros -que se encuentran en una situación sin salida- *se han convertido en objeto tanto de los terroristas como de la acción del Estado* a través del artículo 14.3 de la LSA. El utilizar su muerte como un medio incluso para la finalidad de que otros titulares del derecho a la vida se salven -la población civil- niega el derecho a la vida que aquellos primeros tienen.

Dicha sentencia se encuentra en el contexto de los trágicos eventos acaecidos en Nueva York, el 11 de septiembre de 2001, llamados a ser concebidos como uno de los eventos más abominables a los que se ha enfrentado la civilización contemporánea. El drástico cambio de los métodos de acción terrorista que supuso la disposición de radicales islámicos a operar como suicidas en una aeronave con inocentes a bordo, requirió el replanteamiento de los métodos con los cuales los ordenamientos jurídicos actuales debían defenderse frente a los ataques cometidos contra la población civil.

La sentencia toma en consideración el evento del 5 de enero de 2003, en el que un hombre armado se subió a una avioneta deportiva, giró en círculos sobre la zona financiera de Frankfurt y amenazó con estrellarla en el rascacielos del Banco Central Europeo, si no se le daba la posibilidad de llamar por teléfono al Presidente de los Estados Unidos de América. Un helicóptero de la policía y dos cazas de las fuerzas aéreas despegaron y giraron en torno al planeador. La policía dio la alarma general, el centro de Frankfurt y los rascacielos fueron evacuados. Transcurrida una media hora desde el apresamiento estaba claro que el secuestrador estaba trastornado y actuaba solo. Una vez que se cumplieron sus exigencias, aterrizó en el aeropuerto de Rhein-Main y permitió su detención sin oponer resistencia.

¹³⁵¹ Para un análisis de la sentencia en comentario véase: ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (eds.), *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Colección: Textos y Documentos n° 18, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 886-938; RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autoriza a derribar el avión secuestrado para acometer un atentado terrorista: una cuestión de principios” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 77, 2006, pp. 261 y ss; DOMENECH PASCUAL, Gabriel, “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea” en *Revista de Administración pública*, N° 170, 2006, pp. 392 y ss.

Los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, así como el incidente del 5 de enero de 2003 en la zona financiera de Frankfurt, fueron antecedentes fundamentales que provocaron la adopción de una pluralidad de medidas regulativas con el propósito de evitar agresiones y mejorar la seguridad del tráfico aéreo civil en general y proteger frente a peligros que amenazan a la población, cuando los aviones caen en poder de personas que los quieren emplear abusivamente, con propósitos ajenos al tráfico aéreo como los atentados terroristas en cuestión.

Sin embargo, el Tribunal alemán, determinó que la medida establecida por el legislador no respetaba el principio de proporcionalidad, pues en concordancia con el criterio de delimitación de los derechos fundamentales, en lo particular en cuanto a la dignidad humana, éste es un principio de carácter absoluto; es decir, el derecho a la vida de todos y de cada uno de sus titulares ha de ser respetado incondicionalmente y sin excepción alguna. En ese sentido, el establecimiento de situaciones que impliquen la privación de la vida de inocentes, resulta del todo desproporcional y en consecuencia inconstitucional.

El argumento anterior, se consolida cuando el *Bundesverfassungsgericht*, desestimó otras posibles interpretaciones habitualmente mantenidas, 1) como la presuposición de que los miembros de la tripulación o los pasajeros que suben a una aeronave consienten implícitamente su derribo; 2) que tales sujetos van a morir igualmente, alegando el Tribunal que el derecho a la vida se garantiza al margen de la duración de la existencia física; 3) que la tripulación y los pasajeros forman parte del arma que va a ser utilizado contra la población civil; y 4) que los particulares están obligados a sacrificar su vida en interés del Estado.¹³⁵²

En la sentencia realiza la técnica de la ponderación, cuando argumenta la protección de la vida de los inocentes que abordan el avión, que es utilizado por terroristas para causar de igual forma la privación de vidas en la población civil. El aval de la constitucionalidad de esta solución se justifica por el Tribunal Constitucional Federal Alemán con arreglo a las exigencias del principio de proporcionalidad:

1) *Fin constitucionalmente lícito*. En primer lugar el Tribunal entiende la medida legislativa destinada a tutelar un *fin constitucionalmente lícito*, como es la garantía de la vida humana que, en la Ley Fundamental constituye su valor superior.

2) *Principio de idoneidad*. En segundo lugar, la medida se presenta como *idónea* para la consecución de tal finalidad, *siempre y cuando, de acuerdo con las circunstancias del caso, se pueda comprobar de una manera fehaciente que en la aeronave se encuentran sólo los terroristas suicidas*.

¹³⁵² ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (eds.), *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, op. cit., p. 888.

3) *Principio de necesidad*. También, en tercer lugar, la medida aparece como *necesaria*, ya que no resulta pensable ningún otro medio de igual eficacia que no perjudique de forma menos gravosa el derecho a la vida de los terroristas.

4) *Proporcionalidad en sentido estricto*. En cuarto lugar, la medida satisface la *proporcionalidad en sentido estricto*, ya que la ejecución de la acción se presenta como una medida menos dañina que el resultado de la comisión del atentado por parte de los terroristas contra la población.

A través del criterio de la ponderación, el TCFA, acaba atribuyendo un *mayor peso a la vida de la población civil que a la vida de los terroristas*. Dicha afirmación parece contravenir los presupuestos inicialmente presentados por el Tribunal, considerando que el respeto al derecho a la vida es incondicional y, además se reconoce a cualquier ser humano como tal, independientemente de sus cualidades, de su situación física o psíquica, de sus capacidades y de su estatus social.

En conclusión, la habilitación a las fuerzas armadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 párrafo 3 de la LSA, para derribar directamente por las armas un avión que se esté utilizando contra la vida humana, no es compatible con el derecho a la vida recogido en el artículo 2 párrafo 2 inciso 1 LF en relación con la garantía de la dignidad humana del artículo 1 párr. 1 LF, al resultar afectadas personas inocentes a bordo del avión.

Las medidas de actuación admitidas de acuerdo con la sentencia, y que rigen los principios para su elección, se concretan en los artículos 14 y 15 de la LSA. De acuerdo con el artículo 15 párrafo 1 de la LSA, las medidas a emplear para evitar la producción de un accidente especialmente grave en el sentido del artículo 14 párrafos 1 y 3 de la LSA sólo pueden adoptarse cuando el avión del que procede el peligro de tal accidente es antes controlado por las fuerzas armadas en el espacio aéreo y se ha intentado sin éxito advertirle y hacer que cambie de dirección. Si se cumple este presupuesto, las fuerzas armadas, de acuerdo con el artículo 14 párr. 1 de la LSA, pueden obligar al avión a que cambie de dirección en el espacio aéreo, obligarle a aterrizar, amenazar con el uso de armas o realizar disparos de advertencia.

Para la elección entre estas medidas rige el principio de proporcionalidad; sólo cuando con ellas no se puede evitar la producción de un accidente especialmente grave, de acuerdo con el artículo 14 párrafo 3 de la LSA, se admite el uso de armas directamente contra el avión. Esto es aplicable, sin embargo, sólo cuando de acuerdo con las circunstancias se ha de partir de que *el avión será empleado contra la vida humana, y el uso de armas directamente contra el avión es el único medio para evitar el peligro actual*.

El proceder argumental del Tribunal Constitucional Federal Alemán comienza con una delimitación del *objeto y del contenido del derecho a la vida* del artículo 2.2 LF. Pone de relieve una importante cuestión: la expectativa vital encuadrable en el objeto y en el contenido –subjetivo– del derecho a la vida se reconoce a todo ser humano, independientemente de sus cualidades, de su situación física o psíquica, de sus capacidades y de su

estatus social.

Sin embargo, la sentencia deja claro que éste no es el único contenido obligatorio que se deriva del enunciado iusfundamental del art. 2.2 LF para el Estado. El derecho a la vida, a través de su dimensión objetiva derivada exige de aquél, una obligación positiva de protección del ámbito vital de sus titulares frente al ataque o injerencia por parte de terceros, en concreto, de la tripulación y de los pasajeros que viajan en la aeronave frente a los que operan como suicidas. Esta obligación de protección se salda para el Tribunal, en la prohibición incondicional de que el Estado ponga en duda con su actuación el *status* de las personas como sujetos de los derechos fundamentales, coincidiendo en ese sentido con las opiniones doctrinales existentes antes de la redacción de la LSA.¹³⁵³

Por lo cual, es claro que el único supuesto en el que se puede entender que existe el uso legítimo de la fuerza, para permitir el derribo del avión, es únicamente cuando, *de acuerdo con las circunstancias del caso, se pueda comprobar de una manera fehaciente que en la aeronave se encuentran sólo los terroristas suicidas.*

6. EL DERECHO A LA VIDA Y LA DIGNIDAD HUMANA ¿PUEDEN SER PONDERADOS?

En el caso en cuestión, el Tribunal alemán afirma que tanto la tripulación como los pasajeros -que se encuentran en una situación sin salida- *se han convertido en objeto tanto de los terroristas como de la acción del Estado a través de la regulación establecida en el artículo 14.3 de la LSA.* El utilizar su muerte como un medio incluso para la finalidad de que otros titulares del derecho a la vida se salven -la población civil- niega el derecho a la vida de los inocentes que tripulan la nave. Esta consecuencia, para el Tribunal Constitucional, es prácticamente inevitable; ya que no cabe esperar al momento de ejecutar la medida encomendada por el artículo 14.3 de la LSA, para que pueda valorarse siempre correctamente la situación fáctica creada, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes para decidir en determinado sentido.

Derivado de un análisis teórico, se puede observar que el TCFA, aplica la regla anteriormente fijada y presentada como consecuencia de *un criterio de delimitación de los derechos fundamentales: que el derecho a la vida de todos y de cada uno de sus titulares ha de ser respetado incondicionalmente, al margen de las circunstancias presentes en el caso.* Sin embargo, la ausencia en el presente razonamiento del elemento de la vida de los terroristas deja entrever ya el resultado al que llega posteriormente el Tribunal Alemán, cuando formula la hipótesis del caso en que la aeronave estuviese pilotada exclusivamente por terroristas y, por tanto, sin la tripulación y sin pasajeros.

¹³⁵³ *Ibidem*, p. 887.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional afirma que en este caso concreto, los terroristas que atacan de forma antijurídica la vida de terceras personas *no se colocan como mero objeto de la actuación estatal, sino en calidad de sujeto*; se corresponde precisamente con la posición subjetiva del atacante que se le imputen las consecuencias de la conducta que ha de adoptar y se le haga responsable por los hechos que ha puesto en marcha.

En definitiva, se entiende que los autores han causado la necesidad del ataque estatal, pudiendo evitar dicho ataque apartándose de la realización de su plan directivo. Por el contrario, la población civil no se encuentra en la situación de evitar el resultado incompatible con su derecho a la vida. Por ese motivo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán entiende que con un ataque defensivo no se perjudica a los terroristas en su derecho a la dignidad humana y a la vida que a ellos, en teoría, les corresponde. En este punto, la normativa del artículo 14.3 de LSA se acomoda a dicha situación fáctica, en tanto que *la violencia legítima para repeler la agresión se emplea sólo frente a los suicidas que pilotan la aeronave*.

El Tribunal constitucional alemán viene a confirmar en este supuesto concreto que sólo resulta viable decantarse por la protección de una “clase” de vidas, a lo cual parece compatibilizarse más con una técnica de ponderación que con la de delimitación de los derechos fundamentales en comento. La justificación de la constitucionalidad de esta solución que emplea el Tribunal, lo hace con arreglo a las exigencias del principio de proporcionalidad.

El desglose del principio de proporcionalidad ya lo dilucidamos a través de sus tres subprincipios, sin embargo es necesario resaltar que cuando el Tribunal alemán refiere a que la medida relacionada con el ataque a una aeronave resulta *idónea* para la consecución de la protección del derecho a la vida de los inocentes –bien sea de la tripulación, de los pasajeros o de la población civil en general-, se surte *siempre y cuando, de acuerdo con las circunstancias del caso, se pueda comprobar de una manera fehaciente que en la aeronave se encuentran sólo los terroristas suicidas*.

De igual forma resulta una medida *necesaria*, al advertir que dentro de las posibles determinaciones no es razonable ningún otro medio de igual eficacia que no perjudique de forma menos gravosa el derecho a la vida de los terroristas; y finalmente la *proporcionalidad en sentido estricto*, la acción justificada en contra de los terroristas únicamente, es una medida menos dañina que el resultado de la comisión del atentado en contra la población.

Con la sentencia emitida por el Tribunal alemán se puede advertir con claridad los límites al concepto de *dignidad humana* como hermenéutica de comparación, en relación con los ataques graves a la seguridad nacional. La situación de riesgo de perder la vida, tanto de la tripulación como los pasajeros ante una situación sin salida, resulta violatoria del principio de dignidad humana en el caso de la regulación establecida por el artículo 14.3 de la LSA. *En efecto, dicha regulación convierte en objeto tanto a la tripulación como a los pasajeros, en manos de los terroristas como de la acción*

del Estado.

La posibilidad de resultar muertos los pasajeros y la tripulación, a manos de los terroristas, con base en una ponderación desproporcional, en busca de permitir un daño por un bien mayor, que es proteger a la población en general, niega el derecho a la vida de los inocentes. La regulación del artículo en cita, es sin duda una consecuencia inevitable cuando se pone a los inocentes como un medio para lograr un fin; los inocentes son un medio que se interpone entre la acción de los terroristas y la población civil, para lograr la finalidad de terminar con la amenaza que representa la utilización de una aeronave como proyectil humano.

Por lo anterior, es claro que para el Tribunal la medida resulta *idónea* para la consecución de la protección del derecho a la vida de los inocentes, *siempre y cuando la aeronave se encuentra tripulada sólo por los terroristas suicidas*. Sin embargo caemos nuevamente en el conflictivismo si aceptamos que bajo el criterio de la ponderación del TCFA, le confiere un *mayor peso a la vida de la población civil que a la vida de los terroristas*.

En este sentido, no cabría decir dicha afirmación bajo la hermenéutica jurídica, pues para la concreción de un elemento indisponible como lo es la dignidad humana, ésta no puede bajar al nivel de las ponderaciones entre derechos como lo realiza dicho Tribunal Constitucional para asignarle mayor peso o importancia a la vida de unas personas que a otras.

Si bien es cierto, bajo la hermenéutica resulta *idónea* la medida de derribar la aeronave cuando *se pueda comprobar de una manera fehaciente que en la aeronave se encuentran sólo los terroristas suicidas*, sin embargo, las razones que argumentamos son distintas del conflictivismo.

Para la hermenéutica la vida tanto de las personas inocentes, como de los terroristas, reside en su dignidad, y por ende constituye un valor esencial e incommensurable; no se puede medir qué vida vale más y que vida vale menos. Existen cuestiones del comportamiento humano que no se pueden reducir a reglas de conducta como lo es la legítima defensa que plantea el caso, y si bien podemos afirmar, que resulta lícito repeler una agresión inminente de los terroristas, también es cierto que no se puede afirmar válidamente que las vidas de los inocentes sea de mayor valor.

Sin embargo, a través del criterio de la ponderación, el TCFA, acaba atribuyendo un *mayor peso a la vida de la población civil que a la vida de los terroristas*. Lo cual contravienen los presupuestos inicialmente presentados, en cuanto a que afirmaba el respeto al derecho a la vida como incondicional y, además se reconoce a cualquier ser humano como tal, independientemente de sus cualidades, de su situación física o psíquica, de sus capacidades y de su estatus social.

Contrario a una ponderación conflictivista de atribuirle mayor importancia a la vida de los inocentes, en el caso se plantea un problema de legítima defensa de manera proporcional a la agresión. En este sentido es razonable que los propios terroristas se están poniendo en una situación de objeto, pues cuando utilizan el avión como *arma kamikaze*, *la aeronave se convierte en una especie de "prótesis" de los terroristas que extienden su*

capacidad física de amenazar o causar daño a la población y lograr que el estado agredido tome las determinaciones exigidas por los terroristas.

Es decir, cuando el avión se encuentra tripulado únicamente por terroristas, es lícito derribarlo, pues equivale a realizar un acto de legítima defensa como excluyente de responsabilidad, cuyo tema se encuentra muy desarrollado por la doctrina del derecho penal y de manera análoga resulta aplicable, en lo particular en las condiciones por las cuales sea legítimo el repeler esa agresión.¹³⁵⁴

Así pues, los terroristas al no respetar su propia vida, ellos mismos se colocan en calidad de objetos. En este caso el objeto de la agresión representado por un proyectil humano, lo cual no significa que ellos mismos se quitan su dignidad y por ello en la ponderación de principios, su derecho a la vida tenga que ser cedido por la mayor importancia de la vida y la dignidad de los inocentes.

En este sentido, *el elemento fáctico de repeler una agresión inminente que pone en peligro la vida de personas inocentes, resulta lícito contrarrestar de manera proporcional dicha amenaza.* La vida de los terroristas en este caso es inconmensurable, sin embargo, la amenaza inminente hacia personas inocentes, hace que resulte lícito desde un punto de vista razonable, la acción moral de proteger la propia vida o la de terceras personas; sin

¹³⁵⁴ Como ejemplo señalamos lo que el Código Penal Federal mexicano establece, como excluyente de responsabilidad del delito cuando existe legítima defensa. En su artículo 15 fracción IV, en lo que aquí interesa dice:

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando: (...) **IV.-** Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.”

Del precepto legal invocado, se puede advertir que los requisitos que la norma exige para que se actualice o configure la legítima defensa son: a) una agresión, la cual debe ser real (porque si es imaginaria, entonces podría constituir un error de prohibición que también es una causa de exclusión del delito, pero porque se anula otro elemento del delito esencial, que se denomina “culpabilidad”); debe ser actual, es decir que la repulsa se comitante a la agresión, porque si es futura o una vez que pasó, entonces es delito; b) la agresión debe ser sin derecho (es decir ilegítima, porque si la agresión es lícita la legítima defensa no se da, por ejemplo, la detención de una persona por una orden de aprehensión girada por un juez o el embargo de bienes por orden judicial o de alguna autoridad); c) que la agresión recaiga en bienes jurídicos propios o ajenos (la salud o integridad física propia o ajena, el patrimonio propio o ajeno, etc.); d) que exista la necesidad de la defensa, porque si la agresión se puede evitar por otros medios, la legítima defensa no se da (no salir de la casa cuando alguien agrede o llamar a la policía. Es decir, debe ser el último recurso); e) debe existir racionalidad y proporcionalidad en los medios empleados, no se puede utilizar una ametralladora o una escopeta para defenderse de un sujeto que agrede a mano limpia; y, f) que no medie provocación dolosa por el agredido o por la persona a quien se defiende.

Por señalar una obra muy emparentada con la filosofía del derecho que analiza la fundamentación de la legítima defensa y su estudio sistemático Véase NINO, Carlos Santiago, *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*, 1a reimp, Astrea, Buenos Aires, 1982.

que al mismo tiempo resulte moral acabar con la vida de los terroristas, sino que dicha situación desde el punto de vista jurídico no se puede imputar la ilicitud por salvar la propia vida. Es decir, si bien es cierto es inconmensurable la vida de los terroristas, resulta razonable que el Estado se encuentre obligado a repeler una agresión dirigida a la población civil, sin que resulten afectados tripulantes y pasajeros inocentes.

Una acción puede ser inmoral, y al mismo tiempo lícita, desde el punto de vista jurídico; pues el derecho acepta un mínimo de moralidad, al considerar que hay situaciones que escapan de la imputación objetiva del derecho, como el caso de la legítima defensa que atiende más a circunstancias de tipo fáctico de carácter extraordinarias, que de situaciones de la vida cotidiana.

Por lo tanto, los terroristas se convierten en una amenaza a la población civil, y considerando que la aeronave no se encuentra tripulada por personas inocentes, es claro que la intencionalidad de los terroristas, es de “utilizarse”, ellos mismos, como *arma humana*; “degradan” su propia dignidad en objeto, pues son los mismos terroristas los que transforman al avión en una *extensión de su personalidad*, en un grave peligro para la población civil, y en consecuencia, resulta proporcional y razonablemente justificado la acción del Estado de derribar la aeronave tripulada exclusivamente por los atacantes.

En suma, la vida y la dignidad humana, son bienes inconmensurables que no pueden ser objeto de ponderación, y el hecho de aceptar la posibilidad de repeler una agresión perpetrada por terroristas que de forma exclusiva tripulan un avión, no quiere decir que derribar el avión en el que viajan, no deja de ser una acción inmoral; pues privar de la vida a una persona no es, en sí misma, una acción buena. Sino que el hecho de llevar a cabo una defensa legítima de la propia vida, torna inconmensurable jurídicamente y legítima, la acción de repeler la agresión de forma proporcional, pues su finalidad es la de preservar el mismo bien humano que se defiende con la agresión: la vida humana.

CONCLUSIONES

1. El método conflictivista.

A) Plantea que se pueden concebir a los derechos como principios tendencialmente contradictorios, por lo cual queda latente la posibilidad de que un derecho incompatible colisione con otro de manera natural por el hecho del pluralismo, considerando que por la importancia de un derecho, deba ceder ante el otro que se le contraponga o en su caso salga restringido.

B) Bajo tal paradigma es menester tomar en consideración las condiciones relevantes del caso en concreto, lo que implica que un derecho pri-

me sobre otro, en cuya injerencia deba considerarse de menor relevancia el derecho intervenido.

2. *Los casos para la ponderación: Lüth, Titanic, Riggs Vs Palmer Y Henningsen Vs Bloomfield Motors.*

1. *Los casos Lüth y Titanic en Robert Alexy*

1) *El caso Lüth.* Dicha jurisprudencia, estableció un paradigma fundamental en la justicia constitucional actual: cada juez debe tener en cuenta, en cada decisión, los derechos fundamentales. La sentencia del caso *Lüth* enlaza tres ideas fundamentales que han marcado al derecho constitucional alemán:

a) *Orden de valores objetivos.* La garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa (*Abwehrrecht*) del ciudadano frente al Estado: los derechos fundamentales encarnan, como dice el Tribunal Constitucional Federal, “también un *orden de valores objetivos (objektive Wertordnung)*”.

b) *El efecto irradiación de los derechos fundamentales.* Los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, “para todos los ámbitos del derecho”. Esto lleva a un “efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos.

c) La estructura de los valores y los principios son tendencialmente contradictorios; dicho conflicto sólo puede resolverse por *ponderación*.

B) Desde la perspectiva hermenéutica, se desprenden diversos elementos importantes:

a) La ponderación es sin lugar a dudas una teoría amplia, comprensiva y holística que busque adecuar los contenidos normativos de los derechos fundamentales a partir de una operación racional más compleja que el método de la subsunción.

b) La metodología jurídica monológica de la subsunción no suple a la ponderación, *efectuando dos subsunciones aisladas*, sino que al modo del círculo hermenéutico, la ponderación es un *ir y venir en la mirada de los principios en conflicto*, para obtener la mejor respuesta que dilucide el caso constitucional.

c) En analogía al principio de interpretación *pro homine*, la ponderación busca aquella interpretación que sea menos restrictiva a las libertades de la persona, así como aquella que reporta un mayor beneficio en cuanto al respeto, protección y expansión de sus derechos, sin descuidar el respeto de la dignidad humana.

2) *El caso Titanic.*

A) Atendiendo a la bifurcación normativa entre reglas y principios, éste es un ejemplo de la ponderación de principios, en el que se aplican las normas constitucionales con su consecuente densidad normativa material.

B) Robert Alexy trata el caso paradigmático (*leading case*) en el que se presenta la clásica colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, en el cual se pueden advertir las siguientes conclusiones:

a) La intervención en la libertad de expresión resultaba desproporcionada en relación con la conducta de haber llamado al oficial de la reserva “asesino nato”, la cual no podía sancionarse con una indemnización, pues en este caso la afectación del derecho al honor debe serle atribuida en todo caso, una intensidad media, e incluso tal vez sólo una intensidad leve.

b) En el asunto debía imperar un parámetro distinto en lo concerniente al apelativo de “tullido”. Este apelativo –en concepto del referido Tribunal Constitucional– vulnera “gravemente el derecho al honor”; el llamar “tullido” a una persona con una minusvalía grave, en la actualidad se entiende como “una humillación” y expresa una “falta de respeto”.

c) La escala triádica (grave, media y leve) bajo la cual Alexy aplica la aritmética de la ponderación, pone de relieve el tipo de afectación a los derechos fundamentales, como en el caso, al derecho al honor y a la libertad de expresión; es posible operar con las escalas de rangos de intensidad, que establecen límites dentro de la estructura de la ponderación, si bien no son inmóviles y arbitrarias, sí son fijas y claras.

C) Para la hermenéutica dicho caso debe tenerse en cuenta una valoración objetiva del método conflictivista, para apreciar con claridad que en la interpretación de las normas iusfundamentales, un derecho cede ante otro, sólo si se justifica de manera racional a través del método de la ponderación y la hermenéutica del principio de proporcionalidad.

D) Si bien es cierto, que en los conflictos entre derechos existen ciertos tipos de *jerarquía móvil*, se hace constar la existencia de “derechos preferentes” del Estado de derecho liberal, como la libertad de expresión.

E) El problema en el método de la ponderación en cuanto a la racionalidad de sus determinaciones, así como en la restricción injustificada de un derecho frente a otro, se advierte de la determinación objetiva de porque en el caso específico de haberle llamado “tullido”, excede por mucho el derecho a la libertad de expresión y no por haberle llamado “asesino nato”

F) Los orígenes de la doctrina conflictivista no está exenta de paradojas y aporías: Alexy y Habermas difieren en algo tan esencial, como lo es la ponderación para interpretar las normas de derecho fundamental.

G) El esfuerzo racional de atemperar las condiciones de aplicación de los principios, atendiendo a las cualidades de relevancia para definir cuando un derecho se excede de su alcance y el peso específico en el caso concreto es de mayor relevancia; constituye una teoría aceptable, digna de elogiarse en cuanto a su pretensión fuerte de racionalidad desde la dimensión práctica del obrar humano.

H) La ponderación en Robert Alexy, no es una fórmula matemática para deducir respuestas correctas de forma exacta; constituye un esfuerzo racional aceptable para no dejar en la discrecionalidad o la irracionalidad del intérprete, las opciones interpretativas y argumentativas al momento de subsumir un norma iusfundamental.

I) Con apoyo en Carlos Bernal Pulido afirmamos que la ponderación no se puede llevar al extremo, de pedirle una *hiperracionalidad* al operador jurídico, de tal manera que se pretendan extraer de sus resultados lógicos, respuestas exactas o la única respuesta correcta.

J) Resulta cuestionable la teoría de los *derechos preferentes*, fijando para ello *reglas de precedencia condicionada*; para la hermenéutica dichas reglas, jamás prevalecerán sobre la indisponibilidad del derecho en cuanto que constituyen verdades y juicios de valor a los que llega el operador jurídico en el mismo acto de ponderar; el razonamiento de carácter prudencial que realiza en cada caso de forma indita, descubre la decisión racionalmente fundamentada en los bienes humanos que protege y no solamente en determinaciones prefijadas por reglas.

2) *Los casos Riggs vs Palmer y Henningsen vs Bloomfield Motors en Ronald Dworkin.*

1. *El caso Riggs vs Palmer.*

A) Es un caso paradigmático para apreciar que no obstante que el legislador no establezca todos los supuestos en los cuales un heredero quede excluido de la herencia, la justicia y los principios de moralidad y de equidad deben de imperar.

B) Los principios se vuelven netamente operativos, en el momento en el que la ley no establece o no regula un caso que *debía regular*, ante la notoria incongruencia de que sea el mismo autor de un delito el que sea beneficiado de sus actos: la muerte de su abuelo -el autor del testamento-, fue provocada por el ahora sucesor de la herencia.

C) Los principios jurídicos entran en operación, cuando sin existir una hipótesis de hecho, la razón práctica a la que obedecen los actos humanos sujetos a valoración moral, se actualizan en el caso concreto al sentenciar que “nadie puede aprovecharse de su propio ilícito”.

2. *El caso Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*

A) El principio que formula como *regla concreta de deber ser* que se deriva de la ponderación es que *el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus automóviles*; enuncia la obligación de los fabricantes de autos de apegarse a *estándares más elevados de seguridad*, que bajo otro tipo de contratos o mercancias.

B) La restricción a la libertad de contratación tiene una justificación clara y se orienta en función del juicio prudencial, de que el automóvil juega un papel fundamental en el mundo de la vida moderna, tanto en su aspecto económico, social o cultural o de cualquier otra índole.

C) La seguridad del automóvil adquiere en el mundo moderno una importancia trascendente, que implica una “obligación especial” de cuidar de los intereses, la vida y seguridad de los consumidores, sin que dicha obligación sea renunciable o gire en torno al libre juego de la oferta y la de-

manda.

D) Los parámetros de la utilidad económica no se pueden quedar a la voluntad de las partes, y menos aún, la afectación a la vida, salud e integridad física de las personas no puede quedar reducida a un análisis económico del daño que les ocasiona, estableciendo premeditadamente el respectivo pago de indemnizaciones.

E) El principio vulnerado en este aspecto, es el principio de dignidad humana, pues *no se puede considerar en términos utilitaristas permitir que una persona reciba un daño en su salud o poner en peligro su vida, considerando que será un costo menor las compensaciones que reciban por esos daños que la reparación de todos los vehículos con defectos o fallas mecánicas.*

3. Los casos de la ponderación: juicios concretos de deber ser desde el razonamiento práctico.

A) Dworkin es un hermeneuta de cepa, pues sabe apreciar que el derecho es netamente una función interpretativa, que escapa de un sistema jurídico perfecto ausente de lagunas y antinomias; los principios orientan al operador jurídico a que busque la mejor respuesta a través del razonamiento práctico, sin presuponer que el derecho positivo tenga todas las respuestas.

B) En ese mismo sentido Robert Alexy afirma que la ciencia del derecho tal y como es cultivada en la actualidad, es ante todo una disciplina de carácter práctica, en virtud de que las preguntas que se formulan se reduce a una que constituye la piedra angular del sistema de derechos fundamentales: *¿Qué es lo debido en los casos reales o imaginarios?*

C) Si bien es cierto, la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente la ciencia del derecho y que los enunciados y teorías expuestas en ella, por más abstractos que puedan ser, siempre serán referidos a la solución de casos, es decir, a la *fundamentación de juicios concretos de deber ser.*

D) Tanto Alexy como Dworkin reflejan la naturaleza del juicio de razón práctica en el que se centra la argumentación jurídica de carácter prudencial: en la ponderación de principios *no existe una medición exacta*; sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, el juicio de *deber ser* al que apelan los principios siempre deberá planearse la pregunta respecto de la importancia o qué peso tiene el principio sujeto a ponderación en el caso concreto.

E) Ni todas las normas iusfundamentales son reglas o principios de forma excluyente, sino que la ponderación no se puede reducir a la subsunción sistemática en la aplicación de las normas de derechos fundamental; sin apreciar las razones de peso que inciden en el *juicio de razón práctica que se deduce de la misma ponderación, esto es, razonamientos claros y precisos que se traducen en conductas de deber ser desde una perspectiva hermenéutica.*

F) En el caso *Lüth* que comenta Alexy, un tribunal no puede llevar a cabo subsunciones aisladas entre derechos fundamentales, lo que impide la apreciación que se deduce del razonamiento práctico, para advertir si se llevan a cabo restricciones no justificadas en el ejercicio de un derecho desde el aspecto no conflictivista de la ponderación; *una correcta analogía de bienes humanos y derechos para su eficacia conjunta*.

G) En *Riggs vs Palmer*, Dworkin deja de manifiesto que el derecho no es un sistema de reglas ni perfecto ni completo. Los principios entran en juego cuando se constatan la existencia de antinomias y lagunas, es necesario hacerlos hablar, para descubrir la mejor respuesta que debe de del razonamiento práctico y prudencial; en el caso particular, *suplir una laguna legal, con un principio constitucional: nadie puede ser beneficiado con su propio delito*.

4. El principio de proporcionalidad.

A) Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad se encuentra formulado bajo las coordenadas del conflictivismo, es necesario dejar patente que el principal objetivo de Alexy es demostrar que la hermenéutica del principio de proporcionalidad se aleja bastante de las posturas positivistas, de que la ponderación de los derechos es un proceso de carácter intuitivo, voluntarista, decisionista o en todo caso irracional, para restarle fundamento justificatorio al momento de emitir la decisión en la que se valoran principios de derecho fundamental.

C) Para Alexy, la ponderación se concibe como un proceso completamente racional, no sólo por lo que respecta a sus dimensiones conceptuales o metodológicas, en virtud de la creación de reglas generales de derecho fundamental adscriptas, sino también en lo que respecta a la corrección axiológica de sus resultados.

D) Es necesario dejar en claro que Alexy considera que la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión; el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

E) Al igual que la ponderación, el principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas; pero sí está diseñado para alcanzar una racionalidad plausible, en caso de colisión entre principios constitucionales desde distintas *pautas hermenéuticas*:

a) Colabora para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas.

b) Es el mejor método que existe, hasta el día de hoy, y que ha sido diseñado constitucionalmente para interpretar y argumentar los principios constitucionales.

c) Proporciona pautas objetivas y precisas para calificar la justificación

de la intervención legislativa en algún derecho fundamental, mediante el examen de los aspectos relativos a los tres subprincipios que lo componen según la doctrina y la práctica constitucionales más divulgadas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

d) Aunque no es una fórmula matemática, en el que se deban de cumplir un análisis ordenado y sucesivo de todos los subprincipios, el juzgador debe realizar un *examen de cada uno de ellos*, pues basta que repruebe alguno para tenerla por desproporcionada y por consiguiente ilegítima; *sobre todo cuando la medida legislativa o acto del poder público subyace una intervención o una restricción a un derecho fundamental, con mayor razón cuando dicha restricción o intervención resulta sospechosa en razón de cuestiones discriminatorias.*

F) *El principio de proporcionalidad es la hermenéutica de motivación y justificación de las sentencias constitucionales, a través de la cual se realiza un test de razonabilidad de las restricciones a los derechos fundamentales en leyes o actos del poder público, se dirimen conflictos entre derechos o se establecen categorías legislativas que distinguen entre personas o situaciones; para lo cual se analiza su constitucionalidad a la luz de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.*

1) *El subprincipio de adecuación o idoneidad:* toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Del principio de mérito se puede derivar una doble exigencia:

a) que el fin que se persigue con la medida restrictiva o limitativa del derecho, sea *constitucionalmente legítimo*, y

b) que la medida sea *adecuada o idónea* para la obtención o consecución de dicho fin.

2) *El subprincipio de necesidad:* toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

3) *El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:* determinar si el grado de satisfacción del derecho o bien constitucionalmente protegido que ha prevalecido, compensa la lesión o menoscabo del otro bien o derecho.

F) Para la hermenéutica jurídica, es fundamental poner en perspectiva la importancia racional que Alexy asigna al método de la ponderación, y sobre todo, al principio de proporcionalidad en sentido estricto, que es cuando se advierte la justificación de dicho método a través de la *fórmula del peso*.

G) La finalidad de Alexy es demostrar que dicha estructura elemental muestra lo que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación:

a) Le hace falta criterios racionales, se lleva a cabo de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado (Habermas)

b) Prevalece la subjetividad del juez y las operaciones de valoración sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo (Shlink)

H) De importancia fundamental para la hermenéutica, el “caso tipo” que Alexy ha desarrollado en diversos escritos para analizar el método de la ponderación, en lo particular el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para lo cual realiza

a) El *estudio normativo* se ocupa del lugar que los derechos fundamentales en conflicto y el nivel que sus respectivos bienes tutelados tienen en el ordenamiento, para analizar su importancia o fundamentalidad y los niveles de intensidad en que se restringen.

b) En el *estudio empírico* lo que importa es medir, por una parte, la intensidad de la intervención en concreto, que puede ser leve, media o grave; empleando para tal efecto las variables de eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la medida, tomando en cuenta los conocimientos de la ciencia o la técnica, el sentido común y la racionalidad general.

5. *El principio de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional Federal Alemán: Ley de Seguridad Aérea de 2005.*

A) En la sentencia se realiza la técnica de la ponderación, cuando argumenta la protección de la vida de los inocentes que abordan el avión, que es utilizado por terroristas para causar de igual forma la privación de vidas en la población civil. El aval de la constitucionalidad de esta solución se justifica por el Tribunal Constitucional Federal Alemán con arreglo a las exigencias del principio de proporcionalidad:

a) En primer lugar el Tribunal entiende la medida legislativa destinada a tutelar un *fin constitucionalmente lícito*, como es derecho de la vida humana que, en la Ley Fundamental constituye su valor superior.

b) En segundo lugar, la medida se presenta como *idónea* para la consecución de tal finalidad, *siempre y cuando, de acuerdo con las circunstancias del caso, se pueda comprobar de una manera fehaciente que en la aeronave se encuentran sólo los terroristas suicidas.*

c) También, en tercer lugar, la medida aparece como *necesaria*, ya que no resulta pensable ningún otro medio de igual eficacia que no perjudique de forma menos gravosa el derecho a la vida de los terroristas.

d) En cuarto lugar, la medida satisface la *proporcionalidad en sentido estricto*, ya que la ejecución de la acción se presenta como una medida menos dañina que el resultado de la comisión del atentado por parte de los terroristas contra la población.

e) A través del criterio de la ponderación, el TCFA, acaba atribuyendo un *mayor peso a la vida de la población civil que a la vida de los terroristas.*

B) El caso resulta problemático a la luz del estudio hermenéutico que formulamos, pues lo que parece contravenir los presupuestos inicialmente

presentados por el Tribunal, considerando que el respeto al derecho a la vida es incondicional y, además se reconoce a cualquier ser humano como tal, independientemente de sus cualidades, de su situación física o psíquica, de sus capacidades y de su estatus social.

A) El Tribunal alemán afirma que tanto la tripulación como los pasajeros -que se encuentran en una situación sin salida- *se han convertido en objeto tanto de los terroristas como de la acción del Estado a través de la regulación establecida en el artículo 14.3 de la LSA.*

B) El utilizar su muerte como un medio incluso para la finalidad de que otros titulares del derecho a la vida se salven -la población civil- niega el derecho a la vida de los inocentes que tripulan la nave, lo que es una consecuencia inevitable, pues al momento de ejecutar la medida encomendada por el artículo 14.3 de la LSA, no es posible valorar siempre correctamente la situación fáctica creada, teniendo en cuenta todas las circunstancias en un caso de extrema urgencia como el planteado.

6. El derecho a la vida y la dignidad humana: ¿Pueden ser ponderados?

A) Derivado del punto anterior el TCFA aplica *un criterio de delimitación de los derechos fundamentales: que el derecho a la vida de todos y de cada uno de sus titulares ha de ser respetado incondicionalmente, al margen de las circunstancias presentes en el caso.*

B) Con la sentencia emitida por el TCFA se puede advertir con claridad los límites al derecho de la vida humana así como al concepto de dignidad humana, en relación con los ataques graves a la seguridad nacional.

C) La situación de riesgo de perder la vida, tanto de la tripulación como los pasajeros ante una situación sin salida, resulta violatoria del principio de dignidad humana en el caso de la regulación establecida por el artículo 14.3 de la LSA; *convierte en objeto tanto a la tripulación como a los pasajeros, en manos de los terroristas como de la acción del Estado.*

D) Los inocentes (tripulación y pasajeros) se convertirían en un medio que se interpone entre la acción de los terroristas y la población civil, para lograr la finalidad de terminar con la amenaza que representa la utilización de una aeronave como proyectil humano.

E) En ese caso, solamente la medida resulta *idónea* para la consecución de la protección del derecho a la vida de los inocentes, *siempre y cuando la aeronave se encuentra tripulada sólo por los terroristas suicidas.*

F) Sin embargo caemos nuevamente en el conflictivismo si le conferimos un *mayor peso a la vida de la población civil que a la vida de los terroristas*; no cabría decir dicha afirmación bajo la hermenéutica jurídica, pues *para la concreción de un elemento indisponible como lo es la dignidad humana, ésta no puede bajar al nivel de las ponderaciones entre derechos para asignarle mayor peso o importancia a la vida de unas personas que a otras.*

G) Si bien es cierto que bajo la hermenéutica resulta *idónea* la medida de derribar la aeronave cuando *se pueda comprobar de una manera feh-*

ciente que en la aeronave se encuentran sólo los terroristas suicidas, los argumentos son distintos del conflictivismo; pues en el caso se plantea un problema de legítima defensa de manera proporcional a la agresión.

H) Es razonable señalar que los propios terroristas se están poniendo en una situación de objeto, pues cuando utilizan al avión como *arma kamikaze, la aeronave se convierte en una especie de "prótesis" de los terroristas que extiende su capacidad física de amenazar o causar daño a la población*; no significa que ellos mismos se quitan su dignidad sino que por el elemento fáctico, de repeler una agresión inminente que pone en peligro la vida de personas inocentes, resulta lícito y, razonable, contrarrestar de manera proporcional dicha amenaza.

I) Equivale a realizar un acto de legítima defensa como excluyente de responsabilidad, pues los terroristas al no respetar su propia vida se convierten en una amenaza para personas inocentes; pues es claro que la intencionalidad de los terroristas de utilizarse como *arma humana*.

J) Es en ese sentido degradan su propia dignidad humana en objeto; pues son los mismos terroristas los que transforman al avión en una *extensión de su personalidad*, en un grave peligro para la población civil, y en consecuencia, resulta proporcional y razonablemente justificada la acción del Estado de derribar la aeronave tripulada exclusivamente por los atacantes.

K) *Una acción puede ser inmoral, y al mismo tiempo lícita, desde el punto de vista jurídico; pues el derecho acepta un mínimo de moralidad, al considerar que hay situaciones que escapan de la imputación objetiva del derecho, como el caso de la legítima defensa que atiende más a circunstancias de tipo fáctico de carácter extraordinarias, que de situaciones de la vida cotidiana.*

CAPÍTULO DÉCIMO

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

SUMARIO: 1. El método armónico: entre limitación y delimitación de los derechos fundamentales: 1) ¿Conflictos conceptuales? 2) Jürgen Habermas vs Robert Alexy: A) Jürgen Habermas. B) Robert Alexy. 2. Conflictivismo y contenido esencial de los derechos fundamentales: Las posturas no-conflictivistas del contenido esencial: 1) Friedrich Müller. 2) Ignacio de Otto. 3) Antonio-Luis Martínez-Pujalte. 4) Andrés Ollero. 5) Pedro Serna y Fernando Toller. 6) Juan Cianciardo. 3. La armonización del contenido esencial desde la hermenéutica: el debate entre el positivismo metodológico y el derecho natural: 1) La naturaleza de los bienes humanos como libertad ajustada a la vida comunitaria. 2) Directrices hermenéuticas del contenido esencial. 3) Contenido esencial desde la ingeniería inversa (*reverse engineering*) del positivismo metodológico. 4. El concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales. 5. Objeto del contenido esencial de los derechos fundamentales: teoría objetiva y teoría subjetiva: 1) Teoría objetiva. 2) Teoría subjetiva. 6. Naturaleza del contenido esencial de los derechos fundamentales: teoría absoluta y teoría relativa: 1) Teoría absoluta. 2) Teoría relativa. 7. Hermenéutica y contenido esencial de los derechos fundamentales: 1) Teoría absoluta y teoría relativa desde la perspectiva hermenéutica: A) Teoría absoluta. B) Teoría relativa. 2) La combinación hermenéutica del contenido esencial y el principio de proporcionalidad.

El método armónico, propone una dialéctica entre limitación y delimitación de los derechos fundamentales. Según dicho modelo, los derechos no pueden colisionar, en tanto que, una correcta delimitación de los mismos desde el punto de vista conceptual pueda advertirse *ab initio*, que el ejercicio de un derecho, se encuentra amparado o no en el caso concreto.

Jürgen Habermas y Robert Alexy se enfrentan en cuanto al modelo de la ponderación. Para *Habermas* la ponderación se constituye *un orden transitivo entre los valores constitucionales*, algo que escapa a toda posibilidad de control racional y que convierte la tarea en discrecional y arbitraria y no como normas deontológicas. Mientras que para Alexy rechaza la concepción de los derechos como valores y los considera como principios, esto es *conceptos deontológicos*; estos señalan lo que es debido, en ellos se expresa claramente *el carácter de deber ser*, y por ende una interpretación más eficiente que los valores.

En el presente capítulo analizamos básicamente la dialéctica que existe entre el *conflictivismo y contenido esencial de los derechos fundamentales*. La doctrina ha señalado algunas estrategias argumentativas utilizadas por diversos autores para rechazar la concepción conflictivista y la ponderación: *comprensión inadecuada* de las normas constitucionales de derechos

fundamentales (Habermas); *la estructura o 'naturaleza' de los diversos tipos de derechos*, que imposibilitarían los conflictos (Ferrajoli); y finalmente *la falta de consciencia de los límites o fronteras* de cada derecho fundamental o bien constitucional implicado (De Otto, Jiménez Campo, y, con otros presupuestos, Martínez-Pujalte, Ollero, Cianciardo, Pedro Serna y Fernando Toller).

Al final la armonización del contenido esencial desde la hermenéutica, se origina dentro del debate entre el positivismo metodológico y el derecho natural. Por una lado *la naturaleza de los bienes humanos como libertad ajustada a la vida comunitaria* desde el *iusnaturalismo* con Juan Cianciardo, Pedro Serna y Fernando Toller y por otro lado *la ingeniería inversa (reverse engineering) del positivismo metodológico* de Martínez Zorrilla.

Al final, la *hermenéutica y contenido esencial de los derechos fundamentales*, cuestionan tanto a la teoría absoluta como a la relativa, pues no toman en consideración o bien no profundizan sobre la dimensión institucional de los derechos fundamentales; lo cual produce que se reduzca la función del contenido esencial a una teoría que sirva de parámetro sobre la constitucionalidad de las intervenciones legislativas limitadoras de los derechos fundamentales, como lo es el principio de proporcionalidad.

La conclusión más relevante para el presente capítulo es que el conflictivismo ignora la indisponibilidad hermenéutica del contenido esencial de los derechos como un parámetro objetivo de interpretación; el principio de proporcionalidad y sus tres sub principios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), deben partir de conceptos circunstanciados para la adecuada concreción de los elementos materiales de los bienes humanos que protegen las disposiciones de derecho fundamental.

1. EL MÉTODO ARMÓNICO: ENTRE LIMITACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1) ¿Conflictos conceptuales?

La *teoría armónica*, es la que propone que los derechos no pueden colisionar, en tanto que, una correcta delimitación de los mismos desde el punto de vista conceptual pueda advertirse *ab initio*, que el ejercicio de un derecho, se encuentra amparado o no en el caso concreto. Esto es, en la medida en la cual se tenga una concepción o conceptualización correcta de un derecho, se tiene claro el ámbito de aplicación adecuado de la norma y que por ende se dilucida el límite que abarca el derecho fundamental, apreciando que determinada cobertura constitucional de ese derecho se encuentra justificada, y por ende no puede colisionar con otro derecho.

En ese sentido se habla de una teoría que niega los postulados del conflictivismo, pues de reconocer que exista de forma latente y previo al conflicto una colisión de derechos, presupone que los derechos son contradictorios; pues no es necesario que se tenga que interferir en la esfera jurídica

de otro derecho sino buscar su realización de manera conjunta, dado que simple y sencillamente, la delimitación de los derechos.

En el momento que convergen en un mismo punto de intersección dos o más derechos, el contenido de los mismos debe ser analizado en el caso concreto y no a través del método de la ponderación en el que se presupone que un derecho necesariamente debe ceder frente a otro de mayor importancia.

Bajo el prisma *no conflictivista* se puede advertir cuáles de los dos derechos, prevalece en el caso en particular, no para anularlo, ni limitarlo, pues en realidad la *delimitación*¹³⁵⁵ no implica una restricción, en tanto que alguno de esos derechos no tiene la cobertura constitucional que se pretendía con su ejercicio desbordado. Lo anterior es de tal suerte que se advierte la necesidad de encontrar entre las normas *prima facie, aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes*.¹³⁵⁶

Por ende, pareciera que el debate entre conflictivistas y no conflictivistas es en realidad un conflicto meramente conceptual de cada derecho; bajo la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, el conflicto se actualiza en el momento en que se tocan sus esferas de protección como referencia externa a los mismos, o bien en su interior no alcanza la cobertura jurídica que su titular le pretende dar en relación a su contenido.

2) Jürgen Habermas vs Robert Alexy

El debate de la ponderación ha alcanzado una importancia fundamental en la doctrina jurídica contemporánea del Estado constitucional, a tal grado que los máximos representantes de la teoría discursiva del derecho, se han enfrentado en un auténtico debate contemporáneo sobre la interpretación más adecuada para las normas que contienen derechos fundamentales.

A) Jürgen Habermas

La teoría discursiva que inicialmente formula Habermas, es retomada

¹³⁵⁵ Limitar implica restringir, sin embargo delimitar refiere a que ese derecho llega hasta cierta cobertura, pues al traspasar su campo de ejercicio legítimo, ya no se trata de ese derecho que se pretende ejercer, sino un desbordamiento injustificado del mismo. Por lo cual, el contenido esencial de un derecho fundamental, es una de las formas no conflictivistas de considerar las colisiones entre principios.

¹³⁵⁶ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008, pp. 326 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 36 y ss. Para un análisis de la posición de Habermas en relación con la ponderación Véase MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 184-187.

por Robert Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*, pero con grandes diferencias en cuanto al método de solución de conflictos entre normas iusfundamentales; ni Habermas, ni Alexy conservan un mismo criterio de interpretación de los derechos fundamentales en cuanto a la ponderación.¹³⁵⁷

Alexy sostiene que la respuesta correcta a una filosofía moral plausible no es de carácter absoluto: “Este problema es esencialmente un problema de ponderación entre seguridad jurídica y corrección moral”¹³⁵⁸; aunado a la relación del derecho con la moral, la pretensión de corrección o justicia constituye la pieza clave para abatir las tesis positivistas.

Jürgen Habermas considera que la concepción conflictivista y la subsiguiente ponderación provienen de una *inadecuada comprensión de lo que son los derechos fundamentales*; concebir a los derechos fundamentales y su caracterización como valores, desde un enfoque teleológico, resulta de una concepción totalmente errada. Los derechos tendrían carácter deontológico y no teleológico; serían normas que ordenan ciertas conductas obligatorias y no que establecen ciertos fines deseables, *dejando en manos de los agentes la determinación de los medios adecuados para su consecución*.¹³⁵⁹

Los derechos fundamentales, como normas deontológicas, tendrían según Habermas, una estructura universal e incondicional. Como normas deontológicas sólo caben dos posibilidades: que sean válidas, y que por tanto surja el deber de aplicarlas en todo caso concreto, o que no lo sean y en consecuencia no se deba aplicar a ninguno.

Para Habermas recurrir a la ponderación, equivaldría a intentar construir *un orden transitivo entre los valores constitucionales*, algo que escapa a toda posibilidad de control racional y que convierte la tarea en discrecional y arbitraria. Al considerar a los derechos como valores y no como normas deontológicas, su aplicación jurisdiccional no debe llevarse a cabo mediante la ponderación, sino mediante otro método alternativo coherente con la naturaleza de dichas normas.¹³⁶⁰

Habermas coincidirá con Klaus Günther, en la formulación de la “teoría de la norma adecuada”¹³⁶¹, la cual consiste en: “hallar entre las normas

¹³⁵⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., 2008, pp. 110 y ss. Existen divergencias entre Alexy y Habermas, pues este último siempre ha rechazado la idea de la ponderación, por el modelo del discurso de aplicación -ideado por Klaus Günther-, en cuanto a la prevalencia de la idea de coherencia en el ordenamiento jurídico, pues al accionar el procedimiento ponderativo, se destruye la estructura deóntica de tales derechos. ATIENZA, Manuel, *Entrevista a Robert Alexy*, en *Doxa* núm. 24, Alicante, 2001, pp. 671-683.

¹³⁵⁸ ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trads. J.A. Seoane, E.R. Soderro y P. Rodríguez, ed. J.A. Seoane, 2ª ed. Ampliada, Comares, Granada, 2010, p. 30.

¹³⁵⁹ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 327 y ss.

¹³⁶⁰ *Idem*.

¹³⁶¹ Véase GÜNTHER, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa* 17-18, 1995, pp. 271-302.

aplicables *prima facie*, aquélla que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita en la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes”¹³⁶²

B) Robert Alexy

Para el conflictivismo la concepción de Habermas cuenta con algunas dificultades. La más contundente es que este autor centra su atención en la crítica de la concepción de los derechos como valores, algo que no parece ser ampliamente compartido por los autores que han analizado el problema. Robert Alexy difiere de dicha concepción, para quien los derechos fundamentales, en cuanto principios, son “mandatos de optimización”, esto es, “deberes que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.¹³⁶³

La interpretación del conflictivismo alexyano de Habermas resulta problemática, puesto que el propio Alexy rechaza la concepción de los derechos como valores y los considera precisamente como *conceptos deontológicos*.¹³⁶⁴

De manera expresa señala Alexy que el modelo de los principios y valores, se diferencian en cuanto al carácter deontológico de los primeros y del carácter axiológico de los segundos. Sin embargo, los principios hablan mejor el lenguaje del derecho, pues, estos señalan lo que es debido, es decir “el modelo de principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente *el carácter de deber ser*. A ello se agrega que el concepto de principio da lugar a menos interpretaciones deficientes que el de los valores.”¹³⁶⁵

Ahora bien, para efecto de dilucidar de forma previa a lo que a continuación analizaremos, es preciso advertir el tipo de solución que nos brinda el método de la ponderación no conflictivista, en el mismo caso hipotético del derecho al honor del funcionario público, contra el derecho a la información ante el presunto delito de desvío de recursos públicos; se aprecia que el derecho al honor *no alcanza a tener cobertura constitucional*, cuando las acciones que realiza contravienen al derecho.

Es decir, el derecho al honor de una persona –en este caso el funcionario-, no resulta ser *la norma más adecuada para su aplicación en el caso*

¹³⁶² HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 333. Las cursivas son nuestras.

¹³⁶³ ALEXY, Robert “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 66, 2002, pp. 13-64; ALEXY, Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, en *Ratio Iuris* vol. 16 n° 2, 2003, pp. 131-140; ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en CARBONELL, Miguel, *El canon neoconstitucional*, op. cit., pp. 109 y ss; MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., p. 185.

¹³⁶⁴ ALEXY, Robert, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, en *Ratio Iuris* vol. 16 n° 2, 2003, pp. 138 y ss.

¹³⁶⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 125-126. Las cursivas son nuestras.

concreto; la relevancia del derecho a la información cuando está de por medio el conocimiento de conductas que tienen que ver con la transparencia y la rendición de cuentas en el servicio público, así como en la persecución de delitos que tenga que ver con dicha función.

Por ende, la delimitación de prevalencia ante la acción delictiva del funcionario público, no goza de la cobertura conceptual y por ende de la delimitación armónica del derecho al honor y a la intimidad personal; cuando lo que está en entredicho, se encuentra dentro de la esfera conceptual del derecho a la información de la sociedad, ligado a la transparencia y a la rendición de cuentas en las funciones del servicio público.

2. CONFLICTIVISMO Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LAS POSTURAS NO-CONFLICTIVISTAS DEL CONTENIDO ESENCIAL

Ahora bien, ante la existencia de distintas concepciones de la ponderación, como el conflictivismo al que nos acabamos de referir, comparten un elemento común: en todos los casos se parte de una situación de conflicto o colisión entre principios. Es decir, de manera generalizada, se asume como algo normal la posibilidad de conflictos de nivel constitucional, y no sólo como posibilidad teórica, sino que se afirma que de hecho se producen dichos conflictos, razón por la cual entra en escena la ponderación y con ella la necesidad de su configuración teórica.

Sin embargo, resulta necesario hacer referencia, a la estrategia argumentativa, que *niega la existencia de conflictos entre principios*; pues considera, que toda situación de “conflicto” sería aparente, un *pseudoconflicto* que desaparece con un adecuado análisis de la situación. Ante dichos supuestos problemáticos, bajo la teoría armónica, habría a lo sumo una sola norma aplicable o “adecuada” para resolver la cuestión.

Por lo anterior, la ponderación se torna una práctica errada y perturbadora, o bien podría afirmarse, que su finalidad es más bien teórica o epistémica que práctica; en cuanto a que nos permite determinar mejor los contornos de cada precepto implicado y comprender por qué sólo uno de ellos es el verdaderamente relevante para el caso y por ende aplicable para resolverlo.

David Martínez, ha señalado algunas estrategias argumentativas utilizadas por diversos autores para rechazar la concepción conflictivista y la ponderación:

- a) Se trata de una *comprensión inadecuada* de las normas constitucionales de derechos fundamentales (Habermas);
- b) No se tiene en cuenta la *diferente estructura o ‘naturaleza’ de los diversos tipos de derechos*, que imposibilitarían los conflictos (Ferrajoli);
- c) Se trata de un problema generado por la *falta de consciencia de los límites o fronteras* (de la ‘delimitación’, como suele decirse) de cada derecho fundamental o bien constitucional implicado; en otras palabras, sobre qué abarca y qué deja fuera de cada derecho fundamental (De Otto, Jiménez

Campo, y, con otros presupuestos, Martínez-Pujalte, Ollero, Cianciardo, Pedro Serna y Fernando Toller).¹³⁶⁶

La tercera estrategia, resulta ser la más interesante para la hermenéutica, en cuanto al debate sustancial que se relaciona en cuanto a la delimitación de los derechos fundamentales.

Si bien es cierto que tiene importantes repercusiones en cuanto al método de la ponderación, dicho debate gira en torno a las facultades del legislador para regular el ejercicio de los derechos y libertades de los justiciables, respetando siempre su “contenido esencial”. Desde esta perspectiva, se discute hasta qué punto puede afectar el legislador al contenido de los distintos derechos, en atención a otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, y cuál es la interpretación adecuada de la cláusula del respeto del “contenido esencial”.¹³⁶⁷

1) Friedrich Müller

Los autores que defienden que el legislador no puede limitar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, suelen oponerse a la idea de que tales derechos y bienes, necesariamente deben entrar en conflicto para ser ponderados y resolver el problema. El argumento principal consiste en la distinción, que Müller¹³⁶⁸ hace entre los conceptos de “limitación” y “delimitación” de los derechos fundamentales:

a) La *limitación* de un derecho supone un sacrificio, recorte o constricción del conjunto de facultades que compone un derecho o libertad, o una reducción de sus condiciones de aplicación; en el sentido de limitar o recortar el conjunto de situaciones en las que el derecho es aplicable. Por lo cual, como suele decirse, es algo impuesto “desde fuera”;¹³⁶⁹

b) La *delimitación* consiste en precisar o determinar con exactitud los “contornos” o fronteras del derecho, poniendo de manifiesto de manera precisa sus condiciones de aplicación, el conjunto y alcance de las facultades que comprende el derecho en supuesta colisión con otro derecho. De esa forma, a través de la delimitación, realizada mediante una adecuada interpretación del texto normativo de la Constitución, es posible determinar qué “cae dentro” y qué “cae fuera” de cada derecho o libertad.¹³⁷⁰

¹³⁶⁶ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., p. 184.

¹³⁶⁷ *Ibidem*, p. 188.

¹³⁶⁸ MÜLLER, Friedrich (1990) (2ª ed.), *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot. David Martínez Zorrilla Universitat Pompeu Fabra, p. 444, cit. por *Ibidem*, p. 189.

¹³⁶⁹ *Idem*.

¹³⁷⁰ *Idem*.

2) Ignacio de Otto

Ignacio de Otto afirma en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales: “Estos límites necesarios que derivan de la propia naturaleza del derecho [...], son los contornos o fronteras del derecho o libertad que resultan de la propia norma constitucional que reconoce el derecho protegiendo jurídicamente una esfera de la realidad que menciona”¹³⁷¹

Según la versión armónica, los llamados casos de “conflicto”, no hay realmente una colisión; pues cuando se realiza un análisis exhaustivo del caso, muestra que en realidad alguna o algunas de las conductas o pretensiones caen fuera del ámbito o de los límites conceptuales del derecho alegado, con lo que no constituyen un auténtico ejercicio del derecho o libertad, y en consecuencia, tampoco gozan de protección constitucional. Lo contrario ocurre cuando cada una de las partes ejerce legítimamente sus derechos; no es necesario determinar cuál prevalece sobre el otro, pues basta con analizar los supuestos de ejercicio y de no-ejercicio de los derechos, sin llegar a injustificados e irracionales “sacrificios” a favor del derecho con “mayor peso”.

En ese orden de ideas, afirma De Otto cuando se alude a la protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos, porque *las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental*.¹³⁷²

La Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 2/1982, es un ejemplo de lo señalado por De Otto, como un caso de coacción realizada en el curso del ejercicio del derecho de reunión; pues ese derecho no comprende conceptualmente el derecho a ejercer coacciones sobre los demás; tal coacción no forma parte del derecho de reunión y penalizarla no es limitar este derecho. Por otra parte, la STC 91/1983, sobre la reunión de un sindicato de policía en el lugar y horario de trabajo, sostiene que la disposición sobre el espacio y tiempo no forma parte del derecho de reunión y, en consecuencia, limitarla no es limitar el derecho.¹³⁷³

En otros ejemplos, De Otto refiere al caso hipotético de una secta religiosa nudista. El cual no sería en realidad un caso de libertad religiosa, sino de manifestación externa de culto, que en el ordenamiento español está sometido al límite del orden público; que el matrimonio al que se refiere el art. 32.1 es monogámico, lo cual es obvio, en tanto que la poligamia no

¹³⁷¹ De OTTO, Ignacio “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en DE OTTO, Ignacio y MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 142.

¹³⁷² *Ibidem*, p. 137.

¹³⁷³ *Ibidem*, p. 137-138.

podría considerarse como limitación del derecho.¹³⁷⁴

Por lo anterior, se advierte en concepto de De Otto, la necesidad de sustituir la ponderación por una adecuada determinación de los límites de cada derecho que evite el conflicto a través del *contenido esencial de los derechos*.

3) Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Martínez-Pujalte afirma que “la *cuestión hermenéutica fundamental* que se plantea en relación con los derechos fundamentales es la determinación del ámbito jurídicamente protegido por cada derecho. Así pues, los derechos fundamentales presentan unos límites internos o inmanentes, unos “límites necesarios que resultan de su propia naturaleza”.¹³⁷⁵

En relación con el carácter aparente de los conflictos, afirma “lo que se impugna no es, pues, la existencia de conflictos de derechos, sino su interpretación; y la que propongo induce a considerar todos los conflictos como aparentes: cuando se presenta una supuesta situación de choque entre dos derechos, no se trata en realidad de un auténtico conflicto [...] sino de que, en el caso, sólo uno de los dos sujetos tiene realmente el derecho”.¹³⁷⁶

Los datos que la Constitución ofrece, en muchas ocasiones pueden no ser suficientes para discernir de modo preciso esas acotaciones de los ámbitos de protección jurídica; será preciso, entonces, acudir a criterios externos a la propia Constitución.

De forma muy emparentada con la hermenéutica, Martínez-Pujalte afirma que todo proceso de interpretación jurídica implica que la comprensión de la norma se efectúe desde el contexto en que se sitúa el intérprete y desde el sistema de valores compartido por la comunidad; el carácter abierto de las normas constitucionales reclama del intérprete, un esfuerzo de comprensión de los preceptos constitucionales desde los conceptos morales que se encuentran en su base. Sólo a través de criterios extraconstitucionales se permite, en última instancia, una interpretación dinámica o evolutiva de los derechos fundamentales.¹³⁷⁷

Ante dichas exigencias, el contenido de los derechos constitucionalmente declarado debe ser delimitado por el intérprete a la luz de los preceptos constitucionales; a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protec-

¹³⁷⁴ *Ibidem*, p. 139.

¹³⁷⁵ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 49.

¹³⁷⁶ *Ibidem*, p. 134.

¹³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 69-73.

ción.¹³⁷⁸

4) Andrés Ollero

Andrés Ollero sostiene que “no es lo mismo limitar que delimitar, prescribir limitaciones que describir límites inmanentes [...]. Cuando se plantea que la obligada garantía de la libertad de expresión no ampara el recurso a expresiones vejatorias innecesarias, no estamos imponiendo un límite al derecho a expresarse, sino excluyendo conductas que se extralimitan del ámbito constitucionalmente protegido”.¹³⁷⁹

En ese tenor, *las expectativas de los derechos fundamentales, precisan de una vinculación necesaria con la idea de que esos derechos no pueden ejercerse de manera ilimitada en virtud de que ningún derecho es absoluto; un derecho no puede anular a otro derecho, pues la razón práctica conlleva la realización de un bien humano compatible con el bien común.*

Bajo la posición no conflictivista de los derechos, la pretensión de que el ordenamiento jurídico no contiene incongruencias premeditadas por el constituyente –sin entrar al problema de los dilemas morales–, la libertad bien entendida tiende a realizar los aspectos fundamentales bajo los cuales le da sustento la formación de la comunidad política; los valores y principios fundamentales que inspiran a un pueblo en formar a esa Entidad política, *res publica* o “cosa común”, converge en su esencia y fundamento la causa de su unión en sociedad regulada bajo un ordenamiento constituyente.

Por lo tanto, Andrés Ollero advierte que “*Todo derecho es libertad “ajustada” por una dimensión social.* De ahí el error de pensar en auténticos derechos ajenos a todo condicionamiento, que sólo excepcionalmente sufrirían, *a posteriori*, algunas limitaciones derivadas de las “justas (!) exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.¹³⁸⁰ En ese sentido, los derechos deben concebirse como libertades delimitadas dentro de un contexto social, pues los derechos se ejercen en la comunidad política a la que pertenece la persona y no en solitario.

5) Pedro Serna y Fernando Toller

Pedro Serna y Fernando Toller, sostienen que los supuestos usualmente planteados como problemas de colisión entre derechos, o entre derechos

¹³⁷⁸ *Idem.*

¹³⁷⁹ OLLERO TASSARA, Andrés, “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, en *Pensamiento y Cultura* 3, 2000, pp. 161-162.

¹³⁸⁰ OLLERO TASARA, Andrés, “Para una teoría “jurídica” de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 35, Septiembre-Octubre 1983, p. 108.

y bienes constitucionales, son en realidad *pseudo-colisiones*, no debiendo ser resueltos a través de la ponderación de bienes, sino por la vía de *esclarecer interpretativamente o delimitar el contenido del derecho de que se trate*.¹³⁸¹

Por otra parte, el carácter normativo directo de las constituciones exige una *interpretación sistemática* de las mismas que haga compatible internamente todo su contenido. De no procurar dicha interpretación, habría partes de la Constitución que se opondrían y anularían a otras.¹³⁸² El carácter normativo de la Constitución en la cultura jurídica occidental, exige que se interpreten sistemáticamente sus normas, haciendo compatible internamente todo su contenido e interpretando cada disposición de acuerdo a las demás.¹³⁸³

El efecto normativo de la Constitución, obliga a los jueces a buscar la compatibilidad y la armonía de los derechos antes que su oposición. Es preciso *interpretar la Constitución partiendo de su unidad*, sin contemplar aisladamente ninguna norma e interpretando todas ellas de modo tal que se eviten las contradicciones; dicha *exigencia hermenéutica* se traduce en no admitir más interpretaciones de cada disposición constitucional que aquellas que resultan compatibles con las restantes disposiciones.¹³⁸⁴

Pedro Serna señala en relación con el contenido esencial de los derechos, un pasaje muy de la mano a la propuesta que sostenemos en cuanto al sentido dialógico de la hermenéutica, así como la estructura conceptual de Gadamer: el contenido de los derechos fundamentales *tiene un carácter coexistencial determinante, pues aquellos son necesariamente derechos relacionales*. La búsqueda del respeto de los principios hermenéuticos de *unidad de la Constitución* y de *concordancia práctica*, imponen la necesidad de aceptar esta realidad. *La circularidad en la cual se devela la necesidad en la búsqueda por las respuestas correctas en el derecho, más que en el respeto de la Constitución, se encuentra en el carácter relacional del fenómeno jurídico y en la unidad interna de los bienes humanos y de la naturaleza humana*.¹³⁸⁵

6) Juan Cianciardo

Juan Cianciardo por su parte, defiende la distinción entre la “norma iusfundamental” y el “derecho fundamental”. Dicha distinción permite su-

¹³⁸¹ SERNA, Pedro y TÓLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, op. cit., pp. 65-66.

¹³⁸² *Ibidem*, p. 25.

¹³⁸³ *Ibidem*, p. 32.

¹³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 34-35.

¹³⁸⁵ SERNA, Pedro “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información” en *Persona y Derecho - Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos*, Año 1994, número 4, pp. 230-234.

perar las aporías a las que conducen las teorías sobre los límites a los derechos fundamentales, para lo cual se sustenta en dos argumentos:

1) *El contenido de las normas iusfundamentales es limitado y regulable.* La consecuencia jurídica de una norma se produce cuando se cumplen todas sus condiciones; una vez que se ha satisfecho el supuesto de hecho *stricto sensu* y no se han satisfecho las restricciones. Si bien una norma tiene restricciones o límites, los problemas surgen al intentar desvelar la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones.¹³⁸⁶

Por lo cual desde la teoría interna afirma que sólo y exclusivamente dentro de la norma iusfundamental, es posible determinar cuáles son las restricciones a los derechos. El contenido de la norma, para la teoría interna nace limitado. Por lo que respecta a la teoría externa, las restricciones siempre provienen desde fuera de la norma iusfundamental, y no tienen, en principio, nada que ver con ella. Por lo anterior, la norma, sería en principio, ilimitada, y las limitaciones irían surgiendo de la necesidad de aplicarla respetando el contenido que se valla develando con respecto, al también amplio margen de apreciación de otras normas.¹³⁸⁷

La distinción entre norma iusfundamental y derecho fundamental, se deriva de la imposibilidad de descubrir dentro de la *norma iusfundamental* el contenido completo del *derecho fundamental*; es decir, su supuesto de hecho y todas sus restricciones. La teoría interna incurre en el error de predeterminar como todas las posibilidades interpretativas en cuanto a los hechos y las restricciones a los derechos. En ese sentido, la norma iusfundamental de que se trate, habrá que estudiar, especialmente, tres cosas:

a) La finalidad del derecho fundamental involucrado, desde una *pre-interpretación* que *prima facie* sea advertida en la investigación hermenéutica;

b) La finalidad de todos los derechos fundamentales, como criterio unificador; y

c) Los supuestos de hecho de las restantes normas iusfundamentales, por respeto a los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica.¹³⁸⁸

En la interpretación de las normas iusfundamentales, resulta ineludible la ponderación de todos estos elementos; no es posible eliminar el proceso interpretativo antes señalado, pues su renuncia conlleva una mayor inseguridad jurídica. En ese sentido, para justificar la racionalidad de las decisiones resultan necesarias las garantías del principio de proporcionalidad y del contenido esencial para controlar las regulaciones y restricciones legislativas en materia iusfundamental.¹³⁸⁹

¹³⁸⁶ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 247-248.

¹³⁸⁷ *Ibidem*, p. 248.

¹³⁸⁸ *Ibidem*, p. 248-249.

¹³⁸⁹ *Ibidem*, p. 249.

2) *Los derechos fundamentales son ilimitables*. Por otra parte, aunque la teoría interna de los derechos fundamentales tenga contradicciones, no quiere decir que la teoría externa se encuentre exenta de problemas, pues conduce inevitablemente al conflictivismo. Señalamos la inconsistencia de la teoría interna, afirmando que las normas iusfundamentales son limitables; por lo que respecta a la teoría externa se corrige bajo el argumento de que los derechos fundamentales no son limitables, pues protegen aquello que protegen y nada más. Es verdad que tienen un contenido limitado; pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable.¹³⁹⁰

Juan Cianciardo en un pasaje fundamental de su obra, advierte la naturaleza del *círculo hermenéutico* y el momento singular en el cual se encuentra el operador jurídico cuando interpreta las normas de derecho fundamental: el ir y venir de la mirada, entre la norma, el derecho y las circunstancias, a la luz de los bienes humanos en las cuales se aprecia la coexistencia factual de las normas iusfundamentales en su misma relación.

*El túnel hermenéutico que es la norma iusfundamental, a cuya salida se encuentra el derecho fundamental, resulta iluminado desde delante por el derecho fundamental mismo, con sus exigencias, entre otras cosas, de respeto de su racionalidad. Esto nos lleva a reiterar que es verdad que hay conflictos de normas iusfundamentales, pero que nunca, en ningún caso, existen auténticos conflictos de derechos. Lo anterior permite una moderación de la teoría externa. No parece sostenible afirmar que las restricciones no tienen nada que ver con la norma a la que restringen, que sean “externas” a ella. Muy por el contrario, existe entre ambas una relación trecha, que proviene del carácter coexistencial del derecho fundamental del que la norma es sustentadora-sustentada.*¹³⁹¹

En esas consideraciones, constituye un *dogma probadamente falso*, el de la autosuficiencia del texto constitucional y de las disposiciones iusfundamentales, dado que “la amplitud semántica de las normas constitucionales parece desmentir categóricamente toda posibilidad de determinar apodóticamente, aun *haciendo un gran esfuerzo hermenéutico*, los perfiles de cada uno de los derechos en ellas reconocidos”.¹³⁹²

Por lo cual, Cianciardo corrobora el aspecto de la hermenéutica que queremos resaltar con el contenido esencial de los derechos, y es que, las normas iusfundamentales si bien se expresa en disposiciones de carácter positivo, los bienes humanos a los que obedece son los que brindan el cobijo justificatorio al momento de interpretarlos; y las finalidades deontológicas a los que va dirigidas dichas normas, es necesario dilucidarlas a través del proceso hermenéutico del círculo de la comprensión al que hemos aludido a lo largo de la obra.

¹³⁹⁰ *Ibidem*, p. 249-250.

¹³⁹¹ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 250.

¹³⁹² *Ibidem*, p. 246.

3. LA ARMONIZACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DESDE LA HERMENÉUTICA: EL DEBATE ENTRE EL POSITIVISMO METODOLÓGICO Y EL DERECHO NATURAL.

1) La naturaleza de los bienes humanos como libertad ajustada a la vida comunitaria

Martínez Zorrilla considera a la ponderación como un resultado del esfuerzo interpretativo del operador jurídico en la aplicación de la norma, en tanto asignación de significados desde el positivismo jurídico.¹³⁹³ Contrario a Martínez Zorrilla para Pedro Serna y Fernando Toller los derechos fundamentales, poseen una garantía de compatibilidad, en la misma unidad material de tales derechos, en tanto exigencias de una vida digna del hombre en lo individual, que es también unidad desde un contexto general en el bien común. Sin estas *categorías metapositivas* no estamos necesariamente a salvo de las contradicciones.¹³⁹⁴

Al igual que Cianciardo, Serna y Toller, centran las razones del conflictivismo en que *la ponderación termina por confundir el derecho fundamental con la norma reguladora del mismo*. Así, si los derechos fundamentales son realidades *a-teleológicas* e *ilimitadas*, que se confunden con las normas que los regulan, entonces la existencia de los derechos en conflicto se hace inevitable; como inevitable resulta que los derechos vengan formulados de forma genérica por esas normas, aunque después otras normas -legales o jurisprudenciales- se encarguen de trazar los límites o resolver los conflictos.

El conflictivismo echa mano de las técnicas de jerarquización y ponderación para resolver las antinomias entre las normas iusfundamentales. Estas directivas constituyen un elemento problemático en la mentalidad conflictivista de los derechos. Ello, entre otras razones, porque llevan de forma implícita a una consecuencia ilógica, pues los derechos alegados, si bien existen en el caso concreto, uno de ellos, lo ha ejercitado o lo ejercerá legítimamente una persona, por lo cual deberá sacrificarse la contraparte en aras de un contrincante superior en abstracto y *a priori* (categorización o abstracción), o superior en concreto (ponderación); para terminar dándole prioridad a uno de los derechos, que será un derecho eficaz.¹³⁹⁵

En casos de concurrencia entre derechos, no se trata de ver ni la jerarquía abstracta ni el “peso” concreto de los derechos, sino de determinar cuál de ellos comparece en el caso y cual no, o si existen en parte uno y en parte otro; lo que no es posible es que puedan existir ambos derechos al

¹³⁹³ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., p. 199.

¹³⁹⁴ SERNA, Pedro y TÓLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, op. cit., p. 35.

¹³⁹⁵ *Ibidem*, p. 29.

mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contradictorias.

Sin embargo, el rechazo de los mencionados métodos viene exigido también por la necesidad de una interpretación sistemática de la Constitución, por la cual se debe intentar hacer compatible internamente su contenido a fin de hacer de toda ella una norma efectiva, es decir, se consolide la vigencia plena de los derechos y su contenido esencial, cuando así sea pertinente .

*Las soluciones planteadas por la jerarquización y por la ponderación o balancing test, al hacer prevalecer ciertos derechos fundamentales, traen como resultado que la norma constitucional que reconozca a estos últimos vendrá anulada por la prevalencia que en la ponderación adquiera mayor jerarquía normativa; de modo que unas partes de la Constitución quedarían anuladas por las otras, al menos en los casos concretos.*¹³⁹⁶

*Los derechos nacen ajustados entre sí y en armonía con los elementos que integran el bien de la comunidad política. El punto de partida, pues, de la interpretación de los derechos constitucionales debe ser su armonía y no su contradicción; el fundamento de todo ello se encontraría en la “unidad del hombre” y la compatibilidad entre los valores humanos: los bienes humanos son, por definición, compatibles entre sí, porque son bienes todos ellos para un mismo ser. Un bien humano es bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos, pues la vida en sociedad requiere de su coexistencia armónica para subsistir en comunidad.*¹³⁹⁷

Por lo cual, los bienes humanos en lugar de ser tendencialmente contradictorios, son en esencia, tendencialmente armonizables en razón de su disposición humana; para la realización de la persona en la comunidad social en la que desarrolla sus capacidades, así como su plan de vida individual ajustado a las necesidades sociales así como a las libertades de las demás personas.

La llamada colisión de derechos fundamentales no es más que un “mito”, pues el conflicto se origina de forma aparente entre los derechos, tanto en abstracto como en concreto, así como realmente entre las pretensiones, tanto en general como en sentido procesal entre los intereses individuales de cada una de las partes en un conflicto legal.

*Los derechos fundamentales son una unidad armónica, porque también lo es el sujeto humano; existe siempre socialmente, pues si los derechos son la expresión de la regla de coexistencia entre los individuos y sus pretensiones. Los conflictos entre derechos no solo son evitables, sino que, en rigor, son imposibles en la medida que para que un derecho sea realmente tal debe ajustarse con otros derechos o bienes igualmente humanos.*¹³⁹⁸

Por tanto, los derechos protegen bienes humanos. Esos bienes, en la

¹³⁹⁶ *Ibidem*, pp. 30-33.

¹³⁹⁷ *Ibidem*, pp. 39 y 56.

¹³⁹⁸ *Ibidem*, pp. 37, 40-41.

medida que lo son, conforman un conjunto armónico; la libertad sin orientación alguna no constituye ciertamente un bien para el hombre.

Los bienes humanos son por definición compatibles entre sí, porque son bienes de la persona y para la persona: no es posible, pues, que un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho para otra persona.

*La principal pauta hermenéutica será distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental, y buscar la armonización en el nivel de los derechos, no limitarse a las meras normas.*¹³⁹⁹

2) Directrices hermenéuticas del contenido esencial

La armonización de los derechos fundamentales, pasa necesariamente por la determinación de su *contenido esencial*, la cual consiste en mirar hacia los límites internos de cada derecho en controversia, en cuanto al bien humano que protege, y en consecuencia, su finalidad y su ejercicio funcional con otros derechos.

El contenido esencial de un derecho exige atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable, y al que es preferible llamar simplemente *contenido del derecho, prescindiendo de núcleos duros y periferias disponibles*.¹⁴⁰⁰ En este aspecto, podemos advertir en Serna y Toller, un acercamiento al *iusnaturalismo hermenéutico* que sostenemos, principalmente en lo que hemos llamado la denuncia del iusnaturalismo “esencialista”, o mejor dicho “fiscalista”; en el cual, se considera a la naturaleza humana, la metafísica o la ley natural, una derivación de los primeros principios del razonamiento práctico, en tanto mera adecuación deductivista de la conducta moral de la persona. En palabras de Finnis, dicha versión iusnaturalista, será una interpretación falseada del derecho natural clásico, principalmente en Aristóteles y Tomás de Aquino.¹⁴⁰¹

Así pues, bajo ese paradigma interpretativo, al resolver el litigio que involucre derechos fundamentales, de lo que se trata es de resolver el caso mediante una solución que sea compatible con el contenido esencial de los derechos, evitando a toda costa que se frustre el ejercicio legítimo de alguno de ellos; para conseguirlo se requiere abandonar la consideración de que los derechos como *realidades ilimitadas y que su finalidad corresponde a la libre voluntad de las personas sin una cualidad deontológica cierta y determinable en los bienes humanos*.

El recurso a la determinación de ciertos contenidos iusfundamentales se convierte en la piedra de toque de la propuesta que formulan Serna y Toller. La determinación del contenido de un derecho se muestra más fructífero que el establecimiento de jerarquías, o la ponderación de su impor-

¹³⁹⁹ *Ibidem*, pp. 41 y 53

¹⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp. 42 y 47.

¹⁴⁰¹ *Supra* “1) Ni positivismo normativista, ni iusnaturalismo “fiscalista”: la *realidad coexistencial entre el derecho y la moral*”.

tancia relativa, o su limitación *ab extra*, ya que permite no recurrir a unos derechos que ceden ante otros, ni a límites extremos que convienen más a unas libertades concedidas que a verdaderos derechos fundamentales a la luz de las siguientes *directrices hermenéuticas*¹⁴⁰²:

1) *Que requiere un adecuado ajustamiento entre los derechos y entre estos y los bienes*: los derechos y, por tanto, su contenido esencial, no pueden tratar de delimitarse desde sí mismos, sino que deben tomar en cuenta el necesario ajustamiento con otros bienes; se introduce el requisito de ajustamiento en el proceso de determinación del contenido esencial.

2) *Que el contenido del derecho si bien empieza a perfilarse en abstracto, no es sino en el caso concreto donde termina por definirse*; salvo raras excepciones, únicamente es posible determinar el contenido por completo en el marco de los casos concretos.

3) *Que la posibilidad de aplicar test de razonabilidad y proporcionalidad, son perspectivas originarias de la visión conflictivista y del método del balance o ponderación*.

4) *Que de lo que se trata es de una delimitación del contenido antes que de una limitación exterior de los derechos*; los derechos, por tanto, aunque no son ilimitados -en el sentido de que todo lo cubierto por su ámbito material sería por ello mismo legítimo- propiamente no son tampoco limitados, esto es, no tienen ni necesitan límites externos, sino que son delimitables: a través de la tarea legislativa y de la decisión judicial es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular, devendrá un ejercicio abusivo o su desbordamiento.

3) El contenido esencial desde la ingeniería inversa (reverse engineering) del positivismo metodológico

Martínez Zorrilla afirma desde las coordenadas del positivismo jurídico metodológico, que las afirmaciones anteriores se realizan desde categorías metafísicas o metapositivas para dar cuenta del fenómeno jurídico, que aparece aquí como una exigencia para comprender qué es un derecho fundamental; desde su enfoque estrictamente positivista, la afirmación de Serna y Toller de que los derechos nacen en armonía sólo puede calificarse como manifiestamente falsa, fruto de una fe injustificada en la racionalidad del legislador o del constituyente.¹⁴⁰³

De igual forma, señala que es problemático saber qué puede significar “la unidad del hombre”, y cómo ésta se relaciona con la compatibilidad de los valores; en concepto su concepto, dichas afirmaciones son manifiesta-

¹⁴⁰² SERNA, Pedro y TÓLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, op. cit., pp. 42, y 47-66.

¹⁴⁰³ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., p. 199-200.

mente monistas y se alejan de la tendencia mayoritaria que ha adoptado la discusión en filosofía moral en las últimas décadas, que apunta de manera clara hacia el pluralismo, incluso en ámbitos que casi por definición parecían confinados a una concepción monista, como es el caso del utilitarismo ético.¹⁴⁰⁴

Las críticas de Martínez Zorrilla a las tesis de Serna y Toller, tal vez podrían dar en el blanco si seguimos sosteniendo que el iusnaturalismo es una concepción fiscalista, de *derivar normas de hechos* de forma injustificada racional y argumentativamente; tanto desde un aspecto lógico y material. La separación del *ser* y el *deber ser* en el Estado de derecho constitucional, es insostenible cuando interpretamos derechos humanos, en los cuales, la valoración de carácter moral es ineludiblemente necesaria; lo cual no significa que dicha relación sea una falacia, sin que exista un puente hermenéutico que comunique dichas realidades de forma coexistente, tal y como lo tratamos en el presente estudio.

En ese contexto es que hemos señalado la inviabilidad del positivismo metodológico, como el que sostiene Martínez Zorrilla: “la forma de acercarse al estudio del fenómeno jurídico, caracterizada por una *pretensión de neutralidad axiológica y epistémica en la identificación del Derecho, y que niega la vinculación conceptual entre Derecho y moral*”.¹⁴⁰⁵

Con dicha definición, se advierte la insistencia en mantener, las dos tesis radicales del derecho moderno antes señaladas como la neutralidad del derecho y su separación absoluta con la moral, a las cuales ya nos hemos referido con la crítica que hace de ellas la hermenéutica iusfundamental.¹⁴⁰⁶

En ese mismo sentido, constatamos que Martínez Zorrilla incurre en la confusión entre norma de derecho fundamental y el derecho mismo, de la que se encargan Cianciardo, Serna y Toller, cuando mantiene la distinción entre disposiciones normativas y normas: “las disposiciones normativas son los textos promulgados por las autoridades jurídicas y que constituyen el objeto de la interpretación, las normas propiamente dichas son los resultados de esa actividad interpretativa, es decir, los significados de esos textos”.¹⁴⁰⁷

A lo largo de su obra, Martínez Zorrilla en ningún momento hace referencia al derecho en sí mismo considerado, como un bien humano al que es necesario proteger desde la norma jurídica positiva. Como ya lo hemos señalado, la norma positiva no es todo el derecho, pues su coexistencialidad con los bienes humanos es una cuestión a la que no se puede renunciar ni reducir a los axiomas de la norma positiva; la cual sólo es suscepti-

¹⁴⁰⁴ *Idem*.

¹⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 33.

¹⁴⁰⁶ *Supra* “7. La tercera vía de la hermenéutica jurídica”.

¹⁴⁰⁷ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., p. 36.

ble de reconocer con el esfuerzo interpretativo y argumentativo del hermenéutico, incluso en la misma ponderación de principios.¹⁴⁰⁸

Para el positivismo jurídico no es posible descubrir que los derechos nacen en armonía, pues son bienes humanos que se gozan en comunidad, más no de forma aislada como lo propone el individualismo que nació desde el derecho moderno del periodo ilustrado; sin embargo es necesario develarlos con el uso de la razón dialógica que proporciona el esfuerzo hermenéutico, para tender los puentes y salvar las distancias entre su contenido normativo y el bien humano que protege para hacerlo evidente: esto es, el puente argumentativo que justifica la relación justificatoria entre la objetividad y la racionalidad, entre el ser y el deber ser del derecho.¹⁴⁰⁹

Desde la postura positivista resulta lógico, que la referencia a “la unidad del hombre”, sean afirmaciones monistas y se alejen de la filosofía moral de “moda” que tiende al pluralismo; pues si el positivismo es una visión unilateral, monológica y univocista, que condiciona la interpretación de las normas iusfundamentales a través del método jurídico, es claro que la referencia a conceptos sustanciales resulten de igual forma en visiones “monistas”.

Bajo la hermenéutica que formulamos, es claro que David Martínez Zorrilla, sostiene un positivismo desde un *instrumental analítico*; su ingeniería inversa (*reverse engineering*), es la actividad filosófica de “tradición analítica” como un *proceso de observación y estudio minucioso del derecho* para intentar establecer cuáles son los elementos de que está compuesto y cómo se relacionan e interactúan para dar lugar a ese producto con esas funciones. Es decir, para intentar comprender *cómo hace lo que hace de una forma meramente descriptiva*. La finalidad de esa actividad consiste en la posibilidad de crear un esquema que nos permita *reconstruir un producto lo más parecido posible*, que cumpla de la manera más adecuada sus funciones y que sea fácilmente reconocible como tal producto por cualquier usuario normal.¹⁴¹⁰

Por lo anterior, y como ya habíamos señalado, el positivismo metodológico, al concebir al derecho algo muy parecido a un “instructivo” de un aparato mecánico o electrónico, parecido a una máquina, un robot o un ordenador de computadora que realiza ciertas “funciones” de manera metódica y mecánica; redundando en los fundamentos mismos del cientificismo

¹⁴⁰⁸ Principalmente en la versión no conflictivista de la ponderación como concreción de los derechos fundamentales *Infra* “Capítulo Décimo Primero: Hermenéutica como concreción”.

¹⁴⁰⁹ Medularmente tratamos dicha cuestión en *Supra* “4) Los pasos de la espiral hermenéutica: de la singularidad a la dignidad humana” y “6. El conocimiento y la singularidad del acto moral”.

¹⁴¹⁰ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 31-32.

reduccionista de la modernidad¹⁴¹¹, de que el derecho se debe limitar a la descripción de *algo que podría concebirse como un producto (más o menos) acabado y funcional*: ese producto puede ser una institución, o un concepto, una “norma jurídica”, a la que simplemente es necesario describir.¹⁴¹²

Si bien es cierto, que Martínez admite que “ningún análisis parte de cero o se sustenta en el vacío, sino que todos hacen uso de ciertos elementos, componentes, herramientas o esquemas básicos, que explícita o implícitamente se consideran como los más adecuados para cumplir con esa finalidad”¹⁴¹³, dicha precomprensión, jamás admite la inclusión de cuestiones morales para mantener la supuesta “neutralidad” positivista

El fenómeno jurídico que describe la analítica del derecho en la propuesta de Martínez Zorrilla, sólo se reduce a un aspecto de conocimiento, a la forma de las ciencias duras. Es decir un método o procedimiento que ha caracterizado a la ciencia natural, que consiste en la observación sistemática, medición y experimentación, y la formulación, análisis y modificación de las hipótesis: esto es, un *funcionalismo sistémico-descriptivista*¹⁴¹⁴ del derecho, que insiste en la perfección del sistema jurídico (ausente de antinomias y lagunas) o en todo caso, en la discrecionalidad irracional del operador jurídico cuando dicho sistema no proporciona las respuestas, con tal de no acudir a la moral.

Si bien es cierto que podemos apreciar en Martínez Zorrilla un gran esfuerzo analítico por descifrar de manera magistral las distintas posturas en materia de conflictos entre normas iusfundamentales; el hecho de haberse ceñido a la estrecha visión del positivismo metodológico, nos deja ante un callejón sin salida. Al insistir en los viejos paradigmas del normativismo, no proporciona razones justificatorias que den solución plausible a dichas controversias entre principios. Dicha metodología resulta incompatible con la exigencia de justificación en las sentencias judiciales, que dirimen conflictos entre derechos fundamentales con los nuevos cánones hermenéuticos como los que se estudian en la presente obra.¹⁴¹⁵

Partiendo del aparato conceptual analítico en el que pretende concebir un “producto” *más o menos acabado y funcional*, como una institución o una norma jurídica, para simplemente describirla, termina haciendo ciencia y no filosofía; con la falsa pretensión de querer hacer teoría desde el exacerbado sincretismo de la neutralidad científica que no admite ningún

¹⁴¹¹ *Supra* “4. Los presupuestos de la modernidad en el derecho: el origen del conflictivismo”.

¹⁴¹² MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 32-33.

¹⁴¹³ *Ibidem*, p. 32.

¹⁴¹⁴ Principalmente la crítica que se formula al funcionalismo sistémico de Niklas Luhmann *Supra* “D) La prevención del *funcionalismo sistémico* de Hans Kelsen y Niklas Luhmann”.

¹⁴¹⁵ *Supra* “Capítulo Octavo: El derrumbe de la pirámide kelseniana y el sistema jurídico multinivel de la hermenéutica: la constitución convencionalizada”.

atisbo de *un contenido deontológico-sustancial*.

El positivismo metodológico fracasa en su intento de querer explicar algo con las categorías de la ciencia, pues la pretendida explicación de cómo “debe ser” la solución de conflictos entre derechos fundamentales y de lo que “son” esos derechos en términos meramente conceptuales, precisan de una justificación racional que compete al razonamiento práctico que al razonamiento teórico de la ciencia.

En consecuencia, *el positivismo metodológico en su desmedido propósito de neutralidad y asepsia valorativa, termina haciendo un defectuoso e inútil producto filosófico*.¹⁴¹⁶

Las conclusiones a las que llegamos desde la perspectiva hermenéutica cuando analizamos el contenido esencial de los derechos fundamentales, se traduce en ciertas compatibilidades, tanto en el iusnaturalismo que sostienen Cianciardo, Serna y Toller; como desde la perspectiva analítica del positivismo metodológico de Martínez Zorrilla. Sin embargo, la hermenéutica jurídica jamás se cerrará en posturas fisicalistas de la ley positiva o de la ley natural, para limitar el fenómeno de la interpretación jurídica, a metodologías que encierren el conocimiento jurídico a regularidades axiomáticas, bien desde el derecho natural racionalista (la naturaleza de la cosas a partir de hechos) o desde el positivismo jurídico (lo jurídico sólo es lo positivo).

4. EL CONCEPTO DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una vez analizado el contenido esencial de los derechos y el problema de la determinación de los límites bajo la versión conflictivista, veamos su análisis dogmático desde la doctrina. La cláusula del contenido esencial de los derechos se encuentra en el artículo 53.1 Constitución Española (CE) que la letra señala.

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que *en todo caso deberá respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo a lo previsto en el artículo 161.1.a.¹⁴¹⁷

En términos del dispositivo en comento, se advierte que la validez de toda regulación limitadora de los derechos fundamentales, gira en torno a su contenido esencial, a la luz del cual se debe prevenir cualquier exceso en la injerencia sobre dicho contenido.

La cláusula del contenido esencial resulta de un reforzamiento del hecho de que los derechos fundamentales se encuentran establecidos en la

¹⁴¹⁶ BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. IX.

¹⁴¹⁷ Las cursivas son nuestras.

Constitución; parecería que no hace falta esta garantía de contenido esencial, pues cualquier determinación que altere un derecho fundamental hasta hacerla irreconocible debe ser declarada inconstitucional.

Por otra parte, la reserva de ley a la que se refiere el aludido artículo 53.1 CE, no introduce una diversificación entre “contenido” y “ejercicio” que permitiera considerar hipotéticos límites del ejercicio que por no afectar el contenido del derecho pudieran ser dispuestos con mayor libertad por el legislador. Así, la disposición constitucional del contenido esencial presume la misma potestad que limita y al hacerla impone al intérprete la advertencia de que existe un cierto ámbito de normación sobre los derechos fundamentales para el que no será medida de validez, sino en términos negativos, lo que ha de entenderse como su contenido esencial.¹⁴¹⁸

La cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales, es un concepto jurídico indeterminado, el cual contiene un muy amplio margen de interpretación. Su operatividad técnica y la conveniencia de que su carácter sea estrictamente jurídico, refiere a que esas determinaciones no provengan de decisiones políticas de carácter discrecional. De igual forma, denota la dificultad de su determinación *a priori*, pues ese núcleo esencial no es propio de la categoría “derechos fundamentales” en general, sino que cada derecho tiene su propio contenido de esencialidad; las dificultades que ocasionaría operar con una fórmula general de contenido esencial para todos los derechos fundamentales es evidente.¹⁴¹⁹ Así pues el concepto de “contenido esencial” gira en torno a los elementos que definen a un derecho fundamental, especialmente los valores y finalidades que persigue:

Por “contenido esencial” cabría entender el contenido de los derechos constitucionalmente declarado, que debe ser delimitado por el intérprete a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una *interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección.*¹⁴²⁰

Por otra parte, el contenido esencial “no es otra cosa que el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la

¹⁴¹⁸ CAMPO JIMÉNEZ, Javier, “El legislador de los derechos fundamentales” en *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, pp. 504 y ss.

¹⁴¹⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 188.

¹⁴²⁰ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 73. Las cursivas son nuestras.

norma fundamental se refiere”.¹⁴²¹

De igual forma se puede entender por la protección del contenido esencial como una garantía institucional (*institutionelle Garantie*) que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales. En suma, la *Wesensgehaltsgarantie* se refiere a la obligación del legislador de salvaguardar la institución, definida por el conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico-sociales que forman el contexto de los derechos y libertades.¹⁴²²

El contenido esencial no es limitado de forma absoluta por el constituyente, sino que sufre una adaptación evolutiva con el transcurso del tiempo; dicha garantía es al mismo tiempo un límite negativo a la regulación, así como la expresión positiva de valor asignado a los derechos fundamentales como piezas constructivas imprescindibles e insustituibles en el ordenamiento jurídico, el cual debe ser congruente con los condicionamientos constitucionales en cuanto a su extensión.

La cláusula del contenido esencial no significa que el derecho fundamental deba imponerse en cualquier caso a otro bien tutelado, sino que las inevitables limitaciones que implican la convivencia de diferentes derechos y titulares de los mismos no pueden lesionar ese contenido mínimo. Asimismo, no se puede concluir que el respeto al contenido esencial presupone la legitimidad de la interferencia al derecho fundamental.

El contenido esencial de un derecho, es necesario determinarlo desde un aspecto abstracto, anterior a la intervención del legislador; esta variante debe inferirse de las determinaciones constitucionales conforme al precepto constitucional en que se reconoce el derecho fundamental. Por otra parte del aspecto abstracto del precepto constitucional, en función del principio de unidad de la Constitución, se debe buscar una interpretación en el que se supere la contradicción con otras normas constitucionales, para que el contenido esencial de cada derecho se determine a la luz del conjunto del sistema constitucional, tal y como ya lo analizamos con el *círculo hermenéutico* y su *espiral*.

En consecuencia, la finalidad de la garantía del contenido esencial consiste en *levantar una valla infranqueable a la actividad legislativa de regulación o limitación de los derechos fundamentales*. En relación con la aplicación positiva de la garantía parece ser pacífica, sin embargo, las diferencias aparecen a la hora de concretar, tanto en el objeto de la protección del contenido esencial, así como en su naturaleza en cuanto a la determinación de ese contenido.

¹⁴²¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 180.

¹⁴²² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 312.

En relación al *objeto de protección*, existen dos teorías: a) el objeto de protección es el derecho fundamental como institución, considerado “objetivamente”, lo que permitiría que en los casos particulares pudiera ser desconocido el contenido coyuntural del derecho fundamental de una persona determinada (teoría objetiva); b) lo que se tutela con la garantía del contenido esencial es el derecho fundamental como derecho subjetivo, es decir, cada posición iusfundamental (teoría subjetiva).¹⁴²³

Ahora bien, en cuanto a la *naturaleza y el modo de determinación* han derivado en dos teorías: a) la de quienes entienden que el contenido esencial es un núcleo duro, impermeable a la acción legislativa, que puede ser hallado en el seno de cada uno de los derechos fundamentales (teoría absoluta); b) la de quienes sostienen que la exigencia de respeto del contenido esencial se identifica con la de justificación de toda intervención en los derechos fundamentales (teoría relativa).¹⁴²⁴

5. OBJETO DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: TEORÍA OBJETIVA Y TEORÍA SUBJETIVA

A la luz de la clasificación anterior, en cuanto al *objeto del contenido esencial*, se dilucidan dos teorías que lo explican, la teoría objetiva y la teoría subjetiva.

1) Teoría objetiva

Para esta teoría, existen supuestos en los que el contenido esencial de un derecho fundamental concreto de una persona no sólo resulta afectado en los hechos, sino que debe ser afectado.

Un ejemplo paradigmático es la condena a prisión perpetua, pues el derecho fundamental a la libertad de movimiento de la persona condenada resulta aniquilado. La garantía del contenido esencial no protege la libertad física concreta de esta o aquella persona (derecho subjetivo), sino el derecho en cuestión como institución jurídica (derecho objetivo). Por tanto, mientras su regulación objetiva no altere el contenido esencial del derecho-institución, no hay inconstitucionalidad.¹⁴²⁵

Sin embargo, dicha posición fue duramente criticada, sobre la base de un argumento muy difícil de discutir: la tesis objetiva distorsiona la garantía del contenido esencial, impidiéndole el cumplimiento de la finalidad para la que fue elaborada; pues si esa garantía pretende garantizar algo, se trata justamente de los derechos fundamentales de cada persona concreta.

Además de que no se puede sostener la existencia de una separación

¹⁴²³ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., p. 252.

¹⁴²⁴ *Idem.*

¹⁴²⁵ *Idem.*

radical entre los conceptos de proporcionalidad y contenido esencial, en tanto que la aplicación de la primera, si pretende ser una técnica eficaz para la protección de los derechos humanos, no puede dejar de incluir, de un modo o de otro, un examen del contenido de esos mismos derechos.¹⁴²⁶

2) Teoría subjetiva

La protección de la garantía del contenido esencial tiene por objeto cada posición iusfundamental concreta, es decir, la dimensión individual de los derechos fundamentales. Bajo esta teoría, se parte del carácter de los derechos fundamentales como derechos individuales.

La dimensión individual es patentemente ignorada por la teoría objetiva. La teoría subjetiva, por su parte, no deja suficientemente claro que las regulaciones objetivas de los derechos fundamentales también deben respetar su contenido esencial; sin embargo, desde las coordenadas de la teoría subjetiva, una regulación objetiva atentatoria de un derecho fundamental afecte una posición iusfundamental concreta será declarada inconstitucional, con lo cual el control está, en última instancia, asegurado. La garantía del contenido esencial protege al derecho fundamental en toda su complejidad estructural, y, por tanto, su violación puede producirse tanto en el plano de la regulación objetiva o institucional como en la determinación de una posición iusfundamental concreta.¹⁴²⁷

6. NATURALEZA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: TEORÍA ABSOLUTA Y TEORÍA RELATIVA

Por otra parte, en relación con la naturaleza y el modo de determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, se deducen dos teorías: la teoría absoluta y la teoría relativa.

1) Teoría absoluta

Sostiene que el contenido esencial es un núcleo duro, impermeable a la acción legislativa, que puede ser hallado en el seno de cada uno de los derechos fundamentales. Esta teoría parte de la noción de una esfera del derecho fundamental que constituye su contenido esencial, permanente y determinable; se trata de una interpretación material del concepto de contenido esencial, para lo cual se distingue así una parte esencial y una accesorio del derecho. El contenido esencial corresponde al núcleo duro del derecho y no todo su contenido: “sólo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la re-

¹⁴²⁶ *Ibidem*, pp. 253-255.

¹⁴²⁷ *Ibidem*, pp. 255-257.

cognoscibilidad jurídica del derecho en cuanto tal”.¹⁴²⁸

El legislador tiene la facultad de establecer restricciones a los derechos fundamentales sólo en su parte accesorio, pero no en su núcleo esencial, lo cual no implica que las limitaciones a la parte limitable del derecho fundamental puedan ser arbitrarias. Cruz Villalón en ese sentido afirma que el objeto de esta distinción es extender el recurso de amparo a ese contenido adicional que no es impugnabile vía recurso de inconstitucionalidad. Considera que es un error que el legislador y el constituyente se sitúan en zonas distintas en la labor normativa de los derechos; el planteamiento adecuado no debe ser espacial sino relativo a sus respectivas funciones.¹⁴²⁹

El contenido esencial brinda una protección en sentido fuerte en la teoría absoluta, pues no cede ante nada: lo que pretende la cláusula del contenido esencial es reforzar la garantía de los derechos fundamentales, haciendo más rigurosa la vinculación del legislador a la Constitución cuando su actividad tiene por objeto el desarrollo de las libertades básicas fundamentales. El contenido esencial es una parte o núcleo duro del derecho fundamental; cada derecho fundamental tiene un sector afectable por el legislador y otro inmune a su actuación. Por ende, existe un contenido esencial y otro no esencial.¹⁴³⁰

La teoría absoluta reproduce la metáfora del círculo hermenéutico, al adoptar la concepción espacial de la estructura de los derechos fundamentales. El contenido total de un derecho fundamental estaría integrado por *dos círculos concéntricos*, “compuestos por diversas facultades y posiciones jurídicas que ganan en intensidad, en peculiaridad, en relevancia para la identificación del propio derecho, a medida que se van aproximando al centro”.¹⁴³¹

Medina Guerrero desarrolla la concepción espacial de los derechos fundamentales, bajo la base de que el contenido total o contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se encuentra en dos zonas: una *central*, absolutamente intangible para el legislador (el contenido esencial); y otra *externa*, que en alguna ocasión hemos dado en denominar contenido inicialmente protegido dado que sus integrantes, de carácter claudicante, pueden ser sacrificados por el legislador al objeto de preservar otros derechos o bienes constitucionales, siempre que el límite sea proporcionado. Al contenido total se suma otra zona, denominada como el *conte-*

¹⁴²⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 187.

¹⁴²⁹ CRUZ VILLALÓN, Pedro, “La recepción de la Ley Fundamental de Bonn”, en *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, núm. 1, 1989, p. 75.

¹⁴³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 140 y 146.

¹⁴³¹ MEDINA GUERRERO, M, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 168-169.

nido suplementario o adicional, en la que el legislador actúa con una incomparablemente superior libertad de configuración política, sólo condicionado por las exigencias que impone la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Esta zona estaría integrada por las facultades accesorias, o bien, por las prestaciones que el legislador decida crear para asegurar el pleno disfrute de los derechos en todos los sectores de la comunidad.¹⁴³²

El contenido no-esencial no queda absolutamente disponible para el legislador: cualquier intervención legislativa en este ámbito debe superar el *test de proporcionalidad*. La diferencia estriba en que la intervención en la parte esencial del derecho fundamental queda vedada por la garantía de dicho contenido, y no puede justificarse por la razonabilidad. La defensa del contenido esencial constituye una última trinchera de protección de las libertades, una trinchera con la que no cuentan otros preceptos de la ley fundamental, al menos de manera expresa, pero que en todo caso no es la única que debe afrontar la actividad limitadora. La ley ha de respetar el contenido esencial de los derechos y además ha de justificar cualquier intromisión en el ámbito de las libertades.¹⁴³³

Peter Häberle con un sentido conciliador señala que de las teorías “relativas” o “absolutas” del contenido esencial, surgen como una pseudoalternativa. Si se tiene a la vista la determinación del contenido y los límites de los derechos fundamentales, de los límites conforme a la esencia y del contenido esencial de tales derechos, se observa que los conocimientos de ambas teorías son aprovechables. A través de la ponderación de bienes aquí se toma muy en cuenta el objetivo de la teoría absoluta del contenido esencial, la exclusión de la relativización de los derechos fundamentales.¹⁴³⁴

El objetivo de la teoría absoluta es la búsqueda de la significación pretendida y protegida frente al legislador, de los derechos fundamentales para la vida social en su conjunto: a) A través de la exigencia de que los sujetos de Derecho deben estar “en general” en situación de poder ejercitar tales derechos; b) A través de la orientación de la ponderación de bienes a la Constitución como un sistema objetivo de valores; o c) A través de la reflexión sobre el carácter de principio constitucional de los derechos fundamentales y sobre la *coordinación correlativa del Ser y el Deber ser*, así como a través de la pretensión de validez social de dichos derechos y por medio del postulado de los derechos fundamentales protegidos “como institutos”.¹⁴³⁵

¹⁴³² *Ibidem*, pp. 170-172.

¹⁴³³ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., p. 147.

¹⁴³⁴ HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, presentación y estudio preliminar Francisco Fernández Segado, trad. Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 64-65.

¹⁴³⁵ *Ibidem*, p. 65.

Una vez que se establece que la facultad menoscabada por el legislador forma parte del contenido del derecho fundamental delimitado por la Constitución, habría que analizar si el límite supera los juicios en que se proyecta el principio de proporcionalidad; y aun cuando la restricción sea, en efecto, proporcionada, aún debería resolverse si la misma ha de declararse inconstitucional por afectar, no a una facultad o posibilidad de actuación integrante del contenido del derecho, sino constitutiva del absolutamente intangible contenido esencial.¹⁴³⁶ La Sentencia STC 11/1981 es el ejemplo clásico de la teoría absoluta al referirse al derecho de huelga

Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos [...] y en el mismo sentido: [...] entendemos por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad [...] Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.

2) Teoría relativa

Esta teoría establece que toda restricción de los derechos fundamentales exige una justificación, que puede figurar de manera explícita en la Constitución o derivarse implícitamente. El contenido esencial de un derecho fundamental resulta de su ponderación con aquellos bienes o derechos que justifican su limitación.

En ese sentido, no existe un núcleo permanente e identificable como contenido esencial del derecho. La razón fundamental para determinar el contenido esencial, es el juicio de constitucionalidad de la justificación al límite o injerencia en el derecho fundamental. El contenido esencial se identifica con la idoneidad de la limitación de un derecho en función de su protección de otros bienes constitucionales.

Robert Alexy en este sentido afirma que la garantía del contenido esencial del artículo 19 párrafo 2 de la Ley Fundamental alemana no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los derechos fundamentales.¹⁴³⁷

La aplicación de la teoría en comentario la podemos deducir de la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 215/1994 de 14 de julio, que trata sobre la constitucionalidad del párrafo segundo, último inciso, del artículo 428 del Código Penal, en el que se autoriza la esterilización del incapaz que adolezca de graves deficiencias psíquicas a petición de su representante legal y con autorización judicial; con el argumento de que dicha

¹⁴³⁶ *Ibidem*.

¹⁴³⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 291.

medida constituye una limitación del derecho del incapaz a la integridad física. Esto es, no puede existir el ejercicio de una voluntad propia, al derecho fundamental a la integridad física que consagra el artículo 15 de la Constitución española a los deficientes psíquicos concernidos por aquélla, puesto que se trata de una intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativo de sus potencialidades genéricas.

A la luz de esta teoría, la medida limitadora del derecho fundamental a la integridad física no se intenta definir un contenido esencial de este derecho para determinar si ha sido vulnerado; la valoración constitucional de la medida limitadora se circunscribe al examen de su justificación para lograr otros fines dotados de cobertura constitucional, preferentemente en un contenido intangible del derecho a la integridad física.

Por ende, el contenido esencial es un límite en sentido débil, dependiendo, de algo distinto del contenido mismo del derecho de que se trate. El contenido esencial equivale a la justificación de la restricción. Por tanto, toda vez que la limitación de un derecho fundamental se encuentre debidamente justificada, se habrá respetado su contenido esencial, el cual puede ser definido como “aquella parte del derecho que comienza cuando el límite deja de ser proporcionado”.¹⁴³⁸

Para Robert Alexy, el contenido esencial de los derechos fundamentales será aquello que queda después de una ponderación. Es decir, *la garantía del contenido esencial de los derechos, no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los derechos fundamentales*. Sin embargo, resulta equivalente para una parte del principio de proporcionalidad, y en consecuencia una razón más para sostener la validez de dicho principio.¹⁴³⁹

Para la teoría relativa, en conclusión, contenido esencial y principio de proporcionalidad se identifican. El contenido esencial tiene, desde esta perspectiva, un valor sólo declarativo y en consecuencia no agrega alguna condición normativa a la Constitución; la exigencia de justificación de toda intervención en los derechos fundamentales se deriva de la Constitución, y la proporcionalidad de cualquier medida legislativa debe razonarse sin necesidad de acudir a la cláusula del contenido esencial.¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁸ MEDINA GUERRERO, M, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁴³⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 288-291.

¹⁴⁴⁰ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 261 y 285 y ss.

7. HERMENÉUTICA Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1) Teoría absoluta y teoría relativa desde la perspectiva hermenéutica

La hermenéutica del contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra vinculada con la forma en la cual el operador jurídico resuelve los conflictos entre derechos; el concepto de contenido esencial condiciona la forma en la que determina el alcance de los derechos.

Para quienes niegan que exista la posibilidad real de un conflicto entre derechos fundamentales, la garantía del contenido esencial se presenta como un camino bastante razonable para resolver las paradojas interpretativas entre las disposiciones iusfundamentales.

En primer lugar, es necesario aclarar que las teorías, tanto absoluta como relativa, no toman en consideración o bien no profundizan sobre la dimensión institucional de los derechos fundamentales; lo cual produce que se reduzca la función del contenido esencial a una teoría que sirva de parámetro sobre la constitucionalidad de las intervenciones legislativas limitadoras de los derechos fundamentales, como lo es el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, si existe alguna finalidad constitucional, ésta se regula por el ejercicio de un derecho fundamental, la cual no puede afectar el contenido esencial de ese derecho. El punto de partida es siempre, por tanto, una relación entre bienes públicos -que constituyen finalidades a perseguir por el legislador- y derechos fundamentales. El contenido esencial no servirá para resolver el problema si es que no entendemos las finalidades que persiguen los derechos, en tanto bienes humanos y las relaciones que de estos se desprenden entre sus titulares.¹⁴⁴¹

A) Teoría absoluta

Desde la teoría absoluta se sostiene que los conflictos entre derechos fundamentales y bienes públicos se trasladan a los contenidos esenciales de esos derechos; por lo cual, ese contenido esencial es el núcleo geométrico del contenido total iusfundamental. La interpretación integral de las distintas cláusulas constitucionales permite la superación de los conflictos en un buen número de casos; sin embargo existen otros, en los cuales no parece ser solucionable. El núcleo absolutamente intangible aparece innegablemente violado en ésta teoría, como el caso de la pena de prisión perpetua y la libertad física. La respuesta de la teoría absoluta a estos problemas pasa por la jerarquización de los contenidos esenciales, y la negación o preterición ulterior de alguno de ellos, aunque no se mencione de

¹⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 273.

manera expresa.¹⁴⁴²

La teoría absoluta al distinguir dentro de un derecho entre un núcleo esencial y uno accesorio, permite la posibilidad de relativizar los derechos fundamentales, por medio de las restricciones; el riesgo ineludible se incrementa cuando es necesario advertir en que consiste el núcleo duro.

Un ejemplo paradigmático, es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional español TCE 11/1981, en la que declara la constitucionalidad del artículo 7.2 del Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo, que define a los hechos ilícitos o abusivos las *huelgas de celo* (cumplimiento estricto de la normativa laboral, de salud e higiene), sobre la base de la previa definición del contenido esencial del derecho de huelga como “una cesación del trabajo, en cualesquiera de las manifestaciones o modalidades que éste puede revestir”, sin proporcionar ninguna justificación adicional de esa limitación del derecho.¹⁴⁴³

La Constitución no establece una distinción entre contenidos accidentales y esenciales, sino que reconoce a los derechos fundamentales en su integridad. Bajo este concepto, se soslaya la exigencia del legislador de crear las condiciones que hagan posible el ejercicio efectivo de los derechos. Es decir, el Estado no tiene un mero papel pasivo limitador de derechos, sino que asume una posición activa destinada a hacer posible el disfrute efectivo de los derechos fundamentales.¹⁴⁴⁴

El contenido esencial desde la teoría absoluta, lleva a la confusión, por considerar que la escisión de un derecho puede dar lugar a asumir anticipadamente que una “parte” del mismo debe ser necesariamente “cedida” al legislador; o bien que lo que el legislador “añada” a su núcleo indisponible tiene el carácter también de derecho fundamental, aunque sea prescindible o eliminable. La concepción escindida del derecho fundamental conduce así a un apriorístico entendimiento del contenido esencial como contenido “mínimo” o bien a la “constitucionalización” del derecho cuyo fundamento está sólo en la ley.¹⁴⁴⁵

La discusión obedece a un mal planteamiento, pues la garantía del contenido esencial no se refiere a derechos subjetivos públicos, propios de cada individuo, sino a derechos fundamentales como categorías generales y objetivas, establecidos en determinados preceptos constitucionales. Los derechos fundamentales desde un punto de vista subjetivo no quedan por ello desprotegidos sino que en este punto aparecen los criterios de *interdic-*

¹⁴⁴² *Idem.*

¹⁴⁴³ VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, Escuela Libre de Derecho – Porrúa – Universidad Complutense, México, p. 69.

¹⁴⁴⁴ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁴⁵ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales” en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, Cortes Generales, Editoriales Reunidas, 1996, p. 481 y ss.

*ción de la arbitrariedad y de proporcionalidad.*¹⁴⁴⁶

El problema de fondo se encuentra en que el contenido esencial de los derechos fundamentales, procura encontrar un sano equilibrio entre el respeto y trascendencia que requieren y representan los derechos fundamentales en un sistema legal determinado; los problemas de la vida cotidiana plantean al operador jurídico el reto de conceptualizar debidamente el derecho fundamental en conflicto, y la pretensión opuesta que se aduce en contrario; para lo cual, el principio de proporcionalidad constituye una herramienta idónea para determinar la idoneidad y necesidad de la medida legislativa.

La importancia determinante en la correcta conceptualización del contenido esencial de los derechos, se basa en que toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada; el razonamiento del operador jurídico no solamente debe exponer buenas razones para delimitar un derecho fundamental, sino que la afectación a dicho contenido esencial, resultará legítimo, siempre y cuando no vulnere el contenido mínimo o esencial de un derecho.

B) Teoría relativa

Al contrario de la teoría absoluta, la teoría relativa, no traslada los conflictos entre derechos a su contenido esencial. Sin embargo, la paradoja subsiste; pues la garantía de ese contenido esencial, queda reducida a la necesidad de justificación de la intromisión en el derecho fundamental, cuya exigencia ya viene reconocida por el principio de razonabilidad.

Bajo esta teoría, la garantía de contenido esencial de los derechos se convierte en una mera garantía formal. La limitación a un derecho fundamental descansa únicamente en los fines perseguidos sin que se examine al propio derecho lesionado, por lo que se le deja efectos declarativos y en consecuencia no añade nada al establecimiento constitucional del derecho, ya que aunque no existiera toda limitación de un derecho fundamental requeriría una justificación más detallada en la argumentación, para señalar cuál es el bien humano jurídicamente tutelado en cuanto a su extensión protectora en el *juicio de proporcionalidad*.¹⁴⁴⁷

En ese sentido, *se confunde a la cláusula del contenido esencial con el principio de proporcionalidad*, cuando se trata de criterios independientes, por lo que puede llevar a la relativización del estatuto jurídico de los derechos fundamentales; pues por una parte el contenido esencial refiere a lo que es un derecho y la proporcionalidad, refiere a su delimitación razona-

¹⁴⁴⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 183 y ss.

¹⁴⁴⁷ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 273-274.

ble en relación con otros derechos.

La discusión relativa a si los derechos fundamentales son absolutos o están sujetos a limitaciones no puede llegar al extremo de considerar que sean limitables de forma permanente por otros bienes constitucionalmente protegidos, en razón del propio carácter fundamental en el ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales.¹⁴⁴⁸

La cláusula del contenido esencial se convierte en una herramienta efectivamente operativa cuando es entendida como un concepto o valor absoluto, pues si se considera un requerimiento a examinar con particular cuidado la normativa limitadora, a fin de que ésta no sea injustificada o arbitraria; en puridad no añadiría nada a la protección de los derechos fundamentales y, por tanto, carecería de un significado autónomo. Toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial; aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo de un derecho fundamental.¹⁴⁴⁹

2) La combinación hermenéutica del contenido esencial y el principio de proporcionalidad

Analizadas ambas teorías (absoluta y relativa) desde una perspectiva hermenéutica, se concluye que sus posiciones extremistas terminan por “nihilizar” o relativizar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

La teoría absoluta hace depender el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, en una regulación concreta de que la finalidad no consista en la consecución de un bien que se considere de contenido jerárquicamente superior al del derecho fundamental en cuestión. Por su parte, la teoría relativa, exigirá que la intromisión legislativa presente argumentos justificatorios para que sea eficaz y haya un balance adecuado entre costos y beneficios.¹⁴⁵⁰

La actividad legislativa relacionada con los derechos fundamentales se encuentra necesariamente limitada a través de las normas iusfundamentales. En ese sentido, no parece de importancia determinante el hecho de que se pretenda distinguir con precisión analítica, entre configuración, limitación, delimitación, concretización, etc.; siempre y cuando, la referencia sea a la actividad legislativa limitadora de las normas iusfundamentales, y tenga como base el contenido esencial de los derechos.¹⁴⁵¹ Por lo

¹⁴⁴⁸ VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, op. cit., p. 67.

¹⁴⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., p. 148.

¹⁴⁵⁰ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., p. 274.

¹⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 274.

cual, en este aspecto, como en otros, la proporcionalidad será fundamental para encontrar una conexión razonable entre el contenido esencial y su adecuada delimitación.

Por otra parte, las normas iusfundamentales han consagrado un derecho fundamental *prima facie*, la facultad limitadora del legislador está sujeta al respeto de su contenido esencial; el cual debe ser respetado bajo la idea de que la norma constitucional protege un bien humano, el cual es de carácter indisponible.

Juan Cianciardo ya ha dejado en claro que el tema medular en el conflictivismo, es distinguir que el contenido esencial es el contenido del derecho fundamental, y no de la norma iusfundamental, por lo cual las normas iusfundamentales son limitables, mientras que los derechos fundamentales no. De modo que el sujeto, el destinatario y el objeto del derecho fundamental *prima facie* no pueden ser alterados, es decir, modificados inconstitucionalmente por la ley limitadora de la norma iusfundamental. La pauta que permite distinguir las modificaciones constitucionales de las inconstitucionales es el fundamento del derecho, convertible con su finalidad. Estaremos en presencia de una modificación legal inconstitucional de la estructura del derecho fundamental, toda vez que la ley en cuestión impida el cumplimiento del fin del derecho fundamental.¹⁴⁵²

La función del contenido esencial de los derechos fundamentales no se agota en la delimitación de las intromisiones legislativas¹⁴⁵³; permite una interpretación más rica, que se encuentra, por lo demás, en sintonía con lo que el constitucionalismo moderno ha llamado “vertiente objetiva” de los derechos fundamentales. El respeto del contenido esencial, exige la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales desde una esencial faceta activa.¹⁴⁵⁴

Por otra parte, la conexión del art. 53.1 con el art. 9.2, ambos de la CE pone aún más claramente de manifiesto que la garantía del contenido esencial ha de entenderse también con un contenido positivo. En efecto, el art. 9.2 de la CE, al ordenar a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Tal dispositivo “contiene un auténtico mandato dirigido a los poderes públicos de realizar una “política de derechos fundamentales”, es decir, de asumir una posición activa en la promoción de los derechos”.¹⁴⁵⁵

Las disposiciones en cita, permiten asegurar que el contenido esencial

¹⁴⁵² *Ibidem*, p. 275.

¹⁴⁵³ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 83-96.

¹⁴⁵⁴ *Ibidem*, pp. 84-85.

¹⁴⁵⁵ *Ibidem*

prescribe también que los órganos de gobierno del Estado desarrollen los derechos fundamentales, de manera que puedan ser realmente ejercidos por todos los ciudadanos. Cianciardo la asocia con una *propuesta hermenéutica*, la cual implica, entre otras cosas, resaltar la faceta prestacional de los derechos fundamentales.¹⁴⁵⁶

Las conclusiones a las que llega Juan Cianciardo, confirman la hermenéutica iusfundamental que proponemos: *la hermenéutica no es un método unívoco de interpretación de las normas de derecho fundamental, sino una filosofía de la interpretación y la aplicación de las normas iusfundamentales, que de forma armónica combina una multiplicidad de métodos: a lo que nos ocupa, el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos humanos.*

Así pues, ninguna de las teorías sobre el contenido esencial de los derechos da una explicación aceptable, en virtud de que dichas teorías pueden ser asimiladas entre sí, resaltando ciertos aspectos de cada una, y sobre todo cuando se aplica el principio de proporcionalidad cuando se limitan los derechos fundamentales. Es decir “Ni la proporcionalidad elimina la garantía del contenido esencial, ni éste permite casos que rechacen el uso de la máxima de proporcionalidad para su resolución. Por tanto, estamos ante garantías complementarias”.¹⁴⁵⁷

Juan Cianciardo establece pautas básicas de una comprensión diferente del contenido esencial de los derechos fundamentales¹⁴⁵⁸, las cuales comparten el programa hermenéutico de la propuesta que sostenemos en el presente estudio; para lo cual adoptamos con algunas modificaciones.

a) El contenido esencial de los derechos fundamentales es tanto una *garantía* frente a su limitación inconstitucional, como un *mandato* al legislador para que promueva los derechos fundamentales; no estamos ante una cláusula constitucional de valor declarativo, ni el respeto del contenido esencial se agota en la no intromisión del legislador en las normas iusfundamentales; sino que su prescripción también conlleva la adopción de políticas y acciones de forma proactiva.

De igual forma, resulta posible que la falta de regulación sobre algún aspecto de los derechos fundamentales constituya una inconstitucionalidad legislativa por omisión; y en consecuencia se incurra en violación del contenido esencial, al carecer del marco jurídico idóneo para hacer efectivo el derecho fundamental no regulado.

b) El respeto del contenido esencial no se debe confundir con la exigencia de que toda limitación de una norma iusfundamental se encuentre justificada. No obstante a lo anterior, *una medida legislativa sólo puede ser constitucionalmente justificada, si respeta el contenido esencial de los dere-*

¹⁴⁵⁶ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., p. 277.

¹⁴⁵⁷ *Ibidem*

¹⁴⁵⁸ *Ibidem*, pp. 279-280.

chos fundamentales, el cual depende de la aplicación del principio de proporcionalidad; por lo cual se advierte la combinación armónica entre herramientas hermenéuticas para alcanzar de manera efectiva la interpretación conjunta de los derechos en conflicto.

c) El contenido esencial constituye una *valla infranqueable* para el legislador, y no existen razones que permitan jurídicamente su avasallamiento. La teoría absoluta acierta en este aspecto, sin embargo soslaya que el contenido interno de cada derecho fundamental, mantiene una relación con otros bienes y derechos; lo cual puede conducir, en algunos casos, a que el derecho fundamental de una persona concreta carezca de eficacia.

Por lo cual, no basta establecer teorías del contenido esencial de los derechos como las estudiadas (objetiva-subjetiva y absoluta-relativa), sino que la función interpretativa del derecho es una filosofía práctica que no puede reducirse al aspecto metodológico de la interpretación de los derechos.

d) *La determinación del contenido esencial de un derecho fundamental guarda una relación estrecha con el examen de su finalidad.* Si una conducta concreta se enmarca entre las que son idóneas para la realización del fin propio del derecho fundamental de que se trate, tal conducta no podrá ser impedida por ninguna norma sin transgredir el contenido esencial del derecho; lo cual implica, a *contrario sensu*, que puede ser prohibida toda conducta que no resulte apta para alcanzar la finalidad de alguno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

El ejemplo de la pena de prisión perpetua bajo la idea del contenido esencial, es muy representativo para advertir cuando se le vulnera a una persona su libertad física; se puede concluir entonces que su derecho pierde eficacia, puesto que no lleva a cabo la finalidad para la cual le ha sido reconocido, pues no importa que compurgue una pena, esta será en perpetuidad.

Por citar otro ejemplo, no se puede concebir bajo un argumento de razonabilidad y proporcionalidad, la existencia del contenido esencial del derecho a insultar a una persona, o bien, a proferir manifestaciones racistas, discriminatorias, o que impliquen una blasfemia a cualquier religión que se profese desde una perspectiva razonable; en suma, no hay derecho al desbordamiento de un supuesto derecho, pues los contornos del contenido esencial de una prerrogativa fundamental, se ejercen en coordinación con otras libertades y derechos de forma ajustada en la comunidad política.

No obstante a lo anterior y del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español antes analizada, la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales es una noción *problemática*; su determinación depende al menos en parte de las circunstancias históricas y conlleva necesariamente la admisibilidad constitucional de variaciones sincrónicas y diacrónicas en su determinación.

e) *La perspectiva hermenéutica* permite superar esas contradicciones que presentan tanto la teoría absoluta como la relativa: la primera no ex-

plica satisfactoriamente cómo es posible que en determinados casos el contenido esencial de un derecho fundamental pueda ser tan ampliamente desconocido. Por lo que respecta a la teoría relativa, esta no satisface las exigencias de los derechos fundamentales como límites al poder.

Finalmente, ambas teorías, no contemplan el contenido esencial desde su aspecto institucional, tanto como obligación del legislador, como garantía para las personas de que las obligaciones derivadas de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales deban ser necesariamente cumplidas.

La hermenéutica por el contrario, explica los *casos-límite* partiendo de las exigencias que se infieren al considerar a cada derecho desde su teleología, desde los bienes humanos que protege la norma positiva; entre las que se encuentra la promoción por parte del poder público para alcanzar su vigencia efectiva.

Para advertir una adecuada interpretación de los derechos fundamentales, la hermenéutica pretende develar las confusiones que trae aparejado el conflictivismo. Es necesario *distinguir entre derechos fundamentales y normas iusfundamentales*, para prevenirnos de que los derechos en sí mismos son bienes humanos, y en consecuencia, no pueden ser asimilados por las normas; pues en todo caso, los conflictos entre derechos se tornan inevitables, al encontrarse potencialmente en colisión unos con otros.

Robert Alexy cuando explica los métodos de solución de conflictos tanto de reglas como de principios, señala que en el primer caso se determinará la invalidez de una de las reglas para resolver el conflicto; y en el caso de los principios “el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. *Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido*”.¹⁴⁵⁹

La solución del conflicto bajo las coordenadas del conflictivismo es que el principio en sentido contrario “retrocede” pero no se declara inválido, a la luz del debate del contenido esencial de los derechos, resulta del todo *ingenua y sospechosa de positivismo normativo*. Afirmar que un principio simplemente retrocede y no es inválido, es como sostener que su validez depende de su aplicación, con lo cual se le está dando el tratamiento de regla, en lugar del derecho en sí; y a la vez, se rompe con el círculo hermenéutico al fragmentar entre interpretación y aplicación.

El elemento material del derecho fundamental y su contenido esencial, no depende de que su interpretación y su aplicación se realicen de manera separada; es decir, que solamente adquiere eficacia cuando en la ponderación un principio gane las carreras de las jerarquías como el más importante frente a otro principio. En ese aspecto podemos advertir que se rompe con la unidad del círculo hermenéutico en el cual, interpretación y apli-

¹⁴⁵⁹ ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, op. cit., p. 13. Las cursivas son nuestras.

cación forman parte del mismo proceso de la comprensión.¹⁴⁶⁰

Postergar la aplicación de un principio en el caso concreto, es postergar su interpretación y concreción práctica; el derecho en sí, que protege la norma, pierde operatividad fáctica y normativa. Sostener que el principio retrocede, es igual a decir que su importancia depende de *libertades preferentes y por ende la existencia de una jerarquía previa*. La hermenéutica que plantea una *jerarquía móvil*, advierte que el denominador común en la determinación de la respuesta correcta, son las condiciones por las cuales se puede advertir que en ese caso, el bien humano protegido adquiere realidad.

En ese sentido, se afirma que los derechos son identificados con facultades ilimitadas, o bien porque existe una norma de clausura del ordenamiento que convierte en derecho todo lo que no está prohibido, o bien porque se ha desligado a cada derecho de su fundamento: no puede evitarse que una facultad así caracterizada colisione con otra.¹⁴⁶¹ La norma jurídica y el derecho fundamental, se encuentran ligados por el *punto hermenéutico del contenido esencial del derecho*; el objeto de la interpretación que salva las distancias entre su contenido material y el caso particular, es la *concreción del bien humano que protege*.

Por ende, tanto la ponderación, el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales, como cualquier otra herramienta hermenéutica, terminarán por postular dilemas y paradojas irresolubles, que no se solucionan a través del menoscabo, limitación o intervención a un derecho en beneficio de otro; pues los derechos no se limitan en un sentido estricto, sino que simplemente el ejercicio desbordado del mismo no está autorizado por la norma. Al carecer de hipótesis normativa, el contenido esencial del derecho fundamental se *devela* a través de la argumentación jurídica del operador constitucional.

El descubrimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales, se encuentra emparentado con los límites a esos derechos cuando se aplica el *test de proporcionalidad*; la hermenéutica se encarga de vincular esas herramientas interpretativas con el sentido específico que resuelve el caso constitucional, en relación con determinado derecho fundamental y su confrontación con otro derecho.

El conflictivismo ignora la indisponibilidad hermenéutica del contenido esencial de los derechos como un parámetro objetivo de interpretación; para que llegado el momento de la ponderación, a través del principio de proporcionalidad y sus tres sub principios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), se parta de conceptos circunstanciados para la adecuada concreción de los elementos materiales de los bienes humanos que protegen las disposiciones de derecho fundamental.

¹⁴⁶⁰ *Supra* “5. El círculo hermenéutico”.

¹⁴⁶¹ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 280-281.

La hermenéutica del contenido esencial de los derechos humanos, tiene como finalidad primordial evitar que el operador jurídico, parta de concepciones equivocadas de lo que va a interpretar. En ese aspecto y para decirlo en términos de la lógica y la argumentación jurídicas, lo que importa es la adecuada elección de las premisas fácticas y jurídicas, para que el punto de partida en la vorágine de la interpretación que envuelve al círculo hermenéutico sea la correcta. Pues *si el inicio no fue el adecuado o el correcto para interpretar un derecho fundamental, el final tampoco lo será.*¹⁴⁶²

La adecuada interpretación de los hechos y de las pruebas en el caso constitucional, así como el reconocimiento del material normativo aplicable *prima facie*, dará al hermeneuta un buen comienzo en el desarrollo del razonamiento justificatorio de su decisión. La buena inserción en la *singularidad del círculo hermenéutico*, en la que se introduce el operador jurídico, al conocer las condiciones de posibilidad adecuadas para la interpretación correcta de un derecho humano, parte de la definición del núcleo esencial de cada derecho fundamental que se encuentra en presunta controversia.¹⁴⁶³

El *salto cuántico en la singularidad hermenéutica*, se surte porque el operador jurídico develó de manera adecuada el contenido esencial del derecho fundamental, a través del razonamiento delimitador de la extensión del bien humano que protege la disposición iusfundamental. *La adecuada conceptualización del derecho, cimentará sobre terreno firme la justificación externa de su decisión, en una función de anclaje de las cualidades esenciales de un derecho en un caso concreto; para avizorar de manera prudencial los efectos indeseables que con interpretaciones sesgadas del conflicto, implican la afectación del núcleo indisponible de un derecho.* La adecuada elección de las premisas normativas, sobre las cuales desarrollará el intérprete constitucional su argumentación en la decisión, llegará de manera segura a una decisión razonablemente justificada a través del proceso de comprensión del círculo hermenéutico.¹⁴⁶⁴

CONCLUSIONES

1. *El método armónico: entre limitación y delimitación de los derechos fundamentales.*

1) ¿Conflictos conceptuales?

A) Propone que los derechos no pueden colisionar, en tanto que, una

¹⁴⁶² FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., p. 200.

¹⁴⁶³ *Idem.*

¹⁴⁶⁴ *Idem.*

correcta delimitación de los mismos desde el punto de vista conceptual pueda advertirse *ab initio*, que el ejercicio de un derecho, se encuentra amparado o no en el caso concreto.

B) Bajo el prisma *no conflictivista* se puede advertir cuáles de los dos derechos prevalecen en el caso en particular, no para anularlo, ni limitarlo, pues en realidad la *delimitación* no implica una restricción, en tanto que alguno de esos derechos no tiene la cobertura constitucional que se pretendía con su ejercicio desbordado.

2) Jürgen Habermas vs Robert Alexy

1. Habermas

A) Como normas deontológicas los principios, tendrían una estructura universal e incondicional; sólo caben dos posibilidades: que sean válidas, y que por tanto surja el deber de aplicarlas en todo caso concreto, o que no lo sean y en consecuencia no se deba aplicar a ninguno.

B) En la ponderación se constituye *un orden transitivo entre los valores constitucionales*, algo que escapa a toda posibilidad de control racional y que convierte la tarea en discrecional y arbitraria; al considerar a los derechos como valores y no como normas deontológicas, su aplicación jurisdiccional no debe llevarse a cabo mediante la ponderación, sino mediante otro método alternativo coherente con la naturaleza de dichas normas.

C) En coincidencia con Klaus Günther, formula la *teoría de la norma adecuada*: “hallar entre las normas aplicables *prima facie*, *aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita en la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes*”.

2. Robert Alexy

A) La interpretación del conflictivismo alexyano de Habermas resulta problemática, puesto que el propio Alexy rechaza la concepción de los derechos como valores y los considera como principios, esto es *conceptos deontológicos*.

B) Principios y valores, se diferencian en cuanto al *carácter deontológico* de los primeros y del carácter axiológico de los segundos.

C) Los principios hablan mejor el lenguaje del derecho, pues, estos señalan lo que es debido; se expresa claramente *el carácter de deber ser*, y por ende una interpretación más eficiente que los valores.

2. Conflictivismo y contenido esencial de los derechos fundamentales.

A) La doctrina ha señalado algunas estrategias argumentativas utilizadas por diversos autores para rechazar la concepción conflictivista y la ponderación:

a) Se trata de una *comprensión inadecuada* de las normas constitucionales de derechos fundamentales (Habermas);

b) No se tiene en cuenta la diferente *estructura o ‘naturaleza’ de los diversos tipos de derechos*, que imposibilitarían los conflictos (Ferrajoli);

c) Se trata de un problema generado por la *falta de consciencia de los*

límites o fronteras (de la ‘delimitación’, como suele decirse) de cada derecho fundamental o bien constitucional implicado; en otras palabras, sobre *qué abarca y qué deja fuera cada derecho fundamental* (De Otto, Jiménez Campo, y, con otros presupuestos, Martínez-Pujalte, Ollero, Cianciardo, Pedro Serna y Fernando Toller).

B) La teoría hermenéutica se centra en la tercera estrategia, en cuanto al debate sustancial que se relaciona con la delimitación de los derechos fundamentales por el legislador para regular el ejercicio de los derechos y libertades de los justiciables, respetando siempre su contenido esencial como *núcleo duro indisponible para la decisión democrática*. Veamos los principales autores y sus ideas:

Friedrich Müller

A) La *limitación* de un derecho supone un sacrificio, recorte o construcción del conjunto de facultades que compone un derecho o libertad, para establecer como fue impuesto “desde fuera;

B) La *delimitación* consiste en precisar o determinar con exactitud los “contornos” o fronteras del derecho, para determinar qué “cae dentro” y qué “cae fuera” de cada derecho o libertad.

Ignacio De Otto

A) Estos límites necesarios que derivan de la propia naturaleza del derecho, son los contornos o fronteras del derecho o libertad que resultan de la propia norma constitucional que reconoce el derecho protegiendo jurídicamente una esfera de la realidad que menciona.

B) La limitación externa de los derechos, son *conductas que derivan de una eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental*.

C) Cita como ejemplos la sentencia STC 2/1982, como un caso de coacción realizada en el curso de una reunión y la STC 91/1983, sobre la reunión de un sindicato de policía en el lugar y horario de trabajo; finalmente señala el caso hipotético de una secta religiosa nudista no es un caso de libertad religiosa, sino de manifestación externa de culto, o el matrimonio monogámico, no es una limitación a la poligamia.

Antonio-Luis Martínez-Pujalte

A) La *cuestión hermenéutica fundamental* es la determinación del ámbito jurídicamente protegido por cada derecho, presentan límites internos o immanentes necesarios que resultan de su propia naturaleza.

B) Lo que se impugna no es la existencia de conflictos de derechos, sino su interpretación, por lo cual todos los conflictos son aparentes: sólo uno de los dos sujetos tiene realmente el derecho.

C) Todo proceso de interpretación implica que la comprensión de la

norma se efectúe desde el contexto en que se sitúa el intérprete y desde el sistema de valores compartidos por la comunidad: criterios extraconstitucionales, interpretación dinámica o evolutiva, sistemática y unitaria de la Constitución

Andrés Ollero

A) No es lo mismo limitar que delimitar, prescribir limitaciones que describir límites inmanentes: la libertad de expresión no ampara el insulto, por ende no es un límite al derecho a expresarse, sino que dicha conducta se encuentra extralimitada del ámbito constitucionalmente protegido.

B) *Todo derecho es libertad "ajustada" por una dimensión social*; los derechos están condicionados a las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática

Pedro Serna y Fernando Toller

A) Los conflictos entre derechos son en realidad *pseudo-colisiones*, no debiendo ser resueltos a través de la ponderación de bienes, sino por la vía de esclarecer interpretativamente o delimitar el contenido del derecho de que se trate.

B) De no entender así las normas constitucionales, habría partes de la Constitución que se opondrían y anularían unas con otras, por lo que es necesaria su interpretación sistemática.

C) El efecto normativo de la Constitución como unidad, obliga a los jueces a buscar la compatibilidad y la armonía de los derechos antes que su oposición.

Juan Cianciardo

A) *El contenido de las normas iusfundamentales es limitado y regulable*. La consecuencia jurídica de una norma se produce cuando se cumplen todas sus condiciones; los problemas surgen al intentar desvelar la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones al derecho en sí, pues es necesaria una *pre-interpretación* que *prima facie* sea advertida en la investigación hermenéutica, la finalidad y los supuestos de los demás derechos constitucionales.

B) *Los derechos fundamentales son ilimitables*. Los derechos protegen aquello que protegen y nada más. Tienen un contenido limitado, pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable, pues no admite una extralimitación. Los derechos tienen un carácter coexistencial determinante, pues aquellos son necesariamente derechos relacionales.

C) El respeto de los principios hermenéuticos de *unidad de la Constitución* y *concordancia práctica*; atienden a la *circularidad* en la cual se devela la necesidad en la búsqueda por las respuestas correctas en el derecho, más que en el respeto de la Constitución, se encuentra en el carácter rela-

cional del fenómeno jurídico y en la unidad interna de los bienes humanos y de la naturaleza humana.

D) Cianciardo habla implícitamente del *círculo hermenéutico*: esto es la norma iusfundamental (el túnel hermenéutico), el derecho fundamental mismo que se ve iluminado a la salida de ese túnel hermenéutico; existen entre ambas una relación estrecha de su carácter coexistencial como norma sustentadora-sustentada.

E) Constituye un *dogma probadamente falso*, la autosuficiencia del texto constitucional y de las disposiciones iusfundamentales; es imposible determinar apodícticamente aun haciendo un gran esfuerzo hermenéutico, los perfiles de cada uno de los derechos.

3. La armonización del contenido esencial desde la hermenéutica: el debate entre el positivismo metodológico y el derecho natural.

1) La naturaleza de los bienes humanos como libertad ajustada a la vida comunitaria. Desde el *iusnaturalismo* Cianciardo, Serna y Toller sostienen:

A) *La ponderación termina por confundir el derecho fundamental con la norma reguladora del mismo; la jerarquización y la ponderación, traen como resultado que unas partes de la Constitución quedarían anuladas por las otras, al menos en los casos concretos.*

B) Los derechos nacen ajustados entre sí y en armonía con los elementos que integran el bien de la comunidad política: el fundamento de todo ello se encontraría en la “unidad del hombre” y la compatibilidad entre los valores humanos.

C) Los bienes humanos son, por definición, compatibles entre sí, porque son bienes todos ellos para un mismo ser: el hombre. Un bien humano es bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos, pues la vida en sociedad requiere de su coexistencia armónica para subsistir en comunidad.

D) La principal pauta hermenéutica será distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental, y buscar la armonización en el nivel de los derechos, no limitarse a las meras normas.

E) La determinación de su *contenido esencial*, consiste en mirar hacia los límites internos, su naturaleza, el bien que protegen, su finalidad y su ejercicio funcional: es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable, al que es preferible llamar simplemente *contenido del derecho*, prescindiendo de *núcleos duros y periferias disponibles*.

2. Directrices hermenéuticas del contenido esencial (Serna y Toller):

A) *Que requiere un adecuado ajustamiento entre los derechos y entre estos y los bienes humanos*

B) *Que el contenido del derecho si bien empieza a perfilarse en abstracto, no es sino en el caso concreto donde termina por definirse*

C) *Que la posibilidad de aplicar test de razonabilidad y proporcionalidad, son perspectivas originarias de la visión conflictivista y del método del*

balance o ponderación.

D) Que de lo que se trata es de una delimitación del contenido antes que de una limitación exterior de los derechos.

3. El contenido esencial desde la ingeniería inversa (reverse engineering) del positivismo metodológico. Las críticas de Martínez Zorrilla a las tesis de Serna y Toller, tal vez podrían dar en el blanco si seguimos sosteniendo:

A) Que el iusnaturalismo es una concepción fiscalista, de *derivar normas de hechos* de forma injustificada racional y argumentativamente; tanto desde un aspecto lógico y material.

B) La separación del *ser* y el *deber ser* en el Estado de derecho constitucional, es insostenible cuando interpretamos derechos humanos: la valoración de carácter moral es ineludiblemente necesaria, un puente hermenéutico que comunica dichas realidades de forma coexistente.

C) David Martínez Zorrilla, sostiene un positivismo desde un *instrumental analítico*; su ingeniería inversa (*reverse engineering*), es la actividad filosófica dentro de la “tradición analítica” como un *proceso de observación y estudio minucioso del derecho: cómo hace lo que hace de una forma meramente descriptiva, sin admitir un contenido deontológico-sustancial.*

5. El concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales

Antonio-Luis Martínez Pujalte

Por “contenido esencial” cabría entender el contenido de los derechos constitucionalmente declarado, que debe ser delimitado por el intérprete a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección.

Luciano Parejo Alfonso

El contenido esencial no es otra cosa que el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en alguno de sus elementos) el derecho deja de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere.

Antonio Enrique Pérez Luño

La protección del contenido esencial “como una garantía institucional (*institutionelle Garantie*) que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales. En suma, la *Wesensgehaltsgarantie* se refiere a la obligación del legislador

de salvaguardar la institución, definida por el conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico-sociales que forman el contexto de los derechos y libertades.

5. Objeto del contenido esencial de los derechos fundamentales: teoría objetiva y teoría subjetiva

1) *Teoría objetiva.* Para esta teoría, existen supuestos en los que el contenido esencial de un derecho fundamental concreto de una persona no sólo resulta afectado en los hechos, sino que debe ser afectado. Un ejemplo paradigmático es la condena a prisión perpetua, pues el derecho fundamental a la libertad de movimiento de la persona condenada resulta aniquilado.

2) *Teoría subjetiva.* La protección de la garantía del contenido esencial tiene por objeto cada posición iusfundamental concreta, es decir, la dimensión individual de los derechos fundamentales. Bajo esta teoría, se parte del carácter de los derechos fundamentales como derechos individuales.

6. Naturaleza del contenido esencial de los derechos fundamentales: teoría absoluta y teoría relativa.

1) Teoría absoluta.

A) Sostienen que el contenido esencial es un núcleo duro, impermeable a la acción legislativa, que puede ser hallado en el seno de cada uno de los derechos fundamentales. Esta teoría parte de la noción de una esfera del derecho fundamental que constituye su contenido esencial, permanente y determinable; se trata de una interpretación material del concepto de contenido esencial, para lo cual se distingue así una parte esencial y una accesorio del derecho.

B) La teoría absoluta reproduce la metáfora del círculo hermenéutico, al adoptar la concepción espacial de la estructura de los derechos fundamentales. El contenido total de un derecho fundamental estaría integrado por *dos círculos concéntricos*, compuestos por diversas facultades y posiciones jurídicas que ganan en intensidad, en peculiaridad, en relevancia para la identificación del propio derecho, a medida que se van aproximando al centro.

2) Teoría relativa.

A) Esta teoría establece que toda restricción de los derechos fundamentales exige una justificación, que puede figurar de manera explícita en la Constitución o derivarse implícitamente. El contenido esencial de un derecho fundamental resulta de su ponderación con aquellos bienes o derechos que justifican su limitación. En ese sentido, no existe un núcleo permanente e identificable como contenido esencial del derecho.

B) Para Robert Alexy, el contenido esencial de los derechos fundamentales será aquello que queda después de una ponderación. Es decir, *la ga-*

rantía del contenido esencial de los derechos, no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional de la restringibilidad de los derechos fundamentales. Sin embargo, resulta equivalente para una parte del principio de proporcionalidad, y en consecuencia una razón más para sostener la validez de dicho principio.

7. *Hermenéutica y contenido esencial de los derechos fundamentales.*

1) *Teoría absoluta y teoría relativa desde la perspectiva hermenéutica.*

A) Las teorías, tanto absoluta como relativa, no toman en consideración o bien no profundizan sobre la dimensión institucional de los derechos fundamentales; lo cual produce que se reduzca la función del contenido esencial a una teoría que sirva de parámetro sobre la constitucionalidad de las intervenciones legislativas limitadoras de los derechos fundamentales, como lo es el principio de proporcionalidad.

B) En consecuencia, si existe alguna finalidad constitucional, ésta se regula por el ejercicio de un derecho fundamental, la cual no puede afectar el contenido esencial de ese derecho. El punto de partida es siempre, por tanto, una relación entre bienes públicos -que constituyen finalidades a perseguir por el legislador- y derechos fundamentales.

C) El contenido esencial no servirá para resolver el problema si es que no entendemos las finalidades que persiguen los derechos, en tanto bienes humanos y las relaciones que de estos se desprenden entre sus titulares

1. *Teoría absoluta.* La teoría absoluta al distinguir dentro de un derecho entre un núcleo esencial y uno accesorio, permite la posibilidad de relativizar los derechos fundamentales, por medio de las restricciones; el riesgo ineludible se incrementa cuando es necesario advertir en que consiste el núcleo duro. El contenido esencial desde la teoría absoluta, lleva a la confusión, por considerar que la escisión de un derecho puede dar lugar a asumir anticipadamente que una “parte” del mismo debe ser necesariamente “cedida” al legislador.

2. *Teoría relativa.* Al contrario de la teoría absoluta, la teoría relativa, no traslada los conflictos entre derechos a su contenido esencial. Sin embargo, la paradoja subsiste; pues la garantía de ese contenido esencial, queda reducida a la necesidad de justificación de la intromisión en el derecho fundamental, cuya exigencia ya viene reconocida por el principio de razonabilidad. En ese sentido, *se confunde a la cláusula del contenido esencial con el principio de proporcionalidad*, cuando se trata de criterios independientes, por lo que puede llevar a la relativización del estatuto jurídico de los derechos fundamentales.

2) *La combinación hermenéutica del contenido esencial y el principio de proporcionalidad.*

A) La teoría absoluta hace depender el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, en una regulación concreta de que la finalidad no consista en la consecución de un bien que se considere de contenido jerárquicamente superior al del derecho fundamental en cuestión. Por

su parte, la teoría relativa, exigirá que la intromisión legislativa presente argumentos justificatorios para que sea eficaz y haya un balance adecuado entre costos y beneficios.

B) Juan Cianciardo confirma la conclusión a la que llegamos de que *la hermenéutica constitucional no es un método unívoco de interpretación de las normas de derecho fundamental; sino una forma de comprender y aplicar la multiplicidad de los métodos y herramientas hermenéuticas de interpretación jurídica, como el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos humanos.*

D) Así pues, ninguna de las teorías sobre el contenido esencial de los derechos da una explicación aceptable, en virtud de que dichas teorías pueden ser asimiladas entre sí, resaltando ciertos aspectos de cada una, y sobre todo cuando se aplica el principio de proporcionalidad cuando se limitan los derechos fundamentales.

E) Es tanto una *garantía* frente a su limitación inconstitucional, como un *mandato* al legislador para que promueva los derechos fundamentales.

F) No se debe confundir con la exigencia de que toda limitación de una norma iusfundamental se encuentre justificada. No obstante a lo anterior, *una medida legislativa sólo puede ser constitucionalmente justificada, si respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales, el cual depende de la aplicación del principio de proporcionalidad.*

G) El contenido esencial constituye una *valla infranqueable* para el legislador, y no existen razones que permitan jurídicamente su avasallamiento. La teoría absoluta acierta en este aspecto, sin embargo soslaya que el contenido interno de cada derecho fundamental, mantiene una relación con otros bienes y derechos; lo cual puede conducir, en algunos casos, a que el derecho fundamental de una persona concreta carezca de eficacia.

H) *La determinación del contenido esencial de un derecho fundamental guarda una relación estrecha con el examen de su finalidad.*

I) La *perspectiva hermenéutica* permite superar las contradicciones que presentan tanto la teoría absoluta como la relativa; no contemplan al contenido esencial desde su aspecto institucional, tanto como obligación del legislador, como garantía para las personas de que las obligaciones derivadas de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales deban ser necesariamente cumplidas.

J) La hermenéutica por el contrario, explica los *casos-límite*, lo hace partiendo de las exigencias que se infieren al considerar a cada derecho desde su teleología, entre las que se encuentra la promoción por parte del poder público para alcanzar su vigencia efectiva.

K) La solución del conflicto, que el principio en sentido contrario “retrocede” pero no se declara inválido, a la luz del debate del contenido esencial de los derechos, resulta del todo *ingenua y sospechosa de positivismo normativo.*

L) Afirmar que un principio simplemente retrocede y no es inválido, es como sostener que la validez de un principio dependa de su aplicación, con

lo cual se le está dando el tratamiento de regla en lugar de su reconocimiento como principio de derecho fundamental; considerar separada la interpretación y la aplicación de las normas de derecho fundamental, es romper con la unidad del círculo hermenéutico en el cual, interpretación y aplicación forman parte del mismo proceso de la comprensión.

M) La existencia de *libertades preferentes, presuponen la existencia de una jerarquía previa*. La hermenéutica que plantea una *jerarquía móvil*, advierte que el denominador común en la determinación de la respuesta correcta, son las condiciones por las cuales se puede advertir que en ese caso el bien humano protegido adquiere realidad.

N) La norma jurídica y el derecho fundamental, se encuentran ligados por el *punto hermenéutico del contenido esencial del derecho*; el objeto de la interpretación que salva las distancias entre su contenido material y el caso particular, es la *concreción del bien humano que protege*.

Ñ) Por ende, tanto la ponderación, el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales, terminarán en dilemas y paradojas irresolubles, que no se solucionan a través del menoscabo, limitación o intervención a un derecho en beneficio de otro; pues los derechos no se limitan en un sentido estricto, sino que simplemente el ejercicio desbordado del mismo no está autorizado por la norma.

O) El descubrimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales, se encuentra emparentado con los límites a esos derechos cuando se aplica el test de proporcionalidad; la hermenéutica se encarga de vincular esas herramientas interpretativas con el sentido específico que resuelve el caso constitucional en relación con determinado derecho fundamental y su confrontación con otro derecho.

P) El conflictivismo ignora la indisponibilidad hermenéutica del contenido esencial de los derechos como un parámetro objetivo de interpretación; para que llegado el momento de la ponderación, a través del principio de proporcionalidad y sus tres sub principios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), se parta de conceptos circunstanciados para la adecuada concreción de los elementos materiales de los bienes humanos que protegen las disposiciones de derecho fundamental.

Q) La hermenéutica del contenido esencial de los derechos humanos, es evitar que el operador jurídico, parta de concepciones equivocadas de lo que va a interpretar; lo que importa es la adecuada elección de las premisas fácticas y jurídicas, para que el punto de partida en la vorágine de la interpretación que envuelve al círculo hermenéutico sea la correcta. Pues si el inicio no fue el adecuado o el correcto para interpretar un derecho fundamental, el final tampoco lo será.

R) *La adecuada conceptualización del derecho, cimentará sobre terreno firme la justificación externa de su decisión, en una función de anclaje de las cualidades esenciales de un derecho en un caso concreto; para avizorar de manera prudencial los efectos indeseables que con interpretaciones sesgadas del conflicto, implican la afectación del núcleo indisponible de un derecho.*

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO HERMENÉUTICA COMO CONCRECIÓN

SUMARIO: 1. El conflictivismo y la hermenéutica de la concreción de los derechos fundamentales: 1) La concreción de los derechos y el paradigma prudencial de la interpretación constitucional. 2) El conflictivismo jurídico y la concreción armónica de los derechos. 3) La balanza de la *justicia ponderativa* y *el derecho natural correctivo*. 2. Paradigmas interpretativos de las normas de derecho fundamental: el programa hermenéutico de Konrad Hesse: 1) Principio de unidad de la constitución. 2) Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista: el aporte de Gadamer a la hermenéutica constitucional de Konrad Hesse: A) La ponderación y el principio de proporcionalidad como coordinación de bienes constitucionalmente protegidos. B) La ausencia de un paradigma orientador en la ponderación conflictivista: la indefinición de Robert Alexy y el conflictivismo “creativo” de Konrad Hesse. 3) Principio de corrección funcional. 4) Principio de eficacia integradora. 5) Principio de fuerza normativa de la Constitución: *la voluntad de Constitución*. 6) Principio de interpretación conforme. 3. La concreción de los derechos fundamentales y las condiciones hermenéuticas de la comprensión: 1) La concreción y el programa normativo de la Constitución. 2) La precomprensión hermenéutica de los *pre-juicios* en la concreción de los derechos. 3) El programa “antimetodológico” de Konrad Hesse y su proyección hermenéutica

En el presente capítulo vamos a estudiar la forma de cómo el modelo *coherentista* de la concreción además de compartir los elementos del contenido esencial de los derechos, propone la redefinición de la estructura de la ponderación a través del *paradigma prudencial* de interpretación de los derechos fundamentales.

El conflictivismo jurídico y la concreción armónica de los derechos, son analizados por Fernando Toller y Pedro Serna quienes descifran con facilidad el mito del conflicto: sólo es posible hablar de colisión entre las *pretensiones* de los justiciables, no entre los *derechos*.

Con la metáfora de la *balanza de la justicia ponderativa*, sostenemos que el sistema jurídico es necesariamente hermenéutico; pues el bloque normativo que se integra con las disposiciones que contienen derechos humanos, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, precisan de un sistema jurídico de carácter débil, poroso.

La razonabilidad por la que se justifican las decisiones jurídicas, implica desarrollar una argumentación, que justifique no solamente una *movilidad normativa*; sino que esa “jerarquía móvil” también sea susceptible de acoplarse, a las fundamentaciones racionales que se dinamicen en una

movilidad argumentativa.

Por otra parte hemos llamado al *derecho natural correctivo*, como aquella aplicación del derecho que adopta a la razón práctica como un antídoto en contra del relativismo moral y el escepticismo ético, que a lo largo de la historia ha demostrado, que independientemente de lo establecido en el ordenamiento jurídico positivo, la injusticia extrema no puede ser reconocida como derecho válido. El caso del derecho positivo emanado del régimen nazi, no podría contener la presunción de derecho válido porque no encontraban en él, algún atisbo de pretensión de corrección o validez: *el derecho natural de corrección-operativa del derecho positivo.*

Sin lugar a dudas los paradigmas interpretativos de las normas de derecho fundamental contemporáneos, encuentran en el programa hermenéutico de Konrad Hesse, la más importante influencia que haya tenido antes en la doctrina, las directivas de interpretación constitucional. Konrad Hesse es un *hermeneuta constitucional* en toda la extensión de la palabra: para Gadamer, *ese aquí y ahora, es la historia efectual*; para Hesse *la vida histórica-concreta.*

En ese contexto podemos constatar que *los principios de la interpretación constitucional* de Konrad Hesse, han recibido una decidida influencia de la hermenéutica moderna de Hans-Georg Gadamer, con fundamento en *Verdad y Método*. Hesse afirma: “La interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación”; la interpretación constitucional es “concretización” (*Konkretisierung*): *lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata, a través de la interpretación del contenido normativo de las normas de derecho fundamental.*

Los *principios de interpretación constitucional como unidad de la constitución, corrección funcional, eficacia integradora, fuerza normativa de la Constitución, interpretación conforme*, han marcado un antes y un después en el modelo hermenéutico de aplicación de las normas iusfundamentales, sobre todo desde una perspectiva equilibrada, entre la realidad viva y la normatividad positiva: la concreción.

Sin embargo, el principio que destaca por su relevancia para el estudio que nos ocupa, es el *principio de concordancia práctica*, en el cual se dilucida la influencia determinante de *Gadamer en la hermenéutica constitucional de Konrad Hesse: la ponderación y el principio de proporcionalidad como coordinación de bienes constitucionalmente protegidos; de tal modo que en la solución del problema todos ellos conserven su entidad.*

La conclusión más importante a la que llegamos en el presente capítulo es que *del análisis que el propio Robert Alexy formula en el principio de concordancia práctica de Konrad Hesse, resulta que la ponderación tiene un fundamento más hermenéutico que discursivo.*

Además de que Alexy y Habermas, no se ponen de acuerdo para aprobar el mismo método de la ponderación, como mecanismo para interpretar los derechos fundamentales; con anterioridad a Alexy, Hesse ya había di-

señado un principio hermenéutico idóneo para prevenirnos en contra de lo que en el presente estudio denominamos como *conflictivismo de los derechos fundamentales*. Hesse de manera específica, refiere a que el método de la ponderación *no puede derivar en un menoscabo de un derecho a favor de otro*.

Finalmente, *la ausencia de un paradigma orientador en la ponderación conflictivista de Robert Alexy, conlleva a Konrad Hesse a formular un conflictivismo “creativo”*.

1. EL CONFLICTIVISMO Y LA HERMENÉUTICA DE LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1) La concreción de los derechos y el paradigma prudencial de la interpretación constitucional

La concreción de los derechos fundamentales, es *la materialización de su contenido esencial, una vez ponderados en el caso particular; buscando que cada derecho conserve su núcleo esencial y armonizándolos, de tal forma que ninguno de ellos sea sacrificado en beneficio del otro*.

El tema de la concreción ha ocupado a la doctrina del derecho constitucional contemporáneo en autores como Karl Engisch, Friedrich Müller, Konrad Hesse, Ernst-Wolfgang Böckenforde, Carlos Bernal Pulido, Alfen Da Silva, Xavier Arzo Santisteban, entre otros.¹⁴⁶⁵ Sin embargo, nos limitaremos a exponer la doctrina de la concreción en Konrad Hesse, principalmente por su vinculación con la hermenéutica jurídica gadameriana, y en muchos aspectos a la propuesta estructural de Friedrich Müller.

En ese contexto es que nuestra propuesta hermenéutica gira en torno a un enfoque *coherentista*, pues además de compartir los elementos descritos en el capítulo anterior del contenido esencial de los derechos; se propone la redefinición de la estructura de la ponderación a través del *paradigma prudencial*.¹⁴⁶⁶

¹⁴⁶⁵ ENGISCH, Karl, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Comares, Granada, 2004; MÜLLER, Friedrich, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, trad. Luis Villacorta Mancebo en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Núm. 27, Septiembre-Diciembre, 1989; HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 63-65; BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 31-33; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 103-151; ALFEN DA SILVA, Kelly Susane, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, op. cit., pp. 219-239; ARZO SANTISTEBAN, Xavier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

¹⁴⁶⁶ El paradigma prudencial en el juzgador es fundamental en el derecho contemporáneo, como una virtud esencial en la labor del juzgador, al momento de deliberar sobre lo justo concreto, en donde describe y prescribe lo justo circunstanciado en el caso con-

La prudencia jurídica introduce una atemperación del rigor de la ley en las circunstancias de modo, tiempo y lugar del caso concreto, para advertir la corrección o incorrección de la decisión a la luz de los argumentos que se invocan para justificar la decisión. En ese sentido, es prudente aquel juzgador que a la luz de un caso particular, logra advertir las circunstancias específicas en las que se delibera sobre lo correcto o incorrecto en relación con una conducta específica del obrar humano, para lograr la concreción de la justicia en el caso particular.¹⁴⁶⁷

Al final, lo que busca el método de la concreción, es que el razonamiento práctico-prudencial tiene como finalidad de que no se siga dando el tratamiento de reglas a las normas que contienen derechos fundamentales¹⁴⁶⁸; pues lo conveniente o inconveniente en cuanto a una interpretación correcta en materia de derechos fundamentales, no debe quedar reducido a un examen formal de la decisión a la que llegue el juzgador, sin en la justicia adecuada al caso.

En ese orden de ideas y como parece proponerlo el mecanismo de la ponderación conflictivista, al hablar siempre de colisión de principios y de injerencia del derecho más importante sobre el otro a través del principio de proporcionalidad; se reduce el contenido deontológico de los derechos a reglas, por lo que se pretende proteger es el derecho que lo contiene en sí mismo considerado y no la norma. Es decir, el bien humano reconocido en la norma: la vida, la libertad, la propiedad, la igualdad, etc.

La ponderación conflictivista denota que se sigue atendiendo, al aspecto formal del derecho en cuanto *reglas como mandatos definitivos*, y no como *mandatos de optimización*; pues siempre cede un derecho en beneficio de otro bajo ciertas reglas. El método de la ponderación, interpretado de una forma *no conflictivista*, exige que el derecho se le dé cobertura jurídica en la mayor medida posible para su realización fáctica en mayor beneficio a la persona (principio *pro homine o pro persona*).

En ese sentido, el principal postulado del neoconstitucionalismo es que

creto. Véase MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, op. cit., pp. 312-352; PACHECO PLATAS, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Analogía de proporcionalidad*, Porrúa, México, 2005.; VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, op. cit., pp. 228 y ss.; VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, op. cit., pp. 135 y ss.; MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, op. cit., pp. 77 y ss.; CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 249 y ss.; SERNA, Pedro y TÓLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, op. cit.

¹⁴⁶⁷ Fundamental para advertir la importancia de la interpretación de la ley desde un razonamiento práctico, como saber prudencial-retórico Véase VIGO, Rodolfo Luis, “La interpretación de la ley como saber prudencial-retórico”, en *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, pp. 87-109.

¹⁴⁶⁸ De manera particular en cuanto a esta importante prevención Véase CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 249 y ss.

las normas constitucionales contienen principios y que éstas a su vez, requieren de esa estructura deóntica flexible para su aplicación y respeto integral, dependiendo del caso concreto; atendiendo a la certidumbre en las condiciones fácticas y jurídicas, así como los principios que juegan en sentido contrario.¹⁴⁶⁹

A diferencia de la propuesta del método armónico desarrollado en el capítulo anterior, la hermenéutica de la concreción busca además de advertir la necesidad de combinar tanto el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales, pretende poner en primer plano el *estudio prudencial de dichas herramientas hermenéuticas para establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente humano en el caso concreto*; no solo importan las reglas formales del razonamiento práctico para llegar a una solución adecuada al caso, cuando lo que se está ponderando son los derechos de la persona.¹⁴⁷⁰

En ese orden de ideas, se advierte que las valoraciones de tipo moral, implican, no solo atender a los paradigmas, formales, materiales y pragmáticos¹⁴⁷¹, sino también atender al elemento de carácter *prudencial* que dicta a la razón práctica. En la ponderación de los conflictos constitucionales entre principios jurídicos, las normas adscriptas que contienen derechos fundamentales, la necesidad de buscar el elemento de analogía en la unidad interna de los bienes humanos y de la naturaleza humana.¹⁴⁷²

Más que buscar el respeto de una norma jurídica como tal, contempla en un ordenamiento de carácter supremo como lo es la Constitución, el

¹⁴⁶⁹ ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, op. cit., pp. 13-14.

¹⁴⁷⁰ Con nuestra afirmación no se pretende restar importancia a las formulas diseñadas por Alexy y en general a los positivistas metodológicos y analíticos para advertir el peso que cada derecho tiene en un caso en particular; bien sea en abstracto o en concreto, así como la seguridad en las premisas fácticas. Tales formulaciones de la lógica proposicional son una herramienta imprescindible, mas no la única para resolver los conflictos constitucionales. El mismo Alexy alude a que tales formulaciones no son dogmas que de manera definitiva dan una única respuesta correcta al caso específico. Para analizar las refutaciones de Alexy a las objeciones a los principios y a su ponderación Véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 126 y ss.

¹⁴⁷¹ Para analizar los aspectos en mención Véase ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, op. cit. Consideramos que si bien, el derecho como argumentación engloba los aspectos formal, material y pragmático, no se puede soslayar que en la interpretación constitucional en su carácter de interpretación prudencial irradiante de todo el ordenamiento jurídico, el objeto de la interpretación son los derechos humanos como prerrogativas no sujetas a negociación, sin menoscabo que los intereses de los particulares puedan armonizarse sin dañar el contenido esencial de un derecho.

¹⁴⁷² La confrontación del neoconstitucionalismo procedimental y sustancial, en el fondo se aprecia que lo que en realidad está en debate, es la concepción que se tenga de la razón práctica, desde un aspecto prudencial, por una parte; y por la otra, la pretensión de corrección a la luz de la teoría discursiva de Robert Alexy y su influencia decisiva con Jürgen Habermas. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, "El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?" en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 339-355.

paradigma prudencial consiste en tratar de encontrar la mayor realización de los derechos, si bien contenidos en normas fundamentales no sean más que *instrumentos que ayuden a su armonización con los demás derechos, a través de su observancia conjunta en sociedad, sin perder su individualidad y núcleo deóntico que las reconoce como tales, como normas fundamentales de deber ser.*

Los derechos fundamentales no pueden ejercerse de manera ilimitada, de tal suerte que anule un derecho ajeno, pues la razón práctica conlleva la realización de un bien humano compatible con el bien común. Propio de la pretensión de que el ordenamiento jurídico no contiene incongruencias premeditadas por el constituyente; la libertad bien entendida tiende a realizar los aspectos fundamentales bajo los cuales le da sustento la formación de la comunidad política, en el que los valores y principios fundamentales que inspiran a un pueblo en formar a esa Entidad política, *res publica* o “cosa común”, converge en su esencia y fundamento la causa de su unión en sociedad, regulada bajo un ordenamiento constituyente.¹⁴⁷³

En el capítulo anterior, ya advertíamos que la limitación de los derechos fundamentales en nombre de la moral, las buenas costumbres, el orden público y el interés social, constituyen en sí mismas paradojas del Estado liberal que nació bajo el calor de la pasión revolucionaria del Estado legal de Derecho, como dogmas pétreos y verdades incuestionables.

En el Estado de derecho legal, los derechos públicos subjetivos no son más que armas cargadas en contra de los demás y mecanismos de protección en contra del Estado, oponibles a los congéneres y sin limitación alguna; vienen a exaltar los derechos de libertad y de propiedad, mancillados por el Estado, de quien fueron arrancados de su graciosa voluntad: el último soberano sucumbió ante la guillotina de la Revolución Francesa.

Las valoraciones de tipo moral, implican no solo atender a los paradigmas argumentativos formales, materiales y pragmáticos a los que refiere Manuel Atienza, es necesario complementarlo con el elemento de carácter *prudencial* que dicta a la razón práctica en la ponderación de los conflictos entre principios jurídicos y atiendan a la pretensión de corrección del juzgador constitucional de forma integral. Una adecuada delimitación del contenido de un derecho, implica no solo en la observancia de las reglas lógicas y constitutivas de las expresiones lingüísticas como razones para la acción, sino desde el punto de vista del buen obrar, de *lo justo concreto*.¹⁴⁷⁴

Lo justo circunstanciado al momento de ponderar a la luz del derecho en dualidad normativa de los principios, como forma jurídica y contenido moral; no solo en las normas jurídicas desde el lenguaje normativo, sino

¹⁴⁷³ El tema de la ponderación de carácter *no conflictivista*, ya lo hemos desarrollado en otro lugar desde el punto de vista del *neoconstitucionalismo sustancial* *Ibidem*, pp. 220-234.

¹⁴⁷⁴ Véase MASSINI CORREAS, Carlos I., *La prudencia jurídica, Introducción a la gnosología del derecho*, prologado por George Kalinowski, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 21-30; PALLARES, Eduardo, *La configuración de lo justo*, Porrúa, México, 2007.

en los principios y valores adecuados y atemperados en razón de la equidad, una vez aplicado lo justo legal, conmutativo, distributivo y social. En suma, una *justicia ponderativa*.

2) El conflictivismo jurídico y la concreción armónica de los derechos

El derecho no solo es un “sistema” de normas formales, sino que se complementa y adquiere un sentido más coherente y flexible con la adecuada concreción de los principios, que buscan la armonización de los derechos fundamentales de cada persona y no de un individuo en lo particular o de una organización política.¹⁴⁷⁵

Así, los conflictos constitucionales nos ayudan a interpretar el alcance de los derechos tanto para advertir la naturaleza de cada derecho en cuanto a su contenido esencial, como para advertir que sus manifestaciones y alcances tienen límites externos en relación con un derecho que se contrapone prevalentemente en su ejercicio en relación con otra persona.

En ese orden de ideas nos adherimos a un enfoque *no conflictivista de la ponderación de los derechos*, considerando que las posturas conflictivistas tienen un serio problema en el que *persiste una concepción jurídica de conflictos normativos, que confunden al derecho mismo con la norma iusfundamental*.

En efecto, tal postura –la conflictivista– considera que si los derechos son normas jurídicas (que expresan enunciados normativos a través del lenguaje), los conflictos son inevitables: siempre habrá lagunas, imperfecciones y elementos contradictorios en los textos normativos, que proceden fundamentalmente de las dificultades de nuestro pensamiento para abrirse paso mediante el lenguaje.¹⁴⁷⁶

Fernando Toller y Pedro Serna¹⁴⁷⁷ descifran con facilidad el mito del conflicto: sólo es posible hablar de colisión entre las *pretensiones* de los justiciables, no entre los *derechos*. De ahí que lo primero que se deba hacer en un ejercicio de determinación de lo justo y lo debido en los casos

¹⁴⁷⁵ El conflictivismo de los derechos se centra en que estos son de carácter absoluto, lo cual no es acertado, pues de su ejercicio armónico entre sí, se deriva de una adecuada interpretación y por tanto su delimitación estará determinada en términos de los ámbitos precisos o *esferas de funcionamiento razonable* de los derechos y no al abandono de alguno en beneficio de otro. Véase. SERNA, Pedro, y TÓLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, op. cit. Para una revisión actualizada de la postura de Fernando M. Toller desde el punto de vista lógico-formal Véase, TOLLER, Fernando M., “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: Aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional” en FLORES SALDAÑA, Antonio (Coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 525-581.

¹⁴⁷⁶ SERNA, Pedro y TÓLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, op. cit., pp. 40 y ss.

¹⁴⁷⁷ *Idem*.

concretos, es establecer una *primera pauta hermenéutica*: 1) distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental¹⁴⁷⁸, y 2) buscar la manera de armonización en el nivel de los derechos y no en el nivel de las normas.

Para los autores, está claro que el presupuesto de esta distinción radica en un concepto de derecho radicalmente distinto al propuesto por los conflictivistas: los derechos no pueden ser *conflictivos* sino armónicos, porque se tienen *con los demás* (en sociedad) y no *contra* los demás.¹⁴⁷⁹

Lo anterior constituye un punto de referencia sustancial para entender el arte de la interpretación del Derecho en un contorno de justificación esencial, toda vez que los derechos valen por sí mismos dependiendo de las circunstancias en las que se develan su fuerza deóntica. Por ende, cuando se trata de derechos fundamentales ningún poder establecido puede desconocerlos con el pretexto de un derecho de mayor importancia; se puede advertir con una adecuada hermenéutica si sólo se trata de pretensiones desproporcionadas de los titulares de los derechos.

Por una parte los principios son mandatos de optimización que requieren realización en la mayor medida posible; por otra parte, decir que los derechos son ilimitados y se ejercen por su titular a su libre voluntad, deviene en una afirmación contraintuitiva en función de lo que se busca optimizar: si se pretende optimizar la norma constitucional en su función *lógica-formal* para normar el alcance de las disposiciones constitucionales, o si bien, lo que se pretende optimizar es la función *práctico-material* en cuanto al bien humano que contiene, no puede considerarse de inicio incompatible con otro bien humano protegido por una norma iusfundamental.

La consecuencia de la colisión entre derechos deviene en falaz, pues el ejercicio indebido o pretensión de derecho desbordado no puede llamarse derecho o extensión de un derecho que encuentre protección por este, sino violencia o coerción ilegítima.

Por lo cual, la ponderación conflictivista, termina cediendo el paso al escepticismo moral de considerar que el proceso de valoración de los principios concluye en una intervención a un derecho fundamental; si bien racional y justificada, persiste en la idea del “sacrificio” en un bien mayor, representado en la importancia o en el “peso” de un derecho sobre otro.

El *fantasma del contractualismo hobbesiano* del régimen artificial de la sociedad a través de un pacto se hace presente; cuando se enarbola en la justicia constitucional, la prevalencia de normas que contienen derechos

¹⁴⁷⁸ En el mismo sentido CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 249 y ss. De igual forma, Juan Cianciardo abunda en los elementos necesarios, para que una decisión del poder público se encuentra debidamente fundamentada y justificada Véase CIANCIARDO, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad” en FLORES SALDAÑA, Antonio (Coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 133-155.

¹⁴⁷⁹ *Idem.*

“preferentes” (*preferred freedoms*) -como bien lo ha desarrollado la doctrina norteamericana¹⁴⁸⁰-, los derechos se vuelven moneda de cambio en las concepciones y prioridades transitorias del sistema jurídico-político-económico que le da funcionalidad al Estado moderno de corte liberal capitalista; como un utilitarismo inconfesable y una ética de normas intercambiables en función del mercado.

En palabras de Rubén Sánchez Gil, podría decirse que la existencia de *preferred freedoms*, constituyen aquellos derechos fundamentales tan importantes -como las libertades de expresión e información-, respecto de los cuales sólo en casos extremos se justificaría la intervención legislativa. Sin embargo, con un poco de detenimiento, se puede advertir que las “libertades preferentes” pueden prevalecer *prima facie*, pero no son de una superioridad absoluta y definitiva; las opiniones judiciales fundantes de su doctrina, establecen en qué circunstancias es permitido restringirlas -o al menos admiten su posibilidad-, aunque en la mayoría de las ocasiones sean intocables.¹⁴⁸¹

El conflictivismo, si bien parte de un cognitivismo ético al considerar que el proceso de ponderación es racional y controlable -principalmente a través del principio de proporcionalidad-, como ya lo hemos señalado con Robert Alexy; no es concluyente respecto de otorgarle la posibilidad al hermeneuta, de que extraiga del derecho una solución justa, o en su caso que en la delimitación de los derechos fundamentales se reconozca que existió un orden preestablecido que fue vulnerado y que la decisión viene a reconocer su alcance en su justa proporción.

Por el contrario, el conflictivismo asume que el juzgador adopta una decisión que termina en una restricción o menoscabo de un derecho en perjuicio de otro. La versión conflictivista de la ponderación conlleva a adoptar un *darwinismo jurídico* de la prevalencia del derecho más fuerte, más importante o de más “peso”, como si existieran derechos de primera y de segunda, o personas de primera o de segunda.

No es que existan derechos más importantes que otros, sino que la injerencia de un derecho en la esfera jurídica de una persona, siempre será por otra persona o colectividad, o por el Estado a favor de un bien particular o un bien público; y si bien el resultado no resulte favorable a una de

¹⁴⁸⁰ Casos paradigmáticos en los que se dilucida la doctrina de las *Preferred freedoms* por la Corte Suprema de los Estados Unidos: *United States v. Carolene Products Co.*, 304 u.s. 144, 152, n. 4 (1938), y *Thomas v. Collins*, 323 u.s. 516, 529-530 (1945). Véase SERNA, Pedro “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir del supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información” en *Humana Iura* 4, Pamplona, 1994, pp. 155-188; BIANCHI, Alberto B. “Las llamadas “libertades preferidas” en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina” en *Régimen de la Administración Pública*, núm. 146, Año 13, 1991, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, pp. 7-49.

¹⁴⁸¹ SÁNCHEZ GIL, Rubén “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana” en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, op. cit., p. 255.

las partes, no se puede llegar al exceso de considerar que el derecho necesariamente consiste en realizar una justicia absoluta en el que todos resulten beneficiados.

En efecto, la justicia conflictivista pudiera persistir en la reticencia kelseniana de que la justicia es un valor absoluto y que necesariamente, alguna de las partes recibe un perjuicio en la concreción de los derechos fundamentales en conflicto en una controversia. En ese sentido, cabe hacer la aclaración de que cuando hablamos de conflictos entre derechos fundamentales, la naturaleza del conflicto es entre pretensiones de los titulares y no bajo la idea de que la justicia encierra un valor absoluto, o bien, que el conflicto, el caos y la antinomia es la naturaleza de la justicia como consideran algunos.¹⁴⁸²

En lugar de darle la posibilidad al derecho, de ordenar los valores en la ponderación de manera racional y equitativa desde una perspectiva de justicia sustancial bajo el paradigma de la prudencia y la analogía –muy propios de la hermenéutica que se propone–; insistir en la lógica normativista, principalmente con base en el positivismo metodológico, es reincidir en su pretensión reduccionista de las normas de derecho fundamental, a meros axiomas matemáticos y lógicos cargados de escepticismo ético.

En suma, en el conflictivismo el derecho no se hace justicia, ni se armonizan los derechos para su observancia conjunta, sino que el derecho no deja ser un *constructo artificial* que restringe la libertad de los individuos para que todos puedan gozarla, en tanto ajuste o “ponderación” de intereses a conveniencia utilitarista de un sistema económico y político centrado en el la propiedad y la libertad del individuo: el Estado liberal de derecho.¹⁴⁸³

Es decir, la antigua idea contractualista de que el derecho y la comunidad política no son connaturales al ser humano, sino una realidad artificialmente construida por este, para controlar al hombre en su aspiración desbocada y egoísta por hacer prevalecer sus libertades individuales y su voluntad en perjuicio de los demás.¹⁴⁸⁴

Al final la concepción antropológica del hombre como *el homo hominis lupus (el hombre es el lobo del hombre)*, *el buen salvaje* y cualquier otra descripción pesimista de la naturaleza humana será decisiva en el desarrollo teórico y filosófico de las doctrinas jurídicas contemporáneas que explican las normas jurídicas bajo el paradigma del Estado de derecho constitucional; cargado de valores y principios contenidos en las normas que concretan su contenido normativo en relación con su titular: el hombre.

¹⁴⁸² HAMPSHIRE, Stuart, *La justicia es conflicto*, trad. Alfonso Colodrón Gómez, Siglo Veintiuno, Madrid, 2002.

¹⁴⁸³ Una crítica del orden artificial que nació bajo el Contractualismo, propio del derecho natural racionalista de la ilustración Véase PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, 28° ed., Porrúa, México, 1996, pp. 90-100; GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, 9° ed., Porrúa, México, 1995, pp. 637-643.

¹⁴⁸⁴ *Idem.*

Por ello el conflictivismo insiste en que las normas que contienen principios son “derrotables”, en función de que las razones de “peso”, son suficientes para otorgar un trato “preferente” a un derecho frente a otro y permitir que lo intervenga y le reste vigencia.

De nada beneficia que el principio reconocido en la Constitución siga siendo “válido” después la ponderación, si la justicia no triunfó, si el interés subjetivo de uno de los implicados en el conflicto constitucional, prevaleció para restarle concreción material al derecho fundamental de otro; al contrario de lo que sucede con la *ponderación no conflictivista*, que reconoce en la ponderación una forma racional de adecuar y delimitar de manera prudencial, cuándo un derecho se encuentra desbordado en perjuicio de otras libertades, a la luz de los bienes humanos en conflicto.

Ahora la justicia constitucional del conflictivismo, es *la justicia de los derechos vencedores, en perjuicio de los vencidos*.¹⁴⁸⁵ La ponderación analizará *prima facie* qué derecho resulta de menor importancia a la luz de las condiciones relevantes para la ponderación.

¡Victorias pírricas!, ¡Banales conquistas se han logrado!, si la derrota de los derechos fundamentales se da en el plano del conflicto entre normas jurídicas desde una perspectiva formal y deductiva; del análisis lingüístico de las normas del derecho, como meros axiomas, cuando se caracteriza a los derechos como *mandatos de optimización tendencialmente contradictorios*¹⁴⁸⁶ siempre terminará por restringirse un derecho en beneficio de otro, y no como una ponderación material en el que se busque la *concreción de los bienes humanos reconocidos por el ordenamiento fundamental*.

Desde los primeros escritos en los cuales Luis Prieto Sanchís trata el tema de los principios jurídicos, considera que la virtualidad prescriptiva de la Constitución y sus conceptos, han sido formulados con un carácter sumamente genéricos, tales como los “valores superiores”; con mucha frecuencia se consideran tendencialmente conflictivos, ofreciendo apoyo normativo para las más diversas soluciones en casos muy parecidos: en suma, *la tendencia al conflicto está en la naturaleza de las normas constitucionales*.¹⁴⁸⁷

Por su parte David Martínez Zorrilla critica la propuesta no conflictivista de la ponderación, cuando aduce que Juan Cianciardo defiende una “poco clara” distinción entre la “norma iusfundamental” y el “derecho fundamental”; por lo cual difiere en la distinción que sostiene el positivismo

¹⁴⁸⁵ Una perspectiva contemporánea de los conflictos entre naciones, aún más, entre civilizaciones. ZOLO, Danilo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Edhasa, Buenos Aires, 2007.

¹⁴⁸⁶ Luis Prieto Sanchís con independencia de sus muy influyentes e importantes aportaciones al neoconstitucionalismo, ha optado por el conflictivismo de los derechos fundamentales desde los primeros escritos sobre los principios. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1998.

¹⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 2.

metodológico con base en la filosofía analítica, entre “disposición” y “norma”, entendida ésta última como resultado de la interpretación de la primera.¹⁴⁸⁸

De igual forma señala una extralimitación o superación del texto constitucional, como se desprende de la siguiente afirmación de Cianciardo: “la clara distinción entre norma iusfundamental y derecho fundamental [...] nos permite afirmar, sobre su base, lo siguiente: *no parece que sea posible descubrir dentro de la norma iusfundamental el contenido completo del derecho fundamental, es decir, su supuesto de hecho y todas sus restricciones*”.¹⁴⁸⁹

Por otra parte, Martínez Zorrilla, califica de “dogma probadamente falso”, “el de la autosuficiencia del texto constitucional y de las disposiciones iusfundamentales”, dado que “la amplitud semántica de las normas constitucionales parece desmentir categóricamente toda posibilidad de determinar apodícticamente, aun haciendo un gran esfuerzo hermenéutico, los perfiles de cada uno de los derechos en ellas reconocidos”.¹⁴⁹⁰

La propuesta no conflictivista si bien rechaza la tesis de las fuentes sociales del derecho, no quiere decir que por ampliar la hermenéutica constitucional y distinguir entre norma y derecho iusfundamental, no presupone asumir posiciones “metafísicas”, como lo refiere Martínez Zorrilla.

El “método” no conflictivista de la ponderación, en realidad no es un método en sí, sino *todas aquellas condiciones que hacen posibles una completa comprensión de los derechos y sus alcances; mas no una absoluta determinación desde un punto de vista abstracto de todas las respuestas posibles*.

La compatibilidad de los derechos, se asume de forma *a priori* como punto de partida, pero desde luego que implica un esfuerzo interpretativo del hermeneuta buscar entre las condiciones de relevancia del caso, la respuesta más prudente y equitativa que logre concretar el contenido deóntico de las normas de derecho fundamental sin afectar el contenido esencial de cada derecho fundamental.

Para Pedro Serna y Fernando Toller, la garantía de compatibilidad de los derechos fundamentales “procede de la unidad material de tales derechos, en tanto que exigencias de una *vida digna del hombre*, que es también unidad; y, por otra parte, del contexto general en el que se dan tales exigencias, esto es, del bien común. Sin estas categorías metapositivas no estamos necesariamente a salvo de las contradicciones”.¹⁴⁹¹

¹⁴⁸⁸ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 198-199.

¹⁴⁸⁹ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., p. 248.

¹⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 246.

¹⁴⁹¹ SERNA, Pedro y TÓLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, op. cit., p. 35.

Afirman los autores de manera categórica “*Los derechos nacen, pues, ajustados entre sí y en armonía con los elementos que integran el bien de la comunidad política [...]. El punto de partida, pues, de la interpretación de los derechos constitucionales debe ser su armonía y no su contradicción*”.¹⁴⁹²

El fundamento de todo ello se encontraría en la “unidad del hombre” y la compatibilidad entre los valores humanos: “Los bienes humanos son, por definición, compatibles entre sí, porque son bienes todos ellos para un mismo ser”¹⁴⁹³; el hombre; y en ese mismo sentido Cianciardo refiere a que “Un bien humano es bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos”.¹⁴⁹⁴

En relación con dichas afirmaciones David Martínez Zorrilla deja en claro su postura que el positivismo jurídico metodológico, es la concepción del derecho más adecuada para dar solución a los conflictos entre normas de derecho fundamental, así como para resolver las aporías y paradojas que conlleva la aplicación del método de la ponderación y el problema de la indeterminación de dichas normas. En ese sentido, afirma que no es necesario “acudir a ciertas categorías metafísicas o metapositivas para dar cuenta del fenómeno jurídico, que aparece aquí como una exigencia para comprender qué es un derecho fundamental.”¹⁴⁹⁵

La afirmación de que los derechos nacen en armonía, según Martínez Zorrilla “sólo puede calificarse como manifiestamente falsa, fruto de una fe injustificada en la racionalidad del legislador (o del constituyente, en este caso)”;¹⁴⁹⁶ de igual forma resulta problemático saber qué puede significar “la unidad del hombre”, y cómo ésta se relaciona con la compatibilidad de los valores, por lo cual “estas afirmaciones son manifiestamente monistas y se alejan de la tendencia mayoritaria que ha adoptado la discusión en filosofía moral pluralista como últimamente ha formulado el utilitarismo ético”.¹⁴⁹⁷ Por lo cual, podemos advertir la postura positivista teñida de utilitarismo ético.

Cuando se dice que los derechos son *territorio inviolable*¹⁴⁹⁸, *la esfera de lo indecible*¹⁴⁹⁹, *el coto vedado*¹⁵⁰⁰, *las cartas de triunfo*¹⁵⁰¹ y a la vez se acep-

¹⁴⁹² *Ibidem*, p. 39. Las cursivas son nuestras.

¹⁴⁹³ *Ibidem*, p. 53.

¹⁴⁹⁴ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., p. 115.

¹⁴⁹⁵ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., p. 200.

¹⁴⁹⁶ *Idem*.

¹⁴⁹⁷ *Idem*.

¹⁴⁹⁸ Denominación que emplea Norberto Bobbio Véase FERRAJOLI, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes” en *Estudios Constitucionales*, Año 6, No 1, 2008, pp. 337-343.

¹⁴⁹⁹ *Idem*.

¹⁵⁰⁰ GARZÓN VALDÉS, Ernesto “Consenso, racionalidad y legitimidad” en del mismo autor, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1993, págs. 455-471.

ta el argumento del conflictivismo, resulta contraintuitivo sostener que sus normas de contenido moral puedan ser derrotables a manos de otro derecho; lo que conlleva una *vacuidad de los principios*¹⁵⁰² y por ende, del método de la ponderación.

Si lo que determine el tribunal constitucional en su decisión de forma procedimental, es el contenido de un derecho -principalmente con un referente pluralista y utilitarista-, quedara fijada la “pretensión de justicia” en función de las razones de peso que se deduzcan en perjuicio de un derecho en términos consensuales. La ponderación conflictivista, termina por desnaturalizar el contenido esencial de un derecho, vaciando su núcleo deontológico, reduciéndolo a tal grado que su vinculatoriedad y fuerza intrínseca queda en las buenas intenciones o declaraciones programáticas del constituyente sin un contenido preciso en el caso concreto.

Lo que sucede en el fondo del conflictivismo, es que éste asume que la interpretación de principios y su valoración a través de la ponderación, constituye un método racional y controlable; pero sólo desde el punto de vista de la filosofía analítica en tanto lenguaje normativo, como única forma de llegar a consensos intersubjetivos y a la vez, afirma que la decisión necesariamente implica una restricción o menoscabo a un derecho en perjuicio de otro.

Por lo anterior, no basta atender a la racionalidad del proceso argumentativo de la ponderación, *sin la posibilidad de que ese proceso se encuentre legitimado en un razonamiento práctico de los bienes humanos en conflicto y a la vez considerar que el operador jurídico tiene la capacidad de conocerlo; el neoconstitucionalismo procedimental, acota la pretensión de corrección del derecho, en la verificabilidad del seguimiento de las reglas del discurso jurídico en el que se alcance un consenso intersubjetivamente motivado, o bien, confinando la corrección del derecho a fórmulas lógicas, a través de las cuales se pueda advertir el mayor número de respuestas posibles al caso constitucional.*

La sentencia definitiva del conflictivismo es que si bien podemos sostener la racionalidad de la decisión, ésta sólo se basa en las reglas intersubjetivas del discurso jurídico; *y solo por estas podemos conocer el valor de la justicia, dejando al razonamiento práctico desligado de los bienes humanos como experiencia de verdad, que de forma directa devela el contenido material de la decisión.*¹⁵⁰³

¹⁵⁰¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 37 y ss.

¹⁵⁰² Para una crítica de Habermas a la ponderación de Alexy y los contra argumentos de éste Véase, ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en CARBONELL, Miguel, *El canon neoconstitucional*, op. cit., pp. 109 y ss.; HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, op. cit., 326 y ss.

¹⁵⁰³ Para constatar algunas de las conclusiones anteriores Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 355-388.

Bajo esa perspectiva, se advierte que la causa de esa confusión entre la norma jurídica y el derecho mismo, se originó por la forma en la que se le dió protección a esos derechos. El vehículo normativo que por antonomasia, deducía los límites y contornos de los derechos fundamentales como fuente prístina del derecho, pero no la única: la ley.

Siguiendo con el ejemplo del caso del funcionario público que incurre en malversación de fondos públicos, y por otra parte, se contraponen su derecho al honor y el derecho de la sociedad de saber sobre la noticia. La *teoría coherentista* propondrá una *hermenéutica prudencial* en la cual el derecho al honor del funcionario prevalecerá, dependiendo del tipo de información que se quiera dar a conocer y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que precise el derecho a la información.

En el ejemplo anterior, no puede prevalecer el derecho a la información en perjuicio del derecho al honor del funcionario público, si se le da publicidad al delito que cometió cuando el funcionario ya purgó la pena y lo único que se busca es estigmatizarlo. En ese sentido, no tendría ningún beneficio para la sociedad en cuanto a su derecho a la información, el dar a conocer la noticia del delito cometido y sus circunstancias cuando la finalidad de la pena ya cumplió con su cometido.¹⁵⁰⁴

Es por ello, que una adecuada delimitación del contenido esencial de un derecho vinculado a la *ponderación no conflictivista* de las pretensiones de los titulares deberán ser objeto de valoración de forma prudencial; implicancia que deja de manifiesto la necesidad de corrección no solo de las reglas lógicas, sino desde el punto de vista del buen obrar, de lo justo concreto al momento de decidir y prescribir el derecho.

La concreción de lo *justo circunstanciado* al momento de ponderar los principios de derecho fundamental, a la luz del derecho en su dualidad formal y material, no evalúa las normas jurídicas desde la lógica deductiva, sino como principios y valores adecuados y atemperados en razón de la equidad, una vez aplicado lo justo legal, conmutativo y distributivo. En suma, una *justicia ponderativa*.¹⁵⁰⁵

3) La balanza de la *justicia ponderativa* y el *derecho natural correctivo*

Desde la interpretación constitucional de los derechos humanos ya hemos señalado, que el sistema jurídico es necesariamente hermenéutico; pues el bloque normativo que reconocen derechos como la Constitución y los tratados internacionales, precisa de un sistema jurídico de carácter dé-

¹⁵⁰⁴ Para advertir una análisis no conflictivista del derecho a la información y los derechos al honor y a la intimidad Véase CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 15-121.

¹⁵⁰⁵ FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 28.

bil, poroso; el cual no tiene una jerarquía formal previa de valores, sino una *jerarquía móvil* que transita por los puentes argumentativos que contienen elementos materiales de justicia y de moralidad que se deducen de los derechos humanos.¹⁵⁰⁶

Dicho sistema, no sólo presupone establecer una jerarquía móvil de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, en función su naturaleza material. No se busca “jerarquizar” derechos, sino encontrar en las normas constitucionales, el mejor trato y la menor restricción a la persona humana a través de la argumentación racionalmente justificada en la ponderación de principios.¹⁵⁰⁷

Es decir, la razonabilidad por la que se justifican las decisiones jurídicas, implica desarrollar una argumentación, que justifique no solamente una *movilidad normativa*; sino que esa “jerarquía móvil” también sea susceptible de acoplar, fundamentaciones racionales que se dinamicen en una *movilidad argumentativa*.¹⁵⁰⁸

Si bien los derechos humanos tienen la misma jerarquía, la concreción de su contenido material se orienta en función de su *disponibilidad hermenéutica* de traducirse en *núcleos deónticos de protección constitucional* en cada derecho; la concreción de esos contenidos será siempre una dar, una permisión, una prohibición, un hacer o un no hacer, que de manera proporcional obliga a cada persona titular de un derecho fundamental, y a su vez, le reconoce lo que le corresponde, su derecho.

Por lo cual, el hermeneuta podrá transitar a través de esos vasos comunicantes que proporcionan los puentes argumentativos para justificar la movilidad normativa de los derechos humanos; el *círculo hermenéutico*, no pretende jerarquías normativas de forma apriorística, que prescindan de una adecuada razonabilidad de los alcances interpretativos de los derechos, así como su idoneidad constitucional, necesidad excluyente y ponderación justificada en cada caso.

El “método” hermenéutico del círculo de la comprensión, lejos de centrarse en esa linealidad de la escala normativa que propuso la pirámide kelseniana, ahora transita bajo una *movilidad argumentativa*, tanto desde una jerarquía móvil entre normas, como en una interacción entre razonamientos justificatorios; es un *ir y venir de la mirada* centrada en el caso, que se impregna de moralidad y de sentido de justicia, en la traducción de los derechos humanos.

Por lo cual, dicha *movilidad argumentativa*, pasa por los vasos comunicantes que se intersectan en el epicentro del caso constitucional; los canales por los que transitan sus razonamientos, para delimitar su contenido a

¹⁵⁰⁶ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., p. 168.

¹⁵⁰⁷ *Idem.*

¹⁵⁰⁸ *Idem.*

través del principio de proporcionalidad ayuda desde muchos aspectos, a que se traduzca esa *ductilidad argumentativa*.

La razón práctica es un antídoto en contra del relativismo moral y el escepticismo ético, que a lo largo de la historia ha demostrado, que independientemente de lo establecido en el ordenamiento jurídico positivo, la injusticia extrema no puede ser reconocida como derecho válido. La determinación del derecho inválido, ha de ser buscada en las circunstancias especiales que imperen en el ordenamiento jurídico positivo bajo cualquier denominación como presunta “fuente” del derecho, sea como ley, jurisprudencia o cualquier tipo de disposición de carácter general. En ese sentido, las leyes injustas que fueron promulgadas bajo el nacionalsocialismo, resultó ser *falso derecho*.¹⁵⁰⁹

El mismo derecho positivo apreció esa *singularidad de la hermenéutica*, en la cual analizó de manera prudencial y *contra legem* que el derecho positivo emanado del régimen nazi, no podría contener la presunción de validez, porque no encontraban en él, algún atisbo de pretensión de corrección o validez. El derecho positivo dejó a un lado los principios de irretroactividad de la ley, seguridad jurídica y la garantía de tribunales previamente establecidos, para dar paso al derecho que debe de imperar en el caso de la injusticia extrema: *el derecho natural de corrección-operativa*.

El derecho correctivo que nace desde la singularidad hermenéutica, sancionó y penalizó las conductas genocidas del aparato burocrático de exterminio nazi; no obstante que las leyes que le daban cobertura formal a esas acciones, hayan sido emitidas por la autoridad competente y de conformidad con el procedimiento de creación normativa que establece el sistema jurídico. El derecho natural corrigió al falso derecho positivo que nació viciado, dio lugar a un derecho que surge de situaciones extremas de injusticia, no es un derecho común, es un *derecho natural de corrección*, pero siempre circunstanciado.

En este caso no se puede decir que el derecho natural sea algo etéreo, caprichoso, subjetivo e incontrolable como afirma el positivismo jurídico. Sus normas morales constituyen criterios reconocibles por la razón práctica; por lo cual, el derecho natural no puede fungir como un derecho alternativo que contradiga de manera permanente y sistemática al derecho positivo.¹⁵¹⁰

La regla de razón práctica al analizar el derecho nazi, es que el derecho positivo ha perdido su pretensión de universalidad; si la justicia es dar a cada uno lo suyo en un caso particular, la injusticia extrema se circunscribe a un acto concreto de aplicación del derecho injusto en un modo, tiempo y lugar determinados. En este caso, la circunstancia extrema de

¹⁵⁰⁹ *Supra* “La fórmula Radbruch: *la injusticia extrema no es derecho*”

¹⁵¹⁰ OLLERO, Andrés, “La eterna polémica del Derecho Natural, Bases para su superación”, en *Derechos y libertades*, número 40, (Ejemplar dedicado a: Estudios en homenaje al Profesor Javier Hervada), 1999, pp. 89-112.

que un sistema jurídico del nacionalsocialismo en su totalidad era injusto, y no solamente una de sus normas.¹⁵¹¹

Sin embargo las sanciones que se aplicaron en contra de los burócratas genocidas del nacionalsocialismo, se aplicó como derecho positivo, en suma como derecho válido. El derecho natural correctivo, una vez que juzgó al régimen de ignominia e inaplicó los principios de irretroactividad de la ley, seguridad jurídica y la garantía de tribunales previamente establecidos, reconstruyó el derecho justo: dio paso al *derecho positivo de la posguerra*. El cual vino a corregir y sancionar, con fuerza coercitiva a los responsables de los crímenes de *lesa humanidad* que se perpetraron en nombre de la ley.

Se podría decir que el derecho de la posguerra, es el derecho de los vencedores en contra de los vencidos.¹⁵¹² Lo que no se toma en cuenta, es que el derecho natural siempre será objeto de sospecha, porque se sale de los cánones de seguridad jurídica que la modernidad le ha dado al señorío de la ley. Bajo concepciones marxistas, del realismo crítico, o cualquier otra teoría que sostenga que el derecho se reduce a relaciones sociales o relaciones de poder, el derecho esconderá la primacía de los detentadores de la propiedad sobre los desposeídos de la clase proletaria, así como una posición de emancipación hacia esos factores reales de poder.

La función primordial del derecho natural en una situación de normalidad, no es corregir ni contravenir al derecho positivo, como si fuera un derecho optativo si no conviene a los intereses del justiciable. Contrario a una posición de crítica permanente y sospechosista como la sostenida por muchas corrientes filosóficas y jurídicas, el derecho natural que proponemos desde la hermenéutica, le da un voto de confianza al derecho positivo, hasta en tanto no pierda su atisbo mínimo de moralidad.

La juridicidad del derecho positivo se pierde, cuando la razón práctica ya no tiene lugar en la lógica formal, que desde el sistema jurídico se formula para la emisión de las respuestas del derecho como una pretensión de corrección.¹⁵¹³ Es decir, con la pretensión de que el derecho que emana del sistema jurídico es derecho válido, porque cumple precisamente con un criterio de corrección, que es un criterio moral fundamentalmente.¹⁵¹⁴

La fórmula de *la injusticia extrema no es derecho* de Gustav Radbruch a la que nos hemos referido, en realidad constituye el imperativo categórico, de que el derecho positivo tiene un límite. Ese límite es el derecho natural. Sin embargo, el derecho natural no sólo opera en casos de injusticia extrema, para decir que tenga este último, alguna relación con el derecho positivo. Derecho natural y derecho positivo están ligados. La forma en la

¹⁵¹¹ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 27, 37-41.

¹⁵¹² ZOLO, Danilo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, op. cit.

¹⁵¹³ ALEXY, Robert, trad. Jorge M. Seña, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 81 y ss.

¹⁵¹⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 208.

cual, el derecho natural queda ligado al derecho positivo, son las relaciones que *acaecen* entre el derecho y la moral; relación que lejos de ser conceptual, es *fáctica y sustancial*, es decir, una relación coexistencial.

La fórmula de la injusticia extrema, parece afrontar dos paradojas fundamentales, que tienen mucho que ver con la necesidad de la toma de perspectiva de la singularidad hermenéutica y la necesaria justificación racional de las decisiones del poder público en materia de derecho fundamentales.

En primer término, la injusticia es “extrema” no porque haya un límite numérico, o una densidad de injusticia medible que se pueda apreciar por los sentidos de manera física.¹⁵¹⁵ En segundo lugar, el hecho de que el grado de injusticia sea extremo, y sobrepase ese *umbral de justicia*, para ya no considerarse derecho, no quiere decir que sea permitida la injusticia moderada o leve.

Para solucionar ambas aporías, es necesario centrarnos en el paradigma hermenéutico de la propuesta de disolución de la disputa entre derecho positivo y derecho natural. La justicia o injusticia no es medible con las categorías de la metodología de la ciencia del derecho moderno. La injusticia es “extrema” porque ya no tiene una pretensión de justicia, esto es una pretensión de razón práctica en la que se deduzcan obligaciones morales.

Contrario a lo que refiere Kelsen, el *no derecho*, no es la moral, sino la injusticia extrema. Pues el no derecho, no podría ser la neutralidad absoluta, pues el derecho es intencional; una realidad coexistente que valora de manera crítica y razonable, los contenidos morales de las normas positivas.

El derecho viciado de origen, el derecho ausente del mínimo contenido de moralidad, no puede ser identificado por el operador jurídico como derecho; pues la consecuencia necesaria es el peligro de perpetrar una injusticia en nombre del derecho, sin justificarse en un mínimo de racionalidad.

Es el caso del ya mencionado fallo sobre los recursos de inconstitucionalidad *Mauerschützen* o de los *Guardianes del Muro*¹⁵¹⁶ emitido por el Tribunal Constitucional Federal alemán, confirmó las penas para los jefes políticos y militares, así como contra los soldados de la República Democrática Alemana dominada por la entonces Unión Soviética, que ordenaron ma-

¹⁵¹⁵ Resulta un tanto paradójico, que por un lado se pretenda hacer ciencia del derecho y por otra parte, el principal objetivo del derecho sea lograr la justicia, la cual no puede ser justificada sin acudir a la filosofía. Por ello la ciencia del derecho moderna y su metodología, decidió dejar de lado la pretensión de justicia en franca contradicción con la naturaleza de la relación del derecho y la moral; una relación fáctica y jurídica deducible a través de una metodología deductivista. Supra “6. La hermenéutica de los derechos y el reduccionismo del positivismo metodológico: Kelsen y Hart, entre *decisionismo y positivismo débil*” y “F) El sistema jurídico y su reduccionismo científico”

¹⁵¹⁶ Véase VIGO, Rodolfo L. (coord.), *La injusticia extrema no es derecho, De Radbruch a Alexy*, Fontamara, México, 2008, pp. 131 y ss.

tar o que cumplieron las órdenes contra las personas que intentaron pasar el muro hacia la República Federal Alemana o Alemania Occidental.

En el caso en mención, no resultaba correcto afirmar que se cumplía la ley, porque ésta defendía los valores de la legalidad, la seguridad nacional, o cualquier otro valor que pudiera haber representado el régimen socialista de la Alemana del entonces bloque soviético. En este caso, es claro que la pretensión de corrección no es pretensión de completitud del sistema jurídico, este no tiene todas las respuestas. La pretensión de corrección es una pretensión de razón práctica y como tal, una pretensión de moralidad ajustada a la concreción de la justicia y no de la búsqueda ciega en la perfección de la ley, que en última instancia obedecía de forma instrumental para el régimen dictatorial.

El paradigma de la injusticia extrema como imperativo categórico de la moral y por ende del derecho natural, solo es asequible por la razón práctica que apela al comportamiento humano desde argumentos razonables en circunstancias extremas. La concreción de los bienes humanos, como también es una cuestión de grado, no tiene un correlativo cuando se habla de la existencia de injusticia desde la perspectiva de la *hermenéutica negativa*; la injusticia extrema es el *no derecho*. Bajo esa lógica, no se puede considerar que solo entre en casos de injusticia extrema la corrección del derecho natural operativo y por ende, se pueda permitir un tipo de injusticia moderada o leve. En ese caso es aplicable la perspectiva de Robert Alexy, cuando complementa el análisis de la injusticia extrema con el argumento de los principios para situaciones de la vida cotidiana, a diferencia del estado de cosas que prima en situaciones de injusticia extrema.¹⁵¹⁷

La operatividad del derecho natural, en casos de normalidad, se realiza desde el terreno de la moral, con los principios de contenido moral y forma jurídica, en la singularidad de la hermenéutica; vienen a completar el círculo en el razonamiento práctico, que constituye en sí mismo un razonamiento de carácter moral.

En ese entendido, el grado en el que se cumplen los principios jurídicos, establecerá el grado o peso de corrección moral bajo un razonamiento práctico, respecto del grado de concreción de los bienes humanos sujetos de ponderación. Por lo cual, no se puede pensar la existencia de la permisión de una injusticia moderada o leve, cuando los principios jurídicos tienden a realizar y a concretar los bienes humanos a través del razonamiento práctico.

Con todo lo dicho hasta aquí, el *inframundo del conocimiento práctico* no es una cuestión nebulosa o sospechosa que condene al razonamiento moral, de subjetivo, irracional e incontrolable. El positivismo jurídico sostiene que el derecho tiene una mera finalidad científica de describir las conductas, para quedar significadas en el cerrado mundo de las normas axiomáticas del sistema jurídico. La presunta seguridad jurídica de tener

¹⁵¹⁷ ALEXY, Robert, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 73.

todas las respuestas en ese sistema ficticio, queda en entredicho cuando la humanidad se ha percatado que el derecho no puede y no debe quedar aislado de la moral y de los diversos conocimientos de las ciencias humanas, principalmente desde la filosofía.

El inframundo del conocimiento del obrar humano escapa de la observación experimental de las cosas físicas o la reiteración de conductas sin una finalidad específica que le impregnan los bienes humanos. El inframundo no es un ocultamiento al conocimiento de la verdad, al contrario, es el *desvelamiento de la densidad ontológica de los bienes humanos* que han quedado circunstanciados en la experiencia jurídica de su ejercicio y protección en la aplicación de los derechos fundamentales.

Al final del día, apreciamos que la *movilidad argumentativa* atiende al caso concreto, en el cual se obtiene una adecuada delimitación del contenido esencial de un derecho; la *ponderación no conflictivista* de las pretensiones de los titulares deberán ser objeto de valoración de forma prudencial. La necesaria corrección de los argumentos de la partes en un litigio constitucional, no solo implica de la observancia de las reglas lógicas y constitutivas de las expresiones lingüísticas como razones para la acción, sino desde el punto de vista del buen obrar, de lo justo concreto al momento de decidir y prescribir.

Lo *justo circunstanciado* al momento de ponderar los principios de derecho fundamental, a la luz del derecho en su dualidad formal y material, como principios y valores adecuados y atemperados en razón de la equidad, una vez aplicado lo justo legal, conmutativo, distributivo y social. Es decir, la movilidad argumentativa por la que se mueve la balanza de la diosa Themis, es un nuevo tipo de justicia: una *justicia ponderativa*.¹⁵¹⁸

Para ejemplificar la metáfora de la justicia ponderativa, elaboramos la figura de la balanza de la justicia situada en una brújula, la cual le proporciona la movilidad argumentativa de la que venimos hablando cuando se realiza una ponderación entre las normas de derecho fundamental; el hermeneuta se encuentra en el centro de la balanza, en cada platillo se encuentran los derechos y las razones de peso que deben inclinarla en uno u otro sentido, pero sin que alguno de ellos tenga que resultar comprometido o restringido.

Cuando la balanza se inclina a favor de una decisión, el derecho que no imperó en el caso concreto, se devela como un supuesto bien humano inatendible para la pretensión de su titular; no en virtud de su restricción, sino de su improcedente demanda de justicia: el develamiento de que dicha pretensión constituía un desbordamiento no tutelable por la norma positiva, ante la improcedente exigencia del justiciable.

La brújula puede representar de igual forma, el círculo hermenéutico

¹⁵¹⁸ FLORES SALDAÑA, Antonio, "El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?" en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 28.

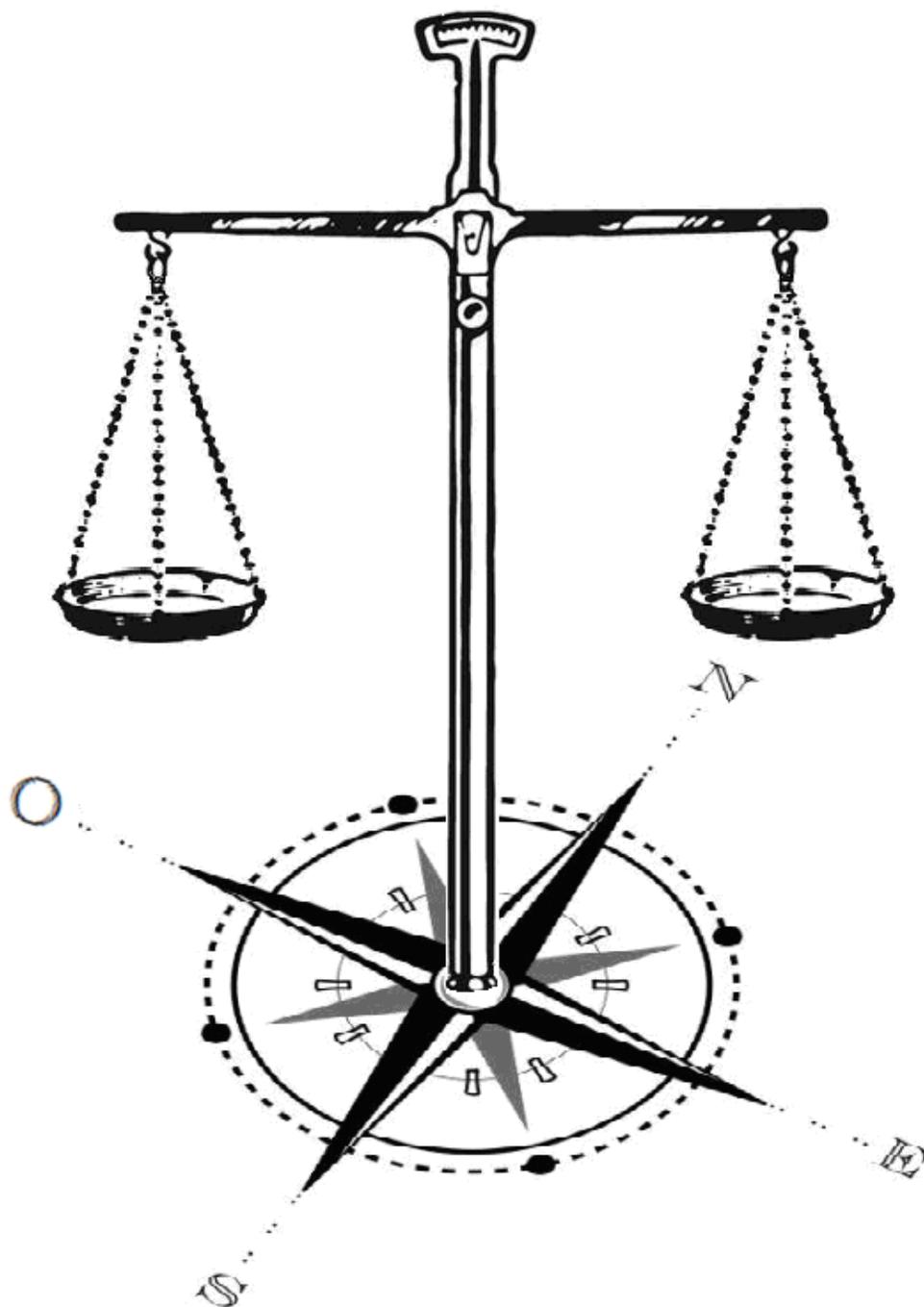
sobre el cual el operador jurídico debe de girar, para encontrar la mejor solución, en la concreción de los bienes humanos tutelados en las normas de derecho fundamental; la decisión gira en torno al bloque normativo bifronte (Constitución y tratados, jurisprudencia constitucional e internacional), así como en la aplicación de las múltiples herramientas hermenéuticas como el principio de interpretación conforme y el principio *pro persona*, cuando se aplica el control de convencionalidad¹⁵¹⁹, o bien, en la utilización de cualquier otro paradigma hermenéutico, como los estudiados en la presente obra.

La balanza en ningún momento se vuelve relativista o caótica, sino que siempre tiene un norte, que es la justicia adecuada al caso concreto, la justicia como concreción particularizada; y en ese sentido, es una *justicia atemperada con la equidad*.

El norte de la brújula será la singularidad del acto moral, su objetividad circunstanciada, a la cual se llega con una adecuada interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la combinación armónica de las distintas herramientas hermenéuticas de las que nos vamos a ocupar para justificar de forma razonable y racionalmente la decisión: la ponderación, el principio de proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos, la concreción, la analogía, entre otras.

¹⁵¹⁹ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 149-210.

La balanza de la justicia ponderativa



2. PARADIGMAS INTERPRETATIVOS DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL: EL PROGRAMA HERMENÉUTICO DE KONRAD HESSE

Ante la problemática de resolver los conflictos entre principios, la doctrina constitucional se ha hecho cargo del tema, en lo particular la doctrina constitucional alemana contemporánea. Tal es el caso de Konrad Hesse que plantea desde las primeras líneas de sus *Escritos de derecho constitucional*, un claro y coherente *manifiesto hermenéutico*, respecto de su doctrina de la interpretación constitucional.

Konrad Hesse es un *hermeneuta constitucional* en toda la extensión de la palabra. En ese sentido –y sin mencionarlo expresamente– parte de los planteamientos fundamentales de la hermenéutica fenomenología de Martin Heidegger y que posteriormente Gadamer encauzará de manera relevante para la hermenéutica en general, en lo particular para la *hermenéutica iuris de los derechos fundamentales: la hermenéutica iusfundamental*.

La pregunta existencial sobre el ser y sus posibles, adquiere en Hesse un *programa hermenéutico* consistente, para plantearse de manera fundamental *la pregunta sobre el concepto y la cualidad de Constitución*. Una pregunta que desde el principio tiene como objetivo primordial alcanzar un concepto susceptible de encauzar la resolución de los problemas constitucionales prácticos, planteados en un *aquí y ahora* en el que se formulan las preguntas de los casos difíciles o complejos para los tribunales constitucionales y juzgadores en general. Para Gadamer, ese *aquí y ahora*, es la *historia efectual*; para Hesse *la vida histórica-concreta*. Es decir, la tarea fundamental de exponer los rasgos básicos del derecho constitucional vigente, es la relativa a la *Constitución actual, individual y concreta*.¹⁵²⁰

Desde esa perspectiva hermenéutica, los métodos de solución de conflictos entre derechos dependen a su vez de principios o *paradigmas interpretativos de las normas de derecho fundamental*, en lo particular bajo nuestro *enfoque coherentista de la hermenéutica prudencial*. En ese contexto, Konrad Hesse, asume que los principios jurídicos a su vez, pueden regirse por *principios de la interpretación constitucional*.¹⁵²¹ Tales paradigmas han sido formulados por Hesse, como un auténtico *programa hermenéutico*, el cual ha sido de gran influencia para la doctrina contemporánea.

En efecto, gran parte de la doctrina del constitucionalismo contemporáneo, ha retomado el gran aporte de sus principios de interpretación constitucional. La influencia de Hesse ha sido determinante en los derroteros de la teoría constitucional, con especial énfasis en la doctrina de la interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la justicia constitucional; ha logrado permear en los desarrollos teóricos de grandes tratadistas del derecho constitucional de todo el mundo, y de manera específica en

¹⁵²⁰ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 33.

¹⁵²¹ *Ibidem*, pp. 67-69.

gran parte de la doctrina del derecho procesal constitucional iberoamericano.¹⁵²²

Los principios de la interpretación constitucional de Konrad Hesse, han recibido una decidida influencia de la hermenéutica moderna de Hans-Georg Gadamer. El mismo Konrad Hesse señala en torno a la interpretación constitucional, con fundamento en *Verdad y Método* de Gadamer: “La interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación”.¹⁵²³

¹⁵²² Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit., pp. 287-308; CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación y garantías constitucionales*, Porrúa-IMDPC, México, 2013, pp. 64, 70, 79, 130, 184, 191, 196-197, 227, passim; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa-IMDPC, México, 2013, pp. 11-24, 103-104 y 163, passim; SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Escritos procesales constitucionales*, Porrúa-IMDPC, México, 2012, pp. 206, 216, 230, 240-241, 296-305, 334-335, 353-385, passim.; GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 88-89, passim; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 259 y ss; MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, op. cit., p. 256; SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, Porrúa, México, 2009, pp. 181-184; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2009, pp. 13-16, passim; CARPIZO, Enrique, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, Porrúa-IMDPC, México, 2009, pp. 83-88, passim; De manera muy representativa para programa hermenéutico que queremos resaltar en Konrad Hesse con la importante influencia de Gadamer, Véase la obra GRAU, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, 90 y ss., passim; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2009, pp. 13-14; FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 38-43; ALFEN DA SILVA, Kelly Susane, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, op. cit., pp. 219-239; OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, Porrúa-IMDPC, México, 2006, p. 85-86; VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, op. cit., pp. 56-57, 85-86, 108, 121, 129 y 135-136, passim; NAVA GOMAR, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, Universidad Complutense-UNAM-Universidad Anáhuac Sur-Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, pp. 18, 24, 31, 54, passim; RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 577 y 584-588; BÖKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 31-33, passim; CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, pról. Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 8, 21, 75 y ss., 90, passim; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 120-122; ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, pról. Francisco Rubio Llorente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 1, 84, passim.

¹⁵²³ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 63. Gadamer en *Verdad y Método* señala en torno al carácter creativo de la hermenéutica: “el entendimiento

En ese contexto Hesse afirma que la interpretación constitucional es “concretización” (*Konkretisierung*): *lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata, a través de la interpretación del contenido normativo de las normas de derecho fundamental.*¹⁵²⁴

La hermenéutica de los derechos fundamentales en diversos estudios elaborados por distinguidos juristas del derecho constitucional contemporáneo, han dejado patente que la interpretación de la Constitución, representa una tarea altamente compleja y problemática. En la actualidad los principios de interpretación constitucional de Konrad Hesse constituyen el *paradigma interpretativo* de mayor relevancia para la doctrina constitucional, y nos atreveríamos a afirmar, que para todo el campo jurídico. La importancia de tales paradigmas hermenéuticos, son de relevancia análoga al nacimiento de la doctrina jurídica moderna, con los métodos de interpretación acuñados por Savigny que se volvieron “clásicos”: el lógico, gramatical, sistemático e histórico.

Así pues, a los principios de interpretación constitucional “les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema”.¹⁵²⁵ Bajo la idea del *paradigma de la Constitución normativa*, Konrad Hesse, aprecia que los principios de la interpretación constitucional, deben servir de *guías para la correcta interpretación de la norma fundamental*, para lo cual da una nómina de cinco directivas, a las cuales se deben ceñir la actividad del intérprete.

1) Principio de unidad de la constitución

En primer lugar, el principio de la unidad de la Constitución afirma “La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además *en el conjunto en el que debe ser situada*; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.”¹⁵²⁶

Para Hesse la finalidad primigenia del principio de unidad constitucional estriba en que la única solución del problema, debe ceñirse a la coherencia con este principio. La unidad de la Constitución, busca que se encuentre en consonancia con las *decisiones básicas de la Constitución* y evi-

completo’ de un texto sólo debe alcanzarse por el camino de la interpretación histórica”. Cfr. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 362.

¹⁵²⁴ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 63. El análisis de la concreción de las normas constitucionales en *Infra* “La concreción de los derechos fundamentales y las condiciones hermenéuticas de la comprensión”

¹⁵²⁵ *Ibidem*, p. 67.

¹⁵²⁶ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

te su limitación unilateral en aspectos parciales o sesgados que impidan su armonía de forma conjunta, como lo establece el principio *de concordancia práctica* que a continuación se desarrolla.

2) Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista: el aporte de Gadamer a la hermenéutica constitucional de Konrad Hesse

A) La ponderación y el principios de proporcionalidad como coordinación de bienes constitucionalmente protegidos

Como ya lo anticipamos, la relación entre el principio de unidad de la Constitución y el principio de concordancia práctica es determinante. La concordancia práctica alude a que “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos *deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad*. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada “ponderación de bienes” o incluso abstracta “ponderación de valores”, el uno a costa del otro.”¹⁵²⁷

Previo al análisis del principio de concordancia práctica, resulta ineludible referirnos a la relación esencial que subsiste entre éste principio y la ponderación. El mismo Robert Alexy, cita a Konrad Hesse para dejar en claro que el modelo de fundamentación de la ponderación, evita una serie de dificultades que, a menudo se encuentran vinculadas al concepto mismo de ponderación. Por lo cual, refiere Alexy, con base en Hesse, que la ponderación no es un procedimiento en el que un bien se obtiene “con excesivo apresuramiento” a costa de otro.¹⁵²⁸

Para Alexy el modelo de fundamentación de la ponderación es todo menos un procedimiento abstracto o general, para lo cual acude directamente a la teoría de los principios para la justificación de la decisión producto de esa ponderación: “Su resultado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de la colisión, surge una regla diferenciada de decisión. Ya del concepto de principio resulta que en la ponderación no se trata de un asunto de o-todo-o-nada, sino de una tarea de optimización”.¹⁵²⁹

Enseguida Robert Alexy, hace una afirmación muy esclarecedora para lo que queremos demostrar en torno a la relación estrecha que existe entre el principio de concordancia práctica y la ponderación.

Para Alexy *el modelo de la ponderación tiene su fundamento en el principio de concordancia práctica*, el cual había formulado Hesse como principio de interpretación constitucional en los siguientes términos: “*En esta medida el modelo de ponderación aquí sostenido responde al principio de concor-*

¹⁵²⁷ *Idem*.

¹⁵²⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 143.

¹⁵²⁹ *Ibidem*, p. 144.

*dancia práctica.*¹⁵³⁰ Con dicha afirmación se deja en claro, que entre ponderación y concordancia práctica, existe una relación de fundamento, y por ende, *la ponderación constituye un todo que ofrece un criterio orientador, cuando se vincula la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional.*¹⁵³¹

No sería necesario hacer una genealogía exhaustiva de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán, así como en los doctrinarios alemanes de la época¹⁵³², para darnos cuenta que la estructura de la ponderación y la racionalidad de su fundamentación práctica, tiene visos hermenéuticos, que fundamentos abstractos en formalismos axiomáticos, como en un momento dado pudiera representar la ética discursiva desde su formalismo ético. La misma estructura comparativa de la ponderación de principios, alude a que *la ponderación es un proceso hermenéutico de búsqueda en la respuesta adecuada al caso, que parte de la misma complejidad del fenómeno jurídico de la existencia humana en la interpretación de los derechos fundamentales.*

En ese contexto, Friedrich Müller expresará con singular claridad el fundamento hermenéutico gadameriano de la ponderación, cuando se pretende teorizar los resultados: “[...] del análisis de la jurisprudencia se aclara mejor la naturaleza de la normatividad jurídica que aplicando la *hermenéutica filosófica* a la jurisprudencia, aun cuando aquélla entienda la ciencia del Derecho como ejemplar desde el punto de vista de la “aplicación” y de una “comprensión previa” que incluye al propio intérprete”.¹⁵³³

Al igual que Hesse, Müller cita a Gadamer, para apreciar el fundamento del proceso argumentativo de la ponderación y su racionalidad, precisamente a través del paradigma de la hermenéutica filosófica del preguntar y el comprender el contenido normativo del derecho en aplicación del principio de *concordancia práctica* a las distintas ramas jurídicas.

La pregunta acerca de la objetividad específicamente jurídica, sus condiciones y límites, se plantea, por el contrario, como pregunta acerca de la *correspondencia práctica entre normatividad y estructura de la norma en la práctica de*

¹⁵³⁰ *Idem.*

¹⁵³¹ *Idem.*

¹⁵³² Una cita que también hace Alexy y que a su vez ya había remitido Hesse para sustentar la ponderación en el principio de concordancia práctica, es a Friedrich Müller, quien podría considerarse –junto con Karl Larenz– la expresión más acabada de la “conciencia metodológica contemporánea”. Véase MÜLLER, Friedrich, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, trad. Luis Villacorta Mancebo en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Núm. 27, Septiembre-Diciembre, 1989, pp. 111-126. De igual forma nos remitimos a la jurisprudencia que cita Robert Alexy del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en relación con la fundamentación de la ponderación en las sentencias constitucionales. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 137-146; HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 67-70.

¹⁵³³ MÜLLER, Friedrich, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 118.

*cada una de las disciplinas que se definen en verdad de forma distinta en función de sus respectivas materias.*¹⁵³⁴

Bajo el contexto antes analizado, se puede concluir válidamente que *la ponderación es un proceso hermenéutico que deriva del principio de concordancia práctica*. La ponderación no es una decisión apresurada que sacrifica un principio de derecho fundamental a costa de otro, sin advertir las situaciones fácticas y jurídicas que convergen en la toma de una decisión, la cual es en sí misma una decisión racionalmente fundamentada.

La concordancia práctica refiere a que la decisión sobre los bienes jurídicos tutelados por la Constitución, deben ser protegidos de tal suerte que en la solución del problema, todos ellos conserven su entidad. Es decir, que la ponderación no es ese proceso de valoración que implica el sacrificio de un derecho a costa de otro, cuando se argumente la colisión de principios; no constituye una precipitación o una decisión apresurada para ponderar bienes o valores, que a su vez impliquen un menoscabo de bienes o valores cuyos titulares sean afectados en una decisión de forma arbitraria.

Generalmente se ha hecho referencia al método de la ponderación como una herramienta de carácter argumentativo desde la teoría del discurso jurídico de Robert Alexy. Sin embargo lo que no se ha tomado en cuenta es que Robert Alexy formula su *Teoría de los derechos fundamentales*, con fundamento en la teoría del discurso de los actos de habla y en general en la teoría de la acción comunicativa de Habermas, con quien Alexy sostiene fuertes diferencias en cuanto a la ponderación.

Anteriormente ya hacíamos referencia al diferendo que mantienen Habermas y Alexy, sobre la interpretación de los derechos fundamentales en cuanto a la ponderación.¹⁵³⁵ Con lo cual subsiste una gran paradoja, en cuanto a que dichas divergencias, pudieran cuestionar la coherencia en cuanto el fundamento de dicha herramienta hermenéutica, mismas que podrían trascender al fondo de su justificación racional. El hecho de que Habermas considere que la ponderación destruye la estructura deóntica los derechos y los vacíe de contenido¹⁵³⁶, hace que la teoría discursiva no sea pacífica.

Para nosotros la ponderación tiene un sustento eminentemente filosófico, desde el punto de vista sustancial del razonamiento práctico; más que procedimental con fundamento en la ética discursiva, y por tanto no conflictivista.¹⁵³⁷

¹⁵³⁴ *Idem.*

¹⁵³⁵ *Supra* “Los casos Lüth y Titanic en Robert Alexy”

¹⁵³⁶ Véase ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 110 y ss; ATIENZA, Manuel, *Entrevista a Robert Alexy*, en *Doxa* núm. 24, Alicante, 2001, pp. 671-683; HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 326 y ss, *passim*.

¹⁵³⁷ Ya hemos hecho referencia a la confrontación que existe desde un neoconstitucionalismo procedimental y sustancial; esto es, la confrontación de la teoría discursiva en tanto formalismo ético de reglas, y la hermenéutica iusfilosófica que resalta el aspecto

En ese sentido, lo que siempre había quedado como fundamento de la ponderación desde la teoría del discurso, resultaba de una justificación un tanto superficial. *El análisis que el propio Alexy formula en el principio de concordancia práctica de Konrad Hesse, resulta que la ponderación tiene un fundamento más hermenéutico que discursivo.* La ética de las reglas que establece la teoría de la acción comunicativa de carácter intersubjetivo, resulta problemática para fundamentar la ponderación de principios, dado que los principales representantes de dicha escuela filosófica (Alexy y Habermas), no se ponen de acuerdo para aprobar el mismo método de la ponderación, como mecanismo para interpretar los derechos fundamentales.

Robert Alexy no hace ninguna referencia directa a Hans-Georg Gadamer, ni en su *Teoría de la argumentación jurídica*, ni en *Teoría de los derechos fundamentales*. Sin embargo, Alexy sí hace una referencia directa a la obra de Konrad Hesse y Friedrich Müller, quienes han resaltado la necesidad de la hermenéutica iusfilosófica de Gadamer para la interpretación de las normas de derecho fundamental.¹⁵³⁸

Por no ser el tema del presente estudio, solamente dejamos apuntado que Robert Alexy no citó directamente a Hans-Georg Gadamer, probablemente para no entrar en el debate que sostuvo con Habermas¹⁵³⁹ en relación con su célebre diferendo en cuanto a la *crítica de las ideologías*. Habermas le reprocha así a Gadamer que “no puede dar a las tradiciones culturales por absolutas”.¹⁵⁴⁰ En realidad la crítica de Habermas, cuando la apreciamos más de cerca, nos damos cuenta de que intenta pensar “con Gadamer contra Gadamer”.¹⁵⁴¹ Lo que no toma en cuenta Habermas es que la misma concepción gadameriana del lenguaje y su capacidad de auto-

prudencial en la decisión, una ética de lo bueno o de las virtudes: la *phronesis* aristotélica. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 339-355.

¹⁵³⁸ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 143.

¹⁵³⁹ La conexión entre Robert Alexy y Habermas es fundamental, en la construcción de la ética discursiva en la que se sustenta la *Teoría de la argumentación jurídica y la Teoría de los derechos fundamentales*. Véase *Ibidem*, pp. 486-509; ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 110-142.

¹⁵⁴⁰ Reiteramos la referencia, breve pero muy completa del debate Habermas-Gadamer Véase GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, op. cit., pp. 94-103. El debate directamente en los textos de los autores Véase HABERMAS, Jürgen, “La pretensión de universalidad de la hermenéutica”, en *La lógica de las ciencias sociales*, 4ª ed., 1ª reimp., Madrid, Tecnos, 2009, pp. 278-306; GADAMER, Hans-Georg, “La universalidad del problema hermenéutico (1966)”, “Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a Verdad y método I (1967)” y “Réplica a Hermenéutica y crítica de la ideología (1971)” en *Verdad y método II*, op. cit., pp. 213-265.

¹⁵⁴¹ HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las ciencias sociales*, p. 255.

trascendencia, Habermas le devuelve en contra de Gadamer la concepción de la tradición.¹⁵⁴²

Habermas reconocerá a su manera que el diferendo con Gadamer, habría que matizarlo y por ende, su actitud de ir renunciando cada vez más a la retórica de la crítica de las ideologías. Los estudios posteriores de Habermas se fueron dedicando a la elaboración de una *Teoría de la acción comunicativa* (1981), cuyo núcleo es una ética del discurso fundado en la capacidad del lenguaje para trascenderse a sí mismo, así como la voluntad de aceptar la fuerza del mejor argumento.¹⁵⁴³

En la ética discursiva, descansa la intuición hermenéutica y la idea gadameriana según la cual el lenguaje apunta de antemano al entendimiento con el otro, por lo cual insiste Habermas, que es impensable la falta de un cierto compromiso ético por parte de los interlocutores en el discurso argumentativo. En ese contexto, es claro que Habermas se aleja de la fundamentación de estas normas en una crítica de las ideologías o en la anticipación de una situación de comunicación ideal, y pone un fuerte énfasis en el uso pragmático del lenguaje. Con lo cual, puede decirse que *el último Habermas ha ido acercándose más a Gadamer y a su hermenéutica filosófica*.¹⁵⁴⁴

Bajo el contexto antes señalado, si bien Alexy no hace ninguna referencia directa a la hermenéutica y mucho menos a Hans-Georg Gadamer, por ser un *filósofo analítico*; si acepta que el principio de concordancia práctica, se encuentra vinculado desde el mismo fundamento de la ponderación de principios. Lo que no argumenta Alexy, es que el principio de concordancia práctica se implementa para justificar el procedimiento racional de las decisiones que se derivan del mismo, las cuales son ponderaciones de bienes y valores, desde un razonamiento práctico, más que en reglas del discurso argumentativo.¹⁵⁴⁵

Por ende lo que prevalece, no son las reglas del discurso, sino las sustancialidad que se deriva de la comprensión y del sentido al que se llega, cuando se coordinan, se equilibran, se comparan o se equiparan bienes y valores que de inicio se apreciaban contrapuestos, pero que el círculo hermenéutico pretende equilibrar en observancia conjunta. Ponderación

¹⁵⁴² GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, op. cit., p. 98.

¹⁵⁴³ *Ibidem*, pp. El acercamiento de Habermas con Gadamer lo podemos apreciar en un artículo de aquel, a una obra en homenaje a este último. Véase HABERMAS, Jürgen, "¿Cómo es posible la metafísica después del historicismo?" en AA.VV., *El ser que puede ser comprendido es lenguaje. Homenaje a Hans-Georg Gadamer*, prolog. a la edición española de Antonio Gómez Ramos, Síntesis, Madrid, 2001, pp. 97-107.

¹⁵⁴⁴ *Idem*.

¹⁵⁴⁵ Anteriormente ya nos habíamos referido de la "impureza" de la "teoría analítica" de Robert Alexy, pues la misma, tiene sesgos hermenéuticos de carácter *holísticos*, evocan sin lugar a dudas a la pretensión de *universalidad de la hermenéutica*; además de sostener presupuestos más sustanciales que procedimentales en su teoría de la argumentación jurídica y de los derechos fundamentales *Supra* "5. El "método" hermenéutico y la *Constitución viviente*: Robert Alexy como filósofo analítico impuro"

que en todo caso no es conflictivista, pues desde un inicio Konrad Hesse formuló el principio de concordancia práctica desde un basamento hermenéutico: los paradigmas de interpretación constitucional quedaron impregnados de la hermenéutica gadameriana.

En conclusión, *si la ponderación se encuentra vinculada de manera esencial con el principio de concordancia práctica, su fundamento es más de la filosofía hermenéutica, que de cuño analítico desde la ética discursiva y conflictivista. Es decir, la ponderación, lejos de fundamentarse en la ética del discurso, apreciamos en Alexy una vinculación más hermenéutica que intersubjetivista; no obstante no lo mencione para argumentar y fundamentar su modelo de ponderación.*

En este caso, Gadamer logró permear en la ponderación y en la teoría de los principios de Robert Alexy, la hermenéutica iusfilosófica. La influencia “troyana” que logra Gadamer a través del programa hermenéutico de Konrad Hesse, se sitúa en que los paradigmas de interpretación constitucional adquieren una relevancia decisiva para el método de la ponderación, principalmente en el principio de concordancia práctica, y por ende en la misma ponderación. *El principio de concordancia práctica gana la batalla en nombre de la hermenéutica iusfilosófica, sobre la ética discursiva.* Dicha ética se sustenta en la acción comunicativa de Habermas con fuertes conexiones en el formalismo ético y procedimental; el cual cede en muchos aspectos a la influencia de la hermenéutica, si bien discursiva, pero al fin hermenéutica.

Bajo ese contexto, resulta elogiable que con anterioridad a Alexy¹⁵⁴⁶, Konrad Hesse ya había diseñado un principio hermenéutico idóneo para prevenirnos en contra de lo que en el presente estudio denominamos como *conflictivismo de los derechos fundamentales*; de manera específica, refiere a que el método de la ponderación *no puede derivar en un menoscabo de un derecho a favor de otro.*

La correcta interpretación bajo el principio de concordancia práctica, estriba en que los derechos que se encuentran tutelados en la Constitución, precisan de una coordinación interpretativa, en cuyo caso la “ponderación conflictivista” no puede lograr. Es decir, la ponderación concluye que siempre habrá un perjuicio de un derecho a favor de otro, y en consecuencia, la interpretación en general, es un mal necesario.

A este respecto, Hesse señala que “por el contrario, el principio de la unidad de la constitución exige una labor de “optimización”: se hace preciso establecer los límites de *ambos* bienes a fin de que ambos alcance una

¹⁵⁴⁶ En efecto, el principio de concordancia práctica de Konrad Hesse es citado por Robert Alexy como fundamento de la ponderación, cuyo trabajo es muy anterior a su *Teoría de los derechos fundamentales*, la cual fue publicada en 1986. El texto “Interpretación constitucional” (*Verfassungsinterpretation*), del libro *Gründzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, publicado en 1966 Cfr. CRUZ VILLALÓN, Pedro y AZPITARTE ZÁNCHEZ, Miguel “Presentación”, *ibidem*, p. 12.

efectividad óptima.”¹⁵⁴⁷ Los límites a los derechos fundamentales, son a la vez subjetivos y objetivos; los conoce el intérprete en su particular punto de vista de la comprensión, pero a la vez refiere a los bienes humanos que se encuentran reconocidos en la Constitución y que precisan de la concreción interpretativa y argumentativa de la ponderación.

La “optimización” a la que refiere Hesse implica, que los límites a esos derechos no necesariamente sean restricciones a los derechos, sino que la justificación en el alcance o delimitación de un derecho, se realiza de forma racional desde la propia argumentación jurídica en la concreción de esos derechos.

Por lo tanto, Hesse centra el principio de concordancia práctica entre bienes jurídicos tutelados por la Constitución, a través del principio de proporcionalidad, para la optimización de los derechos de forma coordinada, y sin mencionarlo, desde el círculo hermenéutico de la comprensión como analogía de comparación y equiparación y no como confrontación absoluta. Transcribimos un pasaje fundamental para la hermenéutica constitucional, la precisión que hace Hesse de una adecuada interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad.

La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al *principio de proporcionalidad*; no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos. “Proporcionalidad” significa en este contexto una *relación entre dos magnitudes variables, concretamente aquella que mejor responda a dicha tarea de optimación*, no pues una relación entre un “objetivo” constante y uno o más “medios” variables. La misma queda clara, por ejemplo, en el (equivocamente así llamado) “efecto recíproco” entre libertad de expresión y el objetivo general limitador del artículo 5° de la Ley Fundamental: de lo que se trata es de *la concordancia práctica, por medio de una coordinación “proporcional”, entre la libertad de expresión de un lado y los bienes jurídicos protegidos por las “leyes generales” de otro*. Acerca de lo que sea proporcional en cada caso el principio no dice nada; sin embargo, en tanto que criterio orientador contenido en la Constitución y por lo mismo vinculante, indica la dirección y determina el único procedimiento a través del cual debe buscarse una solución constitucional. *La “ponderación de bienes” carece de un criterio orientador de este tipo en lo que se refiere a sus valoraciones*; no es sólo que le falta una base de apoyo sino que se encuentra siempre en peligro de sacrificar la unidad de la Constitución. Lo mismo se diga cuando la relación entre las garantías y las limitaciones constitucionales de la libertad se determina en base a una *presunción de partida en favor de la libertad (in dubio pro libertate)*, no siendo por ello posible contemplar en esta presunción un principio de interpretación constitucional.¹⁵⁴⁸

El principio de concordancia práctica, debe estar sustentado en el principio rector del razonamiento judicial que constituye la *razón práctica prudencial del juzgador constitucional*; como hermenéutica de proporcionalidad, hace de la analogía de los casos que se le presentan al juez constitu-

¹⁵⁴⁷ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 68.

¹⁵⁴⁸ *Ibidem*, pp. 68. Las cursivas son nuestras.

cional, un método de valoración orientativo de las razones por las cuales decide en tal o cual sentido: un paradigma plausible de interpretación y concreción de los derechos fundamentales.

Cuando Hesse habla de que una correcta ponderación debe obedecer a la *relación entre dos magnitudes variables*, se busca que esa interpretación sea la que *mejor responda de forma concreta a la compleja tarea de optimización de los principios en aparente conflicto*; no como una pretendida ética utilitarista de relación de variables y “objetivo” constante. Precisamente éste sería el gran error en el que inciden muchas de las posturas conflictivistas cuando introducen en la ponderación el concepto de *libertades preferidas, orden público, interés social*, o cualquier concepto abstracto que resuelva el conflicto, sin referir en lo más mínimo a una racionalidad encauzada en el conocimiento práctico de los bienes humanos de forma prudencial.

B) La ausencia de un paradigma orientador en la ponderación conflictivista: la indefinición de Robert Alexy y el conflictivismo “creativo” de Konrad Hesse

La “ponderación de bienes”, en el sentido conflictivista carece de un criterio orientador, en lo que respecta a sus valoraciones utilitaristas; no solo en cuanto a la falta de una base de apoyo ético sustancial de carácter indisponible en el que se sustente el contenido material de un derecho, sino que en un momento dado, se ponga en peligro la unidad de la Constitución. Dicha unidad no puede entenderse como un sistema jurídico completo y coherente desde un punto de vista formal, sino como la *sustancia ética* que logre equilibrar de manera coordinada el *consenso fundamental nacional*¹⁵⁴⁹, para seguir hablando de una comunidad política con cierta homogeneidad.

Lo mismo se puede decir de Robert Alexy, en su indefinición del paradigma orientador en la interpretación de los derechos fundamentales, en el caso en que dos principios se encuentran “empatados” en un conflicto constitucional. Es decir, el conflicto se soluciona cuando se hace una relación entre las garantías y las limitaciones constitucionales de la libertad, se determina en base a una *presunción de partida en favor de la libertad (in dubio pro libertate)*, o por otra parte, una *presunción de partida en favor del legislador (in dubio pro legislatore)*.

En efecto, en un primer momento en la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad e igualdad jurídica, de conformidad con la máxima *in dubio*

¹⁵⁴⁹ Cfr. STARCK, Christian, “Consenso fundamental nacional y tribunales constitucionales (una reflexión jurídica comparada)”, en *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, trad. Alberto Oehling de los Reyes, Dykinson, 2011, pp. 57 y ss.

pro libertate.¹⁵⁵⁰ Por lo cual y de conformidad con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad o a la igualdad podría prevalecer sobre ellas, a menos que se controviertan a su favor razones más fuertes.¹⁵⁵¹ En este sentido, cuando exista un empate entre los principios opuestos a la libertad o a la igualdad, y por ende, no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse en favor de la libertad individual.

Sin embargo, años después en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy se decanta por una carga de argumentación a favor del acto que se enjuicia, acto que en el control de constitucionalidad de las leyes es precisamente la ley. Es decir, de acuerdo con el “segundo Alexy”, los empates no jugarían a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino a favor del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento al momento de emitir sus actos de forma soberana. De esta manera, es claro que cuando existiera un empate, la ley debería declararse constitucional, por haberse producido dentro del ámbito de libertad que tiene el legislador para regular la conducta de los individuos en el margen de acción que la Constitución le depara.¹⁵⁵²

Carlos Bernal Pulido ha señalado con acierto, que en el *giro copernicano* que realiza Alexy, impera una contradicción entre estas dos posturas acerca de la carga de argumentación, respecto de la cual no se ha pronunciado expresamente. Lo cierto es que Alexy, ha cambiado de postura quince años después, en la cual caben dos interpretaciones posibles respecto de la colisión entre principios: a) La primera posibilidad, es que cambió su criterio para reevaluar su inclinación liberal y ahora privilegia al principio democrático de la libre configuración del legislador racional y democrático de derecho; o, por el contrario, b) Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, en un conflicto entre derecho los empates se resuelven en principios, con la prevalencia de lo determinado por el legislador; a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios.¹⁵⁵³

Bernal Pulido considera que la contradicción entre las cargas de argumentación *in dubio pro libertate* e *in dubio pro legislatore*, constituye un límite a la racionalidad de la ponderación que depara al intérprete un margen de subjetividad; la aplicación de una u otra carga depende de la postu-

¹⁵⁵⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 504 y ss.

¹⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 505-506.

¹⁵⁵² ALEXY, Robert, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 66, 2002, pp. 44 y ss. y ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 541 y ss.

¹⁵⁵³ BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en FLORES SALDAÑA, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 102-103.

ra ideológica del juez. Por ende, las opciones que tendrá el juzgador se bifurcan en ambos sentidos:

a) Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático operará siempre con el *in dubio pro legislatore* y, de este modo, concederá al Parlamento la posibilidad de equilibrarlos principios en conflicto mediante un empate entre sus pesos específicos;¹⁵⁵⁴

b) Por el contrario, un juez liberal se servirá en todo caso del *in dubio pro libertate* y declarará desproporcionadas a aquellas medidas que no consigan favorecer al principio que constituye su finalidad, en un grado mayor a aquel en que se afecta la igualdad jurídica o la libertad jurídica. Esta igualdad y esta libertad, aducirá, son los pilares del Estado de derecho y su sacrificio sólo se justifica cuando se obtienen beneficios mayores;¹⁵⁵⁵

c) Finalmente tenemos una tercera opción, en la cual es posible que el juez defienda soluciones matizadas, que combinen la aplicación de una u otra carga argumentativa o que sea el resultado de una ponderación entre ellas. Así entonces, podría aplicarse el *in dubio pro legislatore* para las medidas ordinarias de afectación de los derechos fundamentales y reservar el *in dubio pro libertate* para las medidas que en el caso concreto afecten intensamente a la igualdad jurídica o a la libertad jurídica. O también, se podría considerar la aplicación del *in dubio pro libertate* como la regla general y destinar el *in dubio pro legislatore* a áreas que las que el Parlamento tienen margen de acción más amplio en razón de la materia, como la política económica o la política criminal.¹⁵⁵⁶

Bernal Pulido también se decanta por una posición conflictivista cuando refiere a que una Constitución abierta permitiría cualquiera de estas posibilidades, porque contiene, al mismo tiempo, *principios a veces contrarios entre sí*, de la democracia y la libertad, de la igualdad jurídica y la igualdad fáctica, de la construcción de la comunidad y el respeto a la órbita individual. Si bien coincidimos en que la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos; los límites de racionalidad en la ponderación los sitúa en un *irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones*.¹⁵⁵⁷

Coincidimos con Bernal Pulido que la racionalidad que ofrece la ponderación posee límites que no le enajenan su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. Así, la ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Sin embargo, no puede reducir la subjetividad del intérprete, en

¹⁵⁵⁴ *Ibidem*, pp. 110-111.

¹⁵⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 111.

ella, sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación:¹⁵⁵⁸

La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.¹⁵⁵⁹

A lo largo del presente estudio hemos denunciado que la reticencia kelseniana al hablar de los valores, incide en una posición ideológica. La reticencia de Kelsen hacia los principios jurídicos deviene de la misma formulación positivista de su concepto de derecho: los *valores contaminan a la ciencia del derecho, con conceptos subjetivos, absolutos e incontrolables como lo es la justicia*.¹⁵⁶⁰

Cuando unimos el concepto “ideológico” con la racionalidad de la ponderación, indefectiblemente caemos en cierto escepticismo moral, al que no podemos renunciar al momento de aceptar la ineludible subjetividad del juzgador. Si bien existe subjetividad en el proceso de comprensión de toda hermenéutica jurídica y si a éste se le confiere, el carácter racional, recordemos que la *ideología* como tal se le da una connotación intuicionista, voluntarista e irracional; tal y como Kelsen lo ha referido en cuanto al valor de la justicia, como a cualquier elemento moral que se introduzca en el discurso jurídico.

En nuestro concepto –y volviendo al paradigma de la concordancia práctica- la ponderación de bienes que Hesse adopta para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, definitivamente no es conflictivista. La relación entre dos magnitudes variables, debe seguir un patrón de optimización de forma concreta, como *aquella que mejor responda a dicha tarea de optimización*. Dicha relación, no se queda en un parámetro de carácter estático, de vinculación de “objetos” constantes y otros “medios” variables, sino que la concordancia práctica, se logra en el contexto de una coordinación “proporcional” entre dos derechos, como los que menciona: entre una libertad expresión de un lado y los bienes jurídicos protegidos por las leyes que regulan diversos derechos fundamentales, como podría ser el derecho al honor.

En ese sentido, se hace patente que la finalidad que Hesse le asigna a la ponderación, es la optimización en sí de los derechos en conflicto, y sin

¹⁵⁵⁸ *Ibidem*, pp. 111-112.

¹⁵⁵⁹ *Idem*.

¹⁵⁶⁰ Cfr. KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, 21ª reimp., Fontamara, México, 2008, p. 16 y ss., 39 y ss. y 77 y ss.

mencionarlo, una *hermenéutica analógica de comparación y equilibrio entre variables de forma coordinada*, más no la “derrotabilidad” de las normas de derecho fundamental.

Aunado a la directriz interpretativa de la concordancia práctica, previamente Hesse ya se ha referido al concepto y cualidad de Constitución, bajo el cometido de la *unidad política y el orden jurídico*. Lo que signifique la palabra “Constitución”, es algo que solamente se puede concebir a partir del *cometido y la función de la Constitución en la realidad de la vida histórica-concreta*.¹⁵⁶¹

La unidad política del Estado no se puede reducir a una unidad de actuación por intereses, aspiraciones y formas de conducta en la realidad de la vida humana de una forma estática y abstracta. Se trata de una actividad continua que en el proceso de convivencia humana solo es posible dentro de la comunidad política que constituye el Estado. Solo a través del Estado se logra, de la constante y permanente voluntad de adoptar una unidad de actuación que posibilite el acuerdo o el compromiso, de forma tácita o expresa como una unidad de tipo funcional.¹⁵⁶²

En ese mismo sentido, el constitucionalismo implica que los poderes públicos adopten al ordenamiento fundamental, como una responsabilidad institucional de *actuar y vivir en Constitución (Wille zur Verfassung)*; que se institucionalice la inercia vital en el actuar permanente y cotidiano por la *voluntad de Constitución*.¹⁵⁶³

La formación de la unidad política no se puede dar dentro de un estado de conciencia general de forma armónica, ni tampoco en la pretensión de eliminar las diferencias sociales políticas e institucionales para nivelar dichas diferencias desde un absoluto totalizante. La unidad política no resulta imaginable sin la presencia y relevancia de conflictos en la convivencia humana en un intenso pluralismo cultural; pues estos a su vez preservan de la rigidez, del estancamiento en formas superadas que le restan actualidad a las instituciones políticas, son la fuerza motriz sin la cual el cambio histórico no se produciría.¹⁵⁶⁴

Para Hesse los conflictos humanos tienen un lado “bueno”, que permite a la sociedad renovarse en un dinamismo creativo de evolución histórica: “La ausencia o la represión de los [conflictos] puede conducir al inmovilismo que supone la estabilización de lo existente, así como la incapacidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes y a producir nuevas for-

¹⁵⁶¹ *Ibidem*, pp. 37-43. En términos gadamerianos, la realidad de la vida histórico-concreta, sería la realidad de la vida humana vista desde la historia efectual, como tesis fundamental de su magna obra *Verdad y Método*: “toda la comprensión de la tradición opera en el momento de la historia efectual, y que sigue siendo operante allí donde se ha afirmado ya la metodología de la moderna ciencia histórica”. GADAMER, Hans-Georg, “Prólogo a la segunda edición” en *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁶² HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵⁶³ *Ibidem*, p. 84 y ss.

¹⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 38.

mas: llega entonces un día en que la ruptura con lo existente se hace entonces inevitable, y la conmoción tanto más profunda.”¹⁵⁶⁵

Por otra parte, no sólo resalta la importancia en la existencia de los conflictos, sino que también, éstos vengan regulados y resueltos, o mejor dicho, *con las condiciones en las cuales se posibilite su resolución*. El conflicto como tal, el que contiene la nueva forma no es el que da las condiciones de resolución, sino el resultado al que aquél conduce y las posibilidades bajo las cuales se pretende resolver un conflicto; en ese orden de ideas, para Hesse el conflictivismo “creativo” termina cuando apreciamos que el conflicto en sí mismo no posibilita el vivir y convivir humanos.

Por ello la cuestión no es tanto la de dar cabida al conflicto y a sus efectos como la de garantizar -no en último término por medio del tipo de regulación de los conflictos- la formación y mantenimiento de la unidad política, *sin ignorar o reprimir el conflicto en nombre de la unidad política y sin sacrificar la unidad política en nombre del conflicto*.¹⁵⁶⁶

Aunado a las ideas de Konrad Hesse y para efectos de poner en perspectiva el límite del conflictivismo “bueno” o “creativo”, se aprecia como elemental la idea de que la Constitución requiere de un fundamento preconstitucional distinto del mero principio mayoritario del consenso legislativo.¹⁵⁶⁷ La Constitución precisa del *consenso fundamental nacional*¹⁵⁶⁸, previo al texto normativo; se trata de un acuerdo sobre algo más que “lo puramente competencial y procedimental”¹⁵⁶⁹, de cuyo acuerdo deriva el principio de primacía constitucional como principio inherente al moderno concepto de Constitución, ligado a la función primordial de los tribunales constitucionales, que es precisamente asegurar el cumplimiento de la primacía constitucional.

Para Bökenförde dicho consenso hace referencia a un acuerdo en torno a algo que no cabe someter a votación.¹⁵⁷⁰ Ello es posible porque el Estado constitucional es un producto de la civilización europea, y en ese sentido

¹⁵⁶⁵ *Idem.*

¹⁵⁶⁶ *Idem.* Las cursivas son nuestras.

¹⁵⁶⁷ ISENSEE, Josef, “El pueblo como fundamento de la Constitución”, *Anuario de derechos humanos*, nueva época, volumen 6, 2005, pp. 377 y ss.

¹⁵⁶⁸ Para el análisis del debate en torno a *las paradojas de los derechos fundamentales en cuanto a* la autonomía privada, el Estado de derecho y la democracia, con importantes citas de Pablo Nuevo López, Josef Isensee, Christian Starck y Ernst Wolfgang Bökenförde. Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 228-234.

¹⁵⁶⁹ STARCK, Christian, “Consenso fundamental nacional y tribunales constitucionales (Una reflexión jurídica comparada)” en *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 60.

¹⁵⁷⁰ BÖKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. y prólogo de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 43 y ss.

descansa sobre presupuestos de naturaleza sociocultural. Entre los cuales destaca una homogeneidad relativa dentro de la sociedad, la cual permite que se mantenga en las conciencias de los ciudadanos: el consenso fundamental nacional constituye algo vigente en cuanto al tipo y ordenación de la vida en común, en el que igualmente no deben darse contradicciones económico-sociales extremas.¹⁵⁷¹

El Estado como forma de organización política, está hoy ciertamente amenazado, pero no ha sido todavía superado. Para poder funcionar, todo orden estatal necesita, de una cierta “comunidad”, de una relativa homogeneidad, pues cuando las diferencias en manera de pensar, en formas de vida, o en tradición cultural, son demasiado grandes, la convivencia en un solo orden estatal es demasiado difícil.¹⁵⁷²

En el contexto antes desarrollado, nos encontramos que el tema de fondo en el derecho desde cualquier perspectiva, estriba en la meditación y la pregunta por la experiencia jurídica concreta sobre la justificación y reconocimiento en la obediencia de la ley; no de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad, misma que no puede imponerse sino a través del proceso riguroso de justificación racional. Para Sergio Cotta la justificación de las normas y su obligatoriedad “vuelve a adquirir un carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre; *si así no fuera, correría el riesgo de disiparse en el conflicto de opiniones y de los intereses contingentes, haciendo imposibles la coexistencia humana.*”¹⁵⁷³

El principio de concordancia práctica no es otra cosa que el paradigma por el cual busca, coincidir de una forma equilibrada el principio democrático de las mayorías representado en el orden jurídico como *sistema* y el principio de libertad, reconocido como un *orden de valores superiores* en la Constitución. La concordancia entre dichos elementos estructurales de la comunidad política, no podrían considerarse en un Estado de derecho constitucional como contradictorios, sino que la democracia también constituye un bien humano en sí misma. La contraposición natural entre orden y libertad, no deja de ser una reminiscencia del contractualismo que nació del iusnaturalismo racionalista, padre del positivismo jurídico decimonónico y que posteriormente reformulara Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*, con el normativismo jurídico y el arquetipo de la *pirámide kelseniana*.

El conflictivismo jurídico de las normas de derecho fundamental, no pasa el *test de la ponderación*, que reformula el principio de concordancia práctica de Konrad Hesse. La concordancia se produce desde una raciona-

¹⁵⁷¹ *Ibidem*, pp. 102 y ss.

¹⁵⁷² BÖKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Sobre el derecho y el Estado, Una conversación con el profesor E.-W. Bökenförde, realizada por José Juan González Encinar”, en *Anuario de Derecho Constitucional y parlamentario*, núm. 7, 1995, p. 16.

¹⁵⁷³ COTTA, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, *op. cit.*, p. XIV. Las cursivas son nuestras.

alidad práctica, pero esta debe ser prudencial y hermenéutica, sin quedarse en los postulados de la filosofía analítica de forma privativa; muy de la escuela del *Círculo de Viena* que pretendió reducir el razonamiento humano, a la lógica formal del lenguaje normativo del derecho, sin conceder a la capacidad humana la experiencia de verdad que proporciona el conocimiento de valores morales de forma natural y como bien humano en su propia singularidad.¹⁵⁷⁴

3) Principio de corrección funcional.

Otro de los principios de interpretación constitucional que menciona Konrad Hesse, es el criterio de la *corrección funcional*. Cuando la Constitución regula de una forma determinada el cometido respectivo de las atribuciones estatales a cargo de sus funcionarios, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de dichas funciones, sin que modifique la distribución de competencias a través de la interpretación constitucional, en cuyo resultado varíe su sentido asignado de forma primitiva.¹⁵⁷⁵

El criterio de la corrección funcional, Hesse lo refiere en lo particular a las relaciones que se suscitan entre legislador y tribunal constitucional: al tribunal constitucional sólo le corresponde, frente al legislador, una función de control, sin que en ningún momento se pueda interpretar que el tribunal restrinja la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo a través de la *función interpretativa*.¹⁵⁷⁶

El límite a la interpretación constitucional y su equilibrio entre la preferencia al legislador ordinario y la libertad de las personas, ya quedaron esbozados en el epígrafe anterior, cuando tratamos a la ponderación a la luz del principio de concordancia práctica.

4) Principio de eficacia integradora

Considerado por Hesse como un principio de valoración de relevancia interpretativa de la Constitución, es el criterio de eficacia integradora. La finalidad de la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad. Ahora bien, este cometido no habrá sido cum-

¹⁵⁷⁴ Para entender la proyección de la *filosofía analítica del derecho* que hunde en las raíces del lenguaje normativo, como metodología de aproximación del derecho, resulta imprescindible la lectura de Wittgenstein y su relación con el positivismo jurídico, principalmente en Hart y el realismo jurídico de corte escéptico. Véase NARVÁEZ MORA, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

¹⁵⁷⁵ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 68.

¹⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 69.

plido correctamente cuando sólo pueda ser alcanzado “a través de vías no estrictamente constitucionales pues con ello se habrían rebasado los límites de la interpretación constitucional.”¹⁵⁷⁷

A este respecto Hesse y bajo el paradigma de la *hermenéutica moderna* que formula Hans-Georg Gadamer, la interpretación se halla vinculada a algo establecido, a las *cosas mismas*.¹⁵⁷⁸ Es decir, la interpretación constitucional tiene un carácter esencialmente creativo, por ende “el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación” y sólo en ese sentido “la actividad interpretativa queda vinculada a la norma”.¹⁵⁷⁹

Por eso, para Hesse los límites de la interpretación se sitúan allí donde no existe algo establecido de forma vinculante por la Constitución, donde acaban *las posibilidades de una comprensión lógica del texto de la norma*; o donde una determinada solución se encontrase en clara contradicción con el texto de la norma iusfundamental. En ese sentido, puede haber disposiciones vinculantes contenidas en el *Derecho constitucional no escrito*, pero sin que éste se encuentre en contradicción con la *constitutio scripta*; esta última se convierte en *límite infranqueable de la interpretación constitucional*.¹⁵⁸⁰

La existencia de este límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución; sin embargo, dicha función admite la posibilidad de un *cambio constitucional* (*Verfassungswandel*) por medio de la interpretación, pero sin que dicha interpretación llegue a culminar en un *quebrantamiento constitucional* (*Verfassungsdurchbrechung*). En otras palabras, la *desviación del texto* en un caso concreto o la reforma de la Constitución por medio de la interpretación.¹⁵⁸¹

Konrad Hesse señala límites hermenéuticos -más no dogmáticos-, en el momento en el cual el intérprete se impone a la Constitución, por lo cual deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla, conductas que resultan prohibidas por el derecho vigente; incluso cuando un problema no pueda resolverse adecuadamente por medio de la *concreción*, el juez, que se halla sometido a la Constitución, no puede elegir libremente los *topoi*. De allí se deriva que los límites en el Derecho constitucional se imponen al pensamiento *tópico*. Este parte de *la primacía del problema*¹⁵⁸², examinando

¹⁵⁷⁷ *Idem*.

¹⁵⁷⁸ Cfr. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 482, 547-585; GADAMER, Hans-Georg, “La verdad de la obra de arte” en *Los caminos de Heidegger*, op. cit., pp. 95 y ss.

¹⁵⁷⁹ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 63. Cfr. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 378-383 y 396-414.

¹⁵⁸⁰ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 70.

¹⁵⁸¹ *Idem*.

¹⁵⁸² El pensamiento más representativo de la *Tópica* como técnica que se orienta hacia el problema, es Theodor Viehweg con su obra fundamental *Tópica y jurisprudencia*. Véase VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., pp. 55 y ss.

el texto del precepto en el marco de *topoi* que desde su base conceptual resultan intercambiables, apartándose eventualmente del texto constitucional en la solución del problema, con lo que dejan de respetarse los límites de la interpretación.¹⁵⁸³

Para una interpretación constitucional que parte de la primacía del texto constituye este último el límite infranqueable de su actuación; *las posibilidades de comprensión del texto delimitan el campo de sus posibilidades tópicas*. Por lo anterior, el método tópico sólo pueda jugar un papel limitado en el marco de la interpretación constitucional; es así que el Derecho constitucional como Derecho fundamentador del orden global, así como del orden de convivencia, no debe ser comprendido de forma aislada desde el problema, como pueda ocurrir en el Derecho privado, al que la moderna teoría de la interpretación debe la recuperación del pensamiento tópico.¹⁵⁸⁴

En ese sentido, la concreción de la norma que contiene un derecho fundamental en lo particular, no puede estar desvinculada de la precomprensión del problema a resolver, en el singular *horizonte del intérprete*; por lo cual el problema, los *topoi*, la jurisprudencia, la norma constitucional y el intérprete, se encuentran radicados en un *círculo hermenéutico* en el cual se dan las condiciones propias del comprender y por ende, de la interpretación constitucional dotada de un sentido singularizado.¹⁵⁸⁵

5) Principio de fuerza normativa de la Constitución: la voluntad de Constitución

La Constitución se compone de normas jurídicas que contienen requerimientos dirigidos a la conducta humana. Las normas no son más que letra muerta sin eficacia jurídica alguna, cuando el contenido de tales exigencias no se incorpora a la conducta de las personas. En ese entendido, el Derecho constitucional no puede estar desvinculado de la actuación humana y sólo en ese sentido resulta “realizado”; alcanza él mismo la realidad de un orden vivido, formador y conformador de realidad histórica, pudiendo cumplir su función en la vida de la comunidad.¹⁵⁸⁶

Por medio de sus prescripciones materiales, confiere forma a la vida de la comunidad, asegura continuidad suprapersonal, con el consiguiente efecto estabilizador; la ordenación del procedimiento de formación de unidad política en el ejercicio de las atribuciones y limitaciones al poder público, permite preservarlo del abuso del poder: en esta función de posibilitar y garantizar un proceso político libre, de constituir, de estabilizar, de

¹⁵⁸³ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 71.

¹⁵⁸⁴ *Idem*.

¹⁵⁸⁵ *Ibidem*, pp. 64-65; Cfr. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método, op. cit.*, pp. 337 y ss.

¹⁵⁸⁶ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 51.

racionalizar, de limitar el poder y en todo ello de asegurar la libertad individual estriba la *cualidad de la Constitución*.¹⁵⁸⁷

La *fuerza normativa de la Constitución* y su realización no es algo que se pueda dar por supuesto. Depende de la medida en la cual la Constitución motive y determine la conducta humana; en la medida en la cual sus normas se encuentran “en vigor” no sólo hipotéticamente sino también realmente. La vigencia real de la Constitución no se alcanza por el hecho de existir y en ocasiones se confunde con el único *acto de voluntad* del poder constituyente. Sin embargo se soslaya que el “poder constituyente” también se origina de una actuación humana histórica, sólo respecto de aquello en lo que se está de acuerdo al texto de la Constitución. La voluntad del constituyente histórico no puede fundamentar la vigencia real de la Constitución, y por supuesto, no puede mantenerla. Hasta qué punto la Constitución consigue ésta vigencia, es más bien una cuestión de su *fuerza normativa*, de su capacidad de operar en la realidad de la vida histórica de forma determinante y reguladora.¹⁵⁸⁸

La fuerza normativa de la Constitución se encuentra condicionada por la *posibilidad de realización* de los contenidos de la Constitución. Cuanto mayor sea la conexión de sus preceptos con las circunstancias de la situación histórica, procurando conservar y desarrollar lo que ya se haya esbozado en la disposición individual del presente, tanto mejor será el despliegue de su fuerza normativa. La situación espiritual, social, política o económica del tiempo de una comunidad política determinada, no puede ser ignorada por la Constitución, con peligro de ser ignorada su imprescindible germen de fuerza vital. *La fuerza vital y operativa de la Constitución, estriba en su capacidad de conectar con las fuerzas y tendencias vivas de la época, de su capacidad de desarrollar y coordinar en razón de su objeto, el orden global específico de relaciones vitales concretas.*¹⁵⁸⁹

Además de la *posibilidad de realización* de los contenidos de la Constitución, la fuerza normativa de la misma se encuentra condicionada por la *voluntad constante* de los implicados en el proceso de realizar sus contenidos. Resulta fundamental que dicha voluntad se apoye en un *consenso básico*¹⁵⁹⁰ que asegure al orden jurídico una estabilidad firme; a fin de condicionar la conducta humana a ese derecho histórico, necesita por principio de su aceptación respecto de un acuerdo básico del cumplimiento de los contenidos del orden jurídico, no en cuanto un orden por el orden en sí

¹⁵⁸⁷ *Ibidem*, pp. 47-48.

¹⁵⁸⁸ *Ibidem*, pp. 51-52.

¹⁵⁸⁹ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 52.

¹⁵⁹⁰ Muy parecido al *consenso fundamental nacional* antes referido en Christian Starck y Ernst Wolfgang Bökenförde *Supra* “Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista”; Cfr. FLORES SALDAÑA, Antonio “El paradigma de la constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., pp. 228- 234.

mismo, sino como orden de un contenido determinado, “recto” y por ello legítimo.

Para Hesse, aquello que no es considerado en los criterios de “rectitud” como Derecho, no puede ser considerado como tal, de conformidad con las experiencias históricas, en conexión con los principios jurídicos que se han formado a través de la experiencia histórica de las generaciones, habiendo confirmado por las mismas, los modelos de la generación viviente acerca de la conformación del presente y el futuro. Sin embargo este consenso básico no garantiza necesariamente la “rectitud”, pero sí el mantenimiento duradero del orden jurídico. Allí donde aquel falta puede que la coacción autoritaria ocupe su lugar, sin embargo un orden jurídico considerado como algo a realizar, no será capaz de fundamentar en una imposición autoritaria que escapa de un ideal de justicia.¹⁵⁹¹

Resulta imprescindible que el acuerdo del constituyente histórico se mantenga entre aquellos cuya actuación y cooperación dicho constituyente trató de dirigir y coordinar a través de las normas de la Constitución. Cuanto más intensa sea la *voluntad de Constitución (Wille zur Verfassung)*¹⁵⁹² tanto más lejos serán los límites de las posibilidades de realización de dicha Constitución. El *consenso básico* y la *voluntad de Constitución* serán los presupuestos a través de los cuales la Constitución podrá desplegar su fuerza normativa. *La voluntad de Constitución*, se destaca como esa proyección de las condiciones para su realización, no sólo como *voluntad de poder*¹⁵⁹³, sino que tienen como triple raíz convicciones esenciales que trasciende a los aspectos meramente formales de la ley fundamental, que se basan en los siguientes elementos:

a) La conciencia de la necesidad y el valor específico de un *orden objetivo y normativo inviolable* que aleje a la vida estatal de la arbitrariedad desmedida y desvirtuada;

b) La convicción de que este orden no es exclusivamente fáctico, que se trata de un orden no sólo legítimo sino necesitado de *continua legitimación*; y

c) La relación que la continua legitimación, tiene con respecto a que la conciencia de ese orden objetivo y normativo inviolable, no puede tener la vigencia de una ley concebida por el intelecto al margen de la voluntad

¹⁵⁹¹ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁹² *Ibidem*, pp. 53, 84 y ss.

¹⁵⁹³ En este sentido Konrad Hesse se desmarca de la idea de la voluntad de poder de Nietzsche, en cuanto a la necesidad incrementar el mantenimiento y consolidación de ese poder, como esa potestad natural de dominación hacia los pueblos más débiles y menos desarrollados; la exaltación del *sentimiento del pueblo* ausente de una legitimación ética centrada en la instrumentalización del hombre Véase NIETZSCHE, *La voluntad de poder, op. cit.* La explicación de la voluntad de poder, desde los presupuestos del derecho moderno en el racionalismo de la ilustración *Supra* “El mercantilismo utilitarista de la burguesía liberal”

humana sino que sólo puede adquirir y conservar su vigencia a través de *actos de voluntad*.¹⁵⁹⁴

Por lo anterior y desde la perspectiva de las condiciones de realización del derecho Constitucional –y desde nuestro enfoque de los derechos fundamentales–, Constitución y “realidad” no pueden quedar aisladas la una de la otra, así como tampoco del *proceso de realización de la Constitución*. El contenido de una norma constitucional no puede quedar realizado sobre la base de las pretensiones generales, incompletas e indeterminadas de la norma; a fin de dirigir la conducta humana en cada una de las situaciones, la norma en mayor o menor medida fragmentaria necesita concreción: la cual sólo será posible cuando se tome en consideración a la par de dicho proceso *las singularidades de las relaciones vitales concretas sobre las que la norma pretende incidir*. Es decir “La operación de realización de la norma constitucional no puede prescindir de estas *singularidades*, so pena de fracasar ante los problemas planteados por las situaciones que la Constitución está llamada a resolver.”¹⁵⁹⁵

Por ejemplo, Hesse menciona que la propiedad no puede estar desligada de la función social y económica de ese derecho, desde la particular perspectiva del moderno Estado social. Tampoco la libertad de expresión, puede desligarse de los acelerados cambios tecnológicos que han tenido lugar en los medios de comunicación, las posibilidades técnicas que han modificado los distintos aspectos en la conformación y garantía de libertad, conforman una nueva perspectiva del derecho de libertad expresión.¹⁵⁹⁶ Hesse menciona a la radiodifusión, nosotros podemos mencionar a las nuevas tecnologías de la información como el internet y los diversos dispositivos tecnológicos de transferencia de datos e información como las computadoras y los teléfonos inteligentes.¹⁵⁹⁷

En suma, la Constitución pretende verse “actualizada”, con las posibilidades y condicionamientos históricos cambiantes, por lo que será preciso dar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso. Dicho *procedimiento tópico* se encuentra vinculado, en coherencia con el carácter de la Constitución, al problema concreto pero siempre guiado y orientado por la norma, tendrá las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables, como ocurre con el método de la ponderación al que nos hemos referido.¹⁵⁹⁸

¹⁵⁹⁴ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 53. Las cursivas son nuestras.

¹⁵⁹⁶ *Idem*.

¹⁵⁹⁷ Fundamental para entender la transformación cultural de la sociedad de las tecnologías de la información *Supra* “B) Del *homo sapiens* al *homo videns*: el origen del *meme* como unidad mínima de conocimiento”.

¹⁵⁹⁸ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 69. *Supra* “Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista”.

Si bien es cierto que la decisión jurídica, y de manera muy particular en el Derecho constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; si se puede considerar que de lo que se trata es de la *racionalidad posible*, sin que se pueda prescindir de una metodología consciente. Por ello la “corrección” de los resultados obtenidos a través del proceso expuesto de *concreción de las normas constitucionales* no tiene, por ello, el carácter de lo exactamente demostrable que puede darse en las ciencias de la naturaleza.¹⁵⁹⁹

En el ámbito de la interpretación jurídica no pasa de ser una ficción o una mentira reiterada en la cual los juristas ocultan los verdaderos motivos de la decisión¹⁶⁰⁰, que en términos positivistas se acepta como el ámbito de discrecionalidad necesario del juzgador con tal de no dar la posibilidad de la valoración de los elementos axiológicos del derecho.

En ese sentido Hesse contrapone frente a la pretensión de una *absoluta corrección*, imposible de demostrar -y que con frecuencia ni siquiera la *ratio decidendi*- la *corrección relativa*, que implica reconocer *el carácter limitado de su pretensión*. Sin embargo, dentro de dicha limitación, resulta explicable, convincente y hasta cierto punto previsible, que a través de cierto “quantum” de honestidad jurídica, se obtenga también una limitada o modesta seguridad jurídica.¹⁶⁰¹

6) Principio de interpretación conforme.

Para Konrad Hesse, según este principio, una ley no ha de ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución. Esta “consonancia” no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente el lugar cuando un contenido antiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución.¹⁶⁰²

¹⁵⁹⁹ Si bien Hesse no lo menciona como tal, pero de sus conclusiones se puede deducir la diferencia que existe entre razón teórica y razón práctica. La crítica de la identificación entre razón teórica de las ciencias exactas y la razón práctica en las ciencias del espíritu o ciencias humanas *Supra* “El desconocimiento de la razón práctica por la razón teórica”

¹⁶⁰⁰ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 69.

¹⁶⁰¹ *Idem*. Pretensión de corrección muy similar a la que se refiere Robert Alexy, cuando postula el carácter aproximado en el cual se deduce en el discurso argumentativo, valores morales incardinados en el concepto mismo de derecho. Véase ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 110 y ss. Para un análisis *in extenso* del principio de *fuerza normativa de la Constitución* Véase, HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 77-94.

¹⁶⁰² HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 71-72. Para entender el principio de interpretación conforme, de manera muy particular en la realidad mexicana, reafirmamos la importancia de la obra CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, op. cit.

Así pues, en el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales no son solamente “normas y al parámetro” sino también “normas de contenido” en la determinación del contenido de las leyes ordinarias. Por el contrario no es posible la interpretación conforme en contra del “texto y sentido” de la ley o en contra de la “finalidad legislativa”. A este respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador, más bien de lo que se trata es de mantener el máximo de aquello que él ha determinado; en ningún caso debe ser declarada nula una ley cuando la inconstitucionalidad no es evidente, sino que únicamente existen reservas, por serias que puedan ser.¹⁶⁰³

En ese mismo sentido Eduardo García de Enterría señala que la supremacía de la Constitución sobre todas las normas del ordenamiento, su carácter central en la construcción y la exigencia de validez del mismo en su conjunto, obliga a interpretar dicho sistema en cualquier momento de su aplicación. Los operadores públicos o por operadores privados, los Tribunales o los órganos legislativos o administrativos, interpretan el ordenamiento jurídico, en el sentido que resulte compatible con los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate.¹⁶⁰⁴

En ese sentido el planteamiento de que una ley tenga que ser anulada por su inconstitucionalidad en muchas ocasiones resulta problemático, pues el legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma declarada inválida, y por ende, la inseguridad jurídica que ello provoca. Se ha señalado que las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, generan una “situación de mayor inconstitucionalidad”. Es ese *horror vacui* (*horror al vacío legislativo*) el que determina el principio formulado por el Tribunal Constitucional alemán: “es válido el principio de que una Ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución”.¹⁶⁰⁵

Tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán, como la Suprema Corte de los Estados Unidos, han conformado la doctrina de la interpretación conforme vía jurisprudencial. Dichos Tribunales Constitucionales no han dudado en conectar dicho principio, con una verdadera “presunción de constitucionalidad de las leyes”; ya no es la simple afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, y por ende se formulan distintos elementos para la concreción práctica de dicho principio:

1) Una confianza otorgada al legislativo, en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución;

¹⁶⁰³ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 71-72.

¹⁶⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 101.

¹⁶⁰⁵ *Ibidem*, pp. 101-102.

2) Que una ley no pueda ser declarada inconstitucional, sólo en el caso de que exista una *duda razonable* sobre su contradicción con la Constitución;

3) Que cuando una ley se encuentre redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea “razonablemente posible”, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley, es precisamente lo que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.¹⁶⁰⁶

Tanto Konrad Hesse como Eduardo García de Enterría, coinciden que el principio de unidad del ordenamiento jurídico, se encuentra detrás del principio de interpretación conforme; la estructura jerárquica y la supremacía de la Constitución, integra al ordenamiento jurídico con su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo.¹⁶⁰⁷

Para Hesse, la idea expresada a través del principio de la interpretación conforme sólo en parte coincide con la de la “observancia del orden de valores de la Ley Fundamental”¹⁶⁰⁸ en la interpretación de las leyes ordinarias. Conforme a lo ya señalado, afirma Hesse “El principio hunde sus raíces más bien en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico: en función de esta unidad las leyes emanadas bajo la vigencia de la Ley Fundamental deben ser interpretadas en consonancia con la Constitución, así como el derecho aún vigente procedente de tiempo anterior debe ser adaptado a la nueva situación constitucional.”¹⁶⁰⁹ Cuando el juez constitucional interpreta la ley de conformidad con la Constitución, controla la concreción de la Constitución llevada a cabo por el legislador a través de una propia concretización de la Constitución y de la ley.¹⁶¹⁰

Konrad Hesse concebía a este principio, como el último recurso para que una ley no sea declarada nula, cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución, pues la presunción de constitucionalidad en torno a la finalidad legislativa, constituye un parámetro importante para implementar una hermenéutica adecuada que dilucide las múltiples posibilidades de interpretación para su adecuada concreción de la norma fundamental y de la misma norma interpretada.

En ese punto esa “consonancia” de la ley con distintos puntos de vista jurídico-constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución; bajo esa perspectiva la compatibilidad normativa juega en dos direcciones en relación a la presunción de su constitucionalidad y las posibilidades interpretativas en concordancia con la Constitución:

¹⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 102.

¹⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 102; HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 72-73.

¹⁶⁰⁸ Para un análisis esencial del concepto Cfr. CRUZ, Luis M., *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, op. cit.

¹⁶⁰⁹ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 72-73.

¹⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 73. Véase el siguiente epígrafe.

a) *Compatibilidad jerárquica-formal*, cuando se realiza un examen de correspondencia lógica entre lo establecido en el texto de las proposiciones normativas que constituyen el ordenamiento fundamental de un Estado y lo señalado en las normas fundamentales, que en la doctrina jurídica se ha dado por llamar el *bloque de constitucionalidad*, así como en el derecho internacional de los derechos humanos, *el bloque de convencionalidad*.¹⁶¹¹

b) *Compatibilidad axiológica-material*, tiene lugar cuando de los contenidos expresados en la Constitución, se deduce una indeterminación, antinomia o laguna axiológica con el sistema jurídico interno de un Estado; esto es, que el contenido de un derecho fundamental, plasmado en la Constitución de un Estado nacional presenta un contenido desactualizado, ambiguo, inexistente o indeterminado. Para lo cual es necesario concretar a la realidad del Estado constitucional, en observancia de los valores superiores del ordenamiento jurídico *fundamental-supranacional*, que consagra los derechos humanos principalmente en los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁶¹²

Así pues, para Hesse, el marco de la interpretación conforme de las normas constitucionales no son solamente “normas de parámetro” sino también “normas de contenido” de las leyes ordinarias. Por el contrario no es posible la interpretación conforme en contra del “texto y sentido” de la ley o en contra de la “finalidad legislativa”. A este respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador, más bien de lo que se trata es de mantener al máximo, la voluntad del legislador y la presunción de que sus determinaciones no violan la Constitución. Por ende, en ningún caso debe ser declarada nula una ley cuando la inconstitucionalidad no es evidente, pudiendo existir ciertas reservas al respecto para determinar lineamientos en un sentido compatible con la Constitución.¹⁶¹³

Aunado a lo anterior, cabe hacer una referencia importante, en el ámbito de la implementación del principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Nos referimos a la configuración del modelo de justicia constitucional que en México se gestó, a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011, para incluir en los criterios hermenéuticos, el *principio de interpretación conforme*. El poder revisor de la Constitución mexicana, señaló en relación con el principio de interpretación conforme: “no atiende a criterios de supra-subordinación ni implica un sistema de jerarquía de normas”, con lo cual queda explícita la finalidad de dicho principio que no puede ser otra que la “necesidad de interpreta-

¹⁶¹¹ Un estudio *in extenso* sobre la hermenéutica constitucional aplicada a los derechos humanos reconocidos en el llamado *bloque de convencionalidad* Véase FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 111-148.

¹⁶¹² *Idem.*

¹⁶¹³ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, *op. cit.*, pp. 72.

*ción de los derechos constitucionalmente reconocidos [...] una ampliación en la protección de los derechos humanos.*¹⁶¹⁴

Bajo ese contexto, el principio de la interpretación conforme, adquiere un sentido netamente hermenéutico, pues no sólo debe coincidir de manera silogística con el contenido de las normas de derechos humanos a nivel internacional; esto es que también debe atender a la “observancia del orden de valores de la ley fundamental” en la interpretación de las leyes ordinarias y en general del derecho interno.

La referida *unidad del ordenamiento jurídico* debe prevalecer para que las leyes emanadas bajo la ley fundamental, deben ser interpretadas en consonancia con la Constitución, las leyes federales y sus interpretaciones jurisprudenciales por el Tribunal Constitucional nacional; así como el derecho internacional que en materia de derechos humanos sea suscrito por los Estados miembros y de cuya interpretación jurídica se advierta una interpretación convencional determinada, si la cual resulte controvertible su juridicidad.¹⁶¹⁵

En el sistema regional de derechos humanos, la Corte Interamericana, es quien se pronunciará acerca de la adecuada concretización de los derechos en el ámbito interno, estableciendo su convencionalidad o inconvencionalidad, o bien reformulando una interpretación conforme a la CADH. De lo contrario, al no ser interpretada la norma en concordancia con dicho tratado y la jurisprudencia de la citada Corte, por no encontrar dentro de las posibles interpretaciones aquella que se adecue al bloque de convencionalidad, la presunción de constitucionalidad se pierde.¹⁶¹⁶

Por ende, su aplicación se vuelve inconvencional a tal grado que de no observarse la forma en la que se deba interpretar y no resulte adaptable al bloque de convencionalidad, se entenderá que su formulación no atiende a una adecuada concreción de los derechos humanos, y la correspondiente obligación del Estado americano de realizar determinado acto, o bien modificar su legislación interna tanto ordinaria como Constitucional para adecuarlo a la observancia de los tratado internacionales en la materia, así como su interpretación por la Corte IDH.¹⁶¹⁷

La interpretación conforme aplicable a la justicia convencional, concretamente al bloque de convencionalidad de los Estados nacionales, consti-

¹⁶¹⁴ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado del 7 de abril de 2010.

¹⁶¹⁵ Un artículo fundamental para analizar de forma breve nuestra propuesta de la hermenéutica constitucional de los derechos humanos a la luz del paradigmático, control de convencionalidad Véase FLORES SALDAÑA, Antonio “Introducción a la hermenéutica constitucional de los derechos humanos: *hermenéutica convencional*” en FLORES SALDAÑA, Antonio (Coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, op. cit.; nuestra propuesta *in extenso* en FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op, cit.

¹⁶¹⁶ FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op, cit., pp. 296-307.

¹⁶¹⁷ *Ibidem*, pp. 146-147.

tuye una herramienta hermenéutica mediante la cual, las cortes internacionales de derechos humanos encuentran un medio de conciliación del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos, para lograr su debido respeto y protección.

Los paradigmas hermenéuticos de Konrad Hesse, no pueden estar completos sin referirnos a la interpretación constitucional como concretización, así como las condiciones en las cuales se realiza esa actualización.

3. LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS CONDICIONES HERMENÉUTICAS DE LA COMPRESIÓN

1) La concreción y el programa normativo de la Constitución

El constituyente, al formular la Constitución introdujo de manera intencional, proposiciones normativas que contienen conceptos indefinidos, abstractos, generales, indeterminados, vagos e imprecisos. La necesidad de que dichos conceptos sean colmados por el operador jurídico de conformidad con un significado, dotado de un contenido adecuado y de un sentido coherente; dicho discurso argumentativo precisa de significados acordes al núcleo esencial que protege el derecho fundamental, en su máxima expresión y extensión con el bien humano sujeto a protección constitucional.¹⁶¹⁸

El legislador supremo nos da una pauta de manera clara, cuando la expresión proposicional encierra cualidades deónticas indeterminadas en el ordenamiento jurídico fundamental, por ese solo hecho, implica por parte del operador jurídico –principalmente el juez constitucional- una toma de postura o adhesión determinada en cuanto a la adecuada concreción de los derechos fundamentales; como tales, deben ser “llenados” con una interpretación, ponderación y aplicación plausible de los principios.¹⁶¹⁹

Como ya hemos referido, el elemento esencial de Konrad Hesse en la interpretación constitucional es la “concreción” (*Konkretisierung*): *lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata. La interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación y es de tal suerte que dicha actividad interpretativa queda vinculada con la norma.*¹⁶²⁰

¹⁶¹⁸ FLORES SALDAÑA, Antonio, “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit., p. 214.

¹⁶¹⁹ *Ibidem*, pp. 214-215.

¹⁶²⁰ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 63. Una crítica de la interpretación constitucional hermenéutico-concretizadora de Konrad Hesse, por parte de Ernst-Wolfgang Bökenförde véase BÖKENFORDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Pról. Francisco J. Bastida, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Vi-

Es decir, la Constitución *ab initio* no dice nada, es necesario “hacerla hablar”, con significados dotados de un sentido acorde al contenido normativo, al *programa normativo del constituyente* desde una perspectiva hermenéutica. La hermenéutica de la Constitución es en sí misma una instancia creativa, a través de la cual el operador jurídico racionaliza la decisión con un contenido material preciso para cada norma constitucional, principalmente las que contienen derechos fundamentales.

*En las condiciones de realización del Derecho constitucional, Constitución y realidad no pueden quedar aisladas. El contenido general, incompleto e indeterminado de las normas constitucionales, a fin de que se encuentre en condiciones de dirigir la conducta humana, en cada una de sus situaciones de manera fragmentaria, es necesario llevar a cabo la concretización de su contenido normativo.*¹⁶²¹

La *concreción hermenéutica* del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la “realidad” que esa norma esta llamada a regular. Las singularidades de modo, tiempo y lugar de estas circunstancias, integran el “ámbito normativo”, el cual a partir del conjunto de datos que arrojan el mundo social, son afectados por un precepto a través de un mandato contenido en el texto de la norma: el *programa normativo* es elevado a parte integrante del contenido normativo. Esto es que, las singularidades y el “ámbito normativo”, de hallan sometidos a cambios históricos; por ende los resultados de la “concretización” pueden cambiar, a pesar de que el texto de la norma continúa siendo idéntico, resultando en consecuencia una *mutación constitucional*.¹⁶²²

Sin embargo, las posibilidades de esa “mutación constitucional” son limitadas, sin que varíe en nada la constante vinculación de la realización de las normas constitucionales. En ese sentido los contenidos que se realicen en contradicción con dichas normas no pueden ser “realidad constitucional”. Es decir, la Constitución realizada debe ir en consonancia con los mandatos que dirigen la conducta humana, “siendo en la descripción de esta diferencia donde la contraposición entre Derecho constitucional y realidad constitucional encuentra su justificación.”¹⁶²³

No existe una realidad constitucional *contra constitutionem*, esa calificación de inconstitucional como realidad constitucional, contiene en realidad una contradicción con la Constitución. Si existe una realidad inconstitucional, lo relevante es tomarla en consideración y hacer lo necesario para evitarla y situar de nuevo a la realidad de acuerdo a la Constitución. En ese momento es donde entra en juego la *política constitucional* que posibili-

llaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Nomos Verl.-Ges, 1993, op. cit., pp. 30-32.

¹⁶²¹ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 53.

¹⁶²² *Ibidem*, p. 54.

¹⁶²³ *Idem*.

ta la realización legítima de la Constitución, o si no es posible, la opción última es la reforma constitucional.¹⁶²⁴

Los paradigmas hermenéuticos de la interpretación constitucional quedan conformados por las condiciones a través de las cuales se efectúa dicha interpretación. Es decir *las condiciones relevantes que hacen posible la interpretación constitucional*, constituye el elemento fundamental en la concreción de su contenido normativo; y este a su vez, presupone la “comprensión” del contenido de la norma a “concretizar”. Por ende, la interpretación de la Constitución no puede quedar desvinculada ni de la “precomprensión” del intérprete ni del problema concreto a resolver.¹⁶²⁵

2) La precomprensión hermenéutica de los *pre-juicios* en la concreción de los derechos

En primer término, el intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto *cuasi arquimédico*.¹⁶²⁶ Esto es, situado fuera de la existencia histórica, sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus *pre-juicios*.¹⁶²⁷ Es decir, el *horizonte de comprensión* a la luz del cual se interpretan las normas de derecho fundamental.

Por lo cual, el intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una *pre-comprensión* que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aún de comprobación, corrección y revisión a través de la progresiva aproximación a la “cosa” por parte de los proyectos en cada caso revisados, *para efecto de que la unidad de sentido quede cla-*

¹⁶²⁴ *Ibidem*, pp. 54-55.

¹⁶²⁵ *Ibidem*, p. 64.

¹⁶²⁶ Una expresión similar y grandilocuente es la que utiliza Eduardo García de Enterría, para referirse a que el control de constitucionalidad de las leyes, constituye un proceso interpretativo cuya finalidad no es la de discriminar o depurar de forma abstracta y por mera deducción lógica, lo que no se encuentre compatible con la norma constitucional; pondera valores y principios que no se reducen a fórmulas lógicas vacías de contenido y de conformidad al caso concreto. Véase *Supra* “La Constitución como norma, el tribunal constitucional y los valores superiores del ordenamiento.” La Constitución [española] no es, pues, un simple parámetro de un *quintaesenciado proceso nomofiláctico* concentrado en un órgano único y exquisito, a quien se encomienda en exclusiva eliminar las normas inconstitucionales [...] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, op. cit., p. 67. Las cursivas son nuestras.

¹⁶²⁷ La idea de prejuicio es fundamental en la tesis de Hans-Georg Gadamer y que toma Konrad Hesse, la cual encierra la comprensión previa que tenemos antes de interpretar la realidad. En el derecho, ocupa una posición determinante para la concreción del derecho justo, como un derecho circunstanciado para la correcta concreción de las normas constitucionales, desde la propia singularidad de los actos humanos y su conocimiento en la razón práctica. Véase GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 376 y ss.

ramente fijada.¹⁶²⁸

Para Konrad Hesse, resulta fundamental la presencia del *pre-juicio* en toda comprensión, retomando una influencia decisiva de uno de los conceptos fundamentales de Hans-Georg Gadamer en la hermenéutica contemporánea. Entendiendo el *prejuicio* como una actitud de no limitarse a ejecutar las “anticipaciones” de la pre-comprensión, siendo por el contrario consciente de las mismas y explicándolas, respondiendo así al primer mandato de toda interpretación: evitar la arbitrariedad de las ocurrencias, prestando atención a “las cosas mismas”.¹⁶²⁹

La tarea así planteada de la fundamentación de la pre-comprensión es, ante todo, una tarea de teoría constitucional, cuya formulación, sin embargo, no tendrá lugar *ad libitum* (a placer o a voluntad) siempre que se vea confirmada y corregida por la praxis del supuesto concreto en un continuo intercambio.¹⁶³⁰

En un sentido muy parecido a Konrad Hesse, Manuel Aragón Reyes señala de manera determinante: “Es muy difícil que pueda haber Constitución sin Derecho Constitucional”.¹⁶³¹ Para Aragón, la labor de la doctrina – refiriéndose a la española- del derecho constitucional, es la creación de una disciplina que ha sido capaz de sostener, incitar y criticar la aplicación de la Constitución; a ese proceso de creación del moderno derecho constitucional, se la debemos a los forjadores de la doctrina jurídico-constitucional que le ha dado un sentido definido a *la interpretación y aplicación de la Constitución en la realidad concreta e histórica* de España.¹⁶³²

Por otra parte, es necesario distinguir conceptualmente, “Comprender” y, con ello, “concretizar” sólo es posible con respecto a un *problema concreto*. Es decir, el intérprete tiene que poner en relación con dicho problema la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto *aquí y ahora*. Esta determinación de contenido, así como la “aplicación” de la norma al caso concreto, constituyen un proceso único y no la aplicación sucesiva a un determinado supuesto de algo preexistente, general, en sí mismo comprensible. Por lo tanto Hesse afirmará de manera concluyente “*No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos*”.¹⁶³³

¹⁶²⁸ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 64.

¹⁶²⁹ “¡A las cosas mismas!”, es una expresión que Gadamer retoma de la filosofía existencial de Martin Heidegger y la finalidad no es otra más que plantearse la pregunta fundamental por *el ser de la existencia humana en sí misma*, como una auténtica “ontología fundamental”. Cfr. GADAMER, Hans-Georg, “La verdad de la obra de arte” en *Los caminos de Heidegger, op. cit.*, pp. 95 y ss. Para abundar en el horizonte de comprensión y el prejuicio hermenéutico *Supra* “5. El círculo hermenéutico”.

¹⁶³⁰ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 64.

¹⁶³¹ ARAGÓN REYES, Manuel, “Introducción: Constitución y Derecho Constitucional” en *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 3.

¹⁶³² *Idem*.

¹⁶³³ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 64.

Cuando nos referimos a que la norma constitucional, debe estar interpretada desde un *aquí y ahora*, no hacemos más que poner en perspectiva hermenéutica, la finitud y singularidad de ese momento de verdad en el que se circunscribe el hermeneuta constitucional. Es decir, el intérprete debe optar por apreciar los hechos de forma prudencial, *lo justo concreto* en esa relación jurídica en el que necesariamente hay que interpretar los textos jurídicos.¹⁶³⁴

El discernimiento del problema a resolver, presupone un “comprender”. Por eso también se halla en situación de dependencia de la precomprensión del intérprete, que a su vez necesita una fundamentación teórico-constitucional. Por lo anterior, *“la Teoría de la Constitución deviene condición tanto de la comprensión de la norma como de la del problema.”*¹⁶³⁵

En un sentido análogo, para Robert Alexy, resulta necesaria una teoría de los derechos fundamentales, para la interpretación de los mismos: “La dogmática de los derechos fundamentales, como disciplina práctica, apunta, en última instancia, a la fundamentación racional de *concretos juicios de beber ser concernientes a los derechos fundamentales.*”¹⁶³⁶

En ese sentido queda acreditado que para una adecuada hermenéutica de las normas constitucionales y de manera específica, para las normas que contienen derechos fundamentales, precisa de una teoría de los derechos así como de la Constitución. *Praxis y teoría, no son más que estadios de un solo proceso unitario de concreción normativa.*

3) El programa “antimetodológico” de Konrad Hesse y su proyección hermenéutica

Desde un aspecto netamente hermenéutico, Hesse aborda la concreción de las normas constitucionales, a partir del problema del método como aproximación al fenómeno jurídico. Es decir, la interpretación de la norma de cuya concretización se trata, respecto de la precomprensión del intérprete y respecto del problema concreto que en cada caso se trata de resolver. Dese un aspecto negativo, se afirma que *no se puede reducir a un método de interpretación autónomo*, desvinculado de estos factores; y, formulado positivamente, consiste en el proceso de concretización que debe venir determinado por el objeto de la interpretación de la Constitución y por el problema en cuestión.

El fenómeno de la interpretación jurídica de la Constitución, constituye un proceso que viene predefinido por la norma constitucional, y de manera ineludiblemente vinculada, al problema que se pretende resolver. Dicho en

¹⁶³⁴ VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica, Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, op. cit., pp. 101-102.

¹⁶³⁵ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 64-65. Las cursivas son nuestras.

¹⁶³⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 22-23. Las cursivas son nuestras.

términos gadamerianos, además de que la interpretación y aplicación es un *proceso unitario*¹⁶³⁷, interpretación y aplicación de las normas constitucionales, no pueden permanecer aisladas del momento en el cual el operador jurídico comprende el sentido de dichas normas.

La hermenéutica constitucional será una función mediadora entre el significado del texto y la concreción material de sus contenidos normativos, más no una función abstracta y aislada: *la interpretación-aplicación de la Constitución es un proceso unitario en la hermenéutica de los derechos fundamentales.*

Visto desde otro punto de vista, la Constitución, no contiene un sistema cerrado y unitario; bien desde una postura lógica-axiomática, o bien desde una axiología como de jerarquía de valores petrificada.¹⁶³⁸ Por el contrario, la interpretación de sus normas no puede ser una simple ejecución de algo preexistente, como una entidad abstracta que solo falta su aplicación sin un razonamiento práctico que le dota de comprensión a sus contenidos de valor.

La adecuada interpretación de la norma constitucional, precisa de un *procedimiento de concretización que responda a esta situación: a través de una actuación “tópica” orientada y limitada por la norma.* La tónica constitucional queda vinculada por la norma y no desde un aspecto “puro”, pues “habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por vía de la *inventio*, sean sometidos al juego de las opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (*topoi*).”¹⁶³⁹

Hesse deja en claro que el aspecto problemático de la interpretación de los casos a través de la *tópica*, es el método adecuado para la interpretación de las normas constitucionales. Sin embargo, no propone un método tónico de forma “pura” como parece concebirlo Theodor Viehweg, en su *Tópica y jurisprudencia*¹⁶⁴⁰, sino que la *hermenéutica tónica* a la que aspira la interpretación “correcta” de la Constitución, se encuentra situada por el texto normativo, a través del cual y por el cual se encuentra el sentido al que va dirigida la concretización de dicha norma, en concordancia con el problema específico a resolver.

De igual forma y muy de la mano con Gadamer, el programa “antime-

¹⁶³⁷ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 381.

¹⁶³⁸ Para nosotros no resulta coherente afirmar la existencia de una jerarquía móvil como lo hace Riccardo Guastini desde una perspectiva escéptica; si existe una *jerarquía móvil* en la Constitución, devela la forma en que la razón práctica se sitúa en juicios de valor de los bienes humanos; en una circunstancia específica, sin que existan respuestas “únicas” o “correctas” en las decisiones jurídicas, como lo afirma Dworkin. Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Distinciendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, op. cit., p. 170.

¹⁶³⁹ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 65.

¹⁶⁴⁰ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit.

todológico”¹⁶⁴¹ de Hesse, la interpretación constitucional, lejos de ser un “método” más de interpretación, es un análisis filosófico que debele el razonamiento práctico del hermeneuta en la elección del método.¹⁶⁴²

Siempre que la tópica y el pensamiento problemático de la casuística, contengan premisas objetivamente adecuadas y fecundas, aportarán consecuencias que lleven a la solución del problema o que, al menos cooperen a ello. Por lo cual y en concordancia con el programa hermenéutico sustancial, no queda a la discreción del intérprete los *topoi* que deban traer a colación de forma relevante para resolver el caso, de entre la multiplicidad de los puntos de vista:

a) Por un lado, el intérprete sólo puede utilizar en la labor de concretización aquellos puntos de vista que se encuentran relacionados con *el problema*; la vinculación al problema excluye los *topoi extraños* a la cuestión;¹⁶⁴³

b) Por otra parte, el hermeneuta, se halla obligado a la inclusión en su “programa normativo” y en su “ámbito normativo” de los elementos de concretización que le proporciona la norma constitucional en sí misma y por otra parte, las directrices que la Constitución establece, en orden a la aplicación, coordinación y valoración de dichas elementos en el curso de la solución del problema.¹⁶⁴⁴

Así pues, para Konrad Hesse, los elementos fundamentales que identifica como “programa normativo” y “ámbito normativo”, constituyen elementos fundamentales dentro del proceso de concreción de las normas constitucionales.

En primer término, el “*programa normativo*” se halla contenido de forma elemental en el texto de la norma constitucional a concretar. Dicho *programa normativo*, deberá ser aprehendido mediante la interpretación de dicho texto, en lo que se refiere a su *significación vinculante para la solución del problema*. En este ámbito, se encuentran los “métodos” de interpretación tradicionales: la interpretación literal, histórica, original y sistemática¹⁶⁴⁵, que permiten la elaboración de elementos de concretización, dichos puntos de vista históricos, originales y sistemáticos, para ayudar a precisar posibles variantes de sentido en el espacio delimitado por el mismo

¹⁶⁴¹ Véase “Prólogo a la segunda edición” e “Introducción” GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 9 y ss, 23 y ss.

¹⁶⁴² *Supra* “5. El “método” hermenéutico y la *Constitución viviente*: Robert Alexy como filósofo analítico impuro”

¹⁶⁴³ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., p. 65.

¹⁶⁴⁴ *Idem*.

¹⁶⁴⁵ Ya habíamos señalado con Kaufmann que “el modelo de la subsunción no se ha vuelto obsoleto [...] también tiene lugar la subsunción, sólo que el método jurídico no se agota, en lo más mínimo, en una subsunción del caso bajo la ley”. Los métodos clásicos de interpretación en ese sentido, serán una fórmula *prima facie* que el operador jurídico tendrá que implementar; como una primera aproximación al fenómeno jurídico, pero sin renunciar a dichos métodos. Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 176.

texto de la norma constitucional.¹⁶⁴⁶

Por lo que respecta al punto de vista “teleológico”, si bien éste puede orientar la cuestión en una determinada dirección, por sí solo no proporciona una respuesta suficiente porque el “sentido y finalidad” del precepto sólo pueden ser precisados de forma indiscutida cuando pueden ser confirmados con ayuda de los otros elementos como la jurisprudencia y la dogmática del Derecho Constitucional; elementos que proporcionan, alguna seguridad, aunque no normativamente vinculante, a lo que se admite como comprensión “correcta” del texto normativo.¹⁶⁴⁷

Ahora bien por lo que respecta al “*ámbito normativo*”, Hesse es consciente de que normalmente la sola interpretación del texto no proporciona una concretización suficientemente exacta del mismo. En ese sentido, resulta ineludible acudir a los datos aportados por el “*ámbito normativo*” en relación con el problema en cuestión. Si bien las normas constitucionales persiguen la ordenación de la realidad, de las *situaciones vitales concretas*, habrá que aprehender dicha realidad en los términos marcados en el *programa normativo*; en su carácter material y jurídicamente determinados, como los ejemplos proporcionados cuando hablamos de la vinculación de los derechos con los cambios históricos, jurídicos, políticos o tecnológicos, etc.¹⁶⁴⁸

La forma de *concretizar el programa normativo de la Constitución*, no sólo proporciona elementos adicionales y una fundamentación racional y controlable, sino que, además, garantiza dentro de los límites de la interpretación constitucional, la adecuada solución del problema, contrario al “normativismo” unilateral y ciego frecuentemente reprochado a los juristas cuando interpretan de manera unívoca y deductivista una norma constitucional.¹⁶⁴⁹

Finalmente, Hesse aborda dentro del *ámbito normativo*, la relación que existe entre varias normas de derecho fundamental para su delimitación; una solución sobre la base de la *coordinación objetiva* de las respectivas relaciones o ámbitos vitales. La exposición de los puntos de vista objetivos que sustentan esta coordinación, posee un carácter sistemático que *va más allá de sus mismas posibilidades en el texto expreso* de la norma, sin quedar desvinculado con el mismo.¹⁶⁵⁰

A partir de dicha condición de posibilidad de carácter proyectante, desarrolla sus *principios de la interpretación constitucional* antes esboza-

¹⁶⁴⁶ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, pp. 65-66.

¹⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 66.

¹⁶⁴⁸ *Supra* “Principio de fuerza normativa de la Constitución”. Hesse menciona que el derecho de propiedad no puede estar desligado de la función social y económica de ese derecho, desde la particular perspectiva del moderno Estado social; así como la libertad de expresión, no puede desligarse de los avances tecnológicos, por ejemplo, la televisión, la radio, el internet y los dispositivos de transmisión de datos e información, etc.

¹⁶⁴⁹ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*, p. 66.

¹⁶⁵⁰ *Ibidem*, pp. 66-67.

dos, los cuales encauzan y orientan el proceso de relación, coordinación y valoración de las normas constitucionales.

Para Gadamer el verdadero sentido del contenido en un texto no se agota al llegar a un determinado punto final con su aplicación, sino que es *un proceso infinito*. El fenómeno de la comprensión no reside en un aspecto estático de verificación de fuentes de error y filtración de posibles distorsiones del verdadero sentido del texto, sino que constantemente aparecen nuevas fuentes de comprensión que hacen patente *relaciones de sentido insospechadas*. Hesse aprecia en la hermenéutica constitucional, un puente que salva la distancia en el tiempo y el espacio, al permitir a la interpretación de un texto de la Constitución, la posibilidad preexistente de que el filtro que devela la distorsión en el sentido del texto, no tenga una dimensión concluida, sino que ella misma está en constante *movimiento y expansión*.¹⁶⁵¹

De la elemental exposición anterior, respecto del pensamiento de Konrad Hesse, se puede apreciar la clara influencia que el filósofo alemán Hans-Georg Gadamer tuvo en el desarrollo de su hermenéutica constitucional. La referencia al prejuicio, las condiciones de la interpretación y la concreción de las normas como realidad vital, todos ellos, conceptos que refieren a temas que de manera implícita o explícitamente, Gadamer formuló desde la hermenéutica filosófica.

Ningún otro teórico del derecho constitucional como Konrad Hesse, logró conectar de esa forma, la teoría del Derecho constitucional con la tradición hermenéutica y la singularidad en la que se sitúa el complejo mundo de la comprensión del lenguaje normativo del derecho. Hesse realiza una auténtica teoría hermenéutica de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales y por las cuales es necesario llevar a cabo una compleja labor de concreción, apoyada por principios o *paradigmas hermenéuticos de interpretación*, que orienten y dirijan ese proceso.

La importancia sobresaliente de la obra de Konrad Hesse se aprecia no sólo por su profunda sencillez, a través de la cual reconstruye los fundamentos del derecho público de la posguerra en Europa; conecta en el centro de la reflexión los tres problemas esenciales que han marcado un paradigma común en el derecho constitucional contemporáneo: la apertura y cierre del texto constitucional, la fuerza normativa de la Constitución y el concepto de libertad.¹⁶⁵²

De manera significativa para la hermenéutica, la interpretación de la Constitución, se presenta como eje del nuevo derecho constitucional -y como nadie negará-, se trata de uno de los signos distintivos de las Constituciones contemporáneas. Los textos constitucionales no se agotan en la organización del Estado y de la sociedad, o en un proyecto político unilate-

¹⁶⁵¹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., pp. 368-369.

¹⁶⁵² AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel "Epílogo, Konrad Hesse en el siglo XXI" en HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 247-248.

ral, sino que es un lugar común considerar que la Constitución incorpora contenidos normativos que marcan algunos límites pero que, sobre todo, habilitan distintos modos de desarrollo.

El intento breve que se aprecia en el presente capítulo, sólo pretende mostrar la importancia del *giro hermenéutico* en la obra de Konrad Hesse. La riqueza y las dimensiones que la hermenéutica moderna ha desarrollado hacia el derecho constitucional y su interpretación evolutiva con mayor relevancia para los derechos fundamentales están por verse.

CONCLUSIONES

1. El conflictivismo y la hermenéutica de la concreción de los derechos fundamentales

1) *La concreción de los derechos y el paradigma prudencial de la interpretación constitucional.*

A) La concreción de los derechos fundamentales, es *la materialización de su contenido esencial, una vez ponderados en el caso particular; buscando que cada derecho conserve su núcleo esencial y armonizándolos, de tal forma que ninguno de ellos sea sacrificado en beneficio del otro.*

B) En el enfoque *coherentista* además de compartir la perspectiva del contenido esencial de los derechos, propone la redefinición de la estructura de la ponderación a través del *paradigma prudencial*; se introduce una atemperación del rigor de la ley en las circunstancias de modo, tiempo y lugar del caso concreto, para advertir la corrección o incorrección de la decisión a la luz de los argumentos que se invocan para justificar la decisión.

C) No se puede omitir *un estudio prudencial para establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente humano en los casos concretos*; la necesidad de corrección no solo en la observancia de las reglas lógicas y constitutivas de las expresiones lingüísticas como razones para la acción, sino desde el punto de vista del buen obrar, de *lo justo concreto*.

2) El conflictivismo jurídico y la concreción armónica de los derechos

A) Fernando Toller y Pedro Serna descifran con facilidad el mito del conflicto: sólo es posible hablar de colisión entre las *pretensiones* de los justiciables, no entre los *derechos*. De ahí que lo primero que se deba hacer en un ejercicio de determinación de lo justo y lo debido en los casos concretos, es establecer una primera pauta hermenéutica: 1) distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental, y 2) buscar la manera de armonizar en el nivel de los derechos y no en el nivel de las normas.

B) El *fantasma del contractualismo hobbesiano* del régimen artificial de la sociedad a través de un pacto, vuelve a aparecer; cuando se enarbola en la justicia constitucional, la prevalencia de normas que contienen derechos “preferentes” (*preferred freedoms*); los derechos se vuelven moneda de

cambio en las concepciones y prioridades transitorias del sistema jurídico-político-económico del Estado moderno capitalista.

C) El conflictivismo, si bien parte de un cognitivismo ético al considerar que el proceso de ponderación es racional y controlable; no es concluyente respecto de otorgarle la posibilidad al hermeneuta, de que extraiga del derecho una solución justa, o en su caso que en la delimitación de los derechos fundamentales se reconozca que existió un orden preestablecido que fue vulnerado y que la decisión viene a reconocer el alcance de esos derechos en su justa proporción.

D) La versión conflictivista conlleva adoptar un *darwinismo jurídico* de la prevalencia del derecho más fuerte, más importante o de más “peso”; como si existieran derechos de primera o de segunda, o personas de primera o de segunda.

E) La justicia conflictivista pudiera persistir en la reticencia kelseniana de que la justicia es un valor absoluto y que necesariamente, alguna de las partes recibe un perjuicio en sus derechos; la naturaleza del conflicto es entre pretensiones de los titulares, pues la justicia no encierra un valor absoluto, pues tampoco es connatural del derecho el conflicto, el caos y la antinomia.

F) Los derechos fundamentales terminan siendo *armas cargadas puestas en el centro de la argumentación del discurso jurídico*, para terminar siempre con la derrota de un principio a manos de otro: dicho en otros términos, *la venganza privada revestida de la más elegante construcción teórica, a manos del juez constitucional en el proceso de valoración y ponderación de los derechos en conflicto*.

G) La justicia constitucional del conflictivismo, es *la justicia de los derechos vencedores, en perjuicio de los vencidos*: ¡Victorias pírricas!, ¡Banales conquistas se han logrado!, si la derrota de los derechos fundamentales se consideran *mandatos de optimización tendencialmente contradictorios*; siempre terminará por restringirse un derecho en beneficio de otro, y no como la *concreción de los bienes humanos reconocidos por el ordenamiento fundamental*.

H) *El conflictivismo reduce la pretensión de corrección del derecho a la verificabilidad del seguimiento de las reglas del discurso jurídico, en el que se alcance un consenso intersubjetivamente motivado en fórmulas lógicas, a través de las cuales se pueda advertir el mayor número de respuestas posibles al caso constitucional*.

3) La balanza de la justicia ponderativa y el derecho natural correctivo.

La justicia ponderativa

A) El sistema jurídico es necesariamente hermenéutico; pues el bloque normativo que se integra con las disposiciones que contienen derechos humanos, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, precisa de un sistema jurídico de carácter débil, poroso.

B) Ese sistema jurídico no tiene una jerarquía formal, sino una *jerarquía móvil* que transita por los puentes argumentativos que contienen elementos materiales de justicia y de moralidad de los derechos humanos.

C) No se busca “jerarquizar” derechos, sino encontrar en las normas constitucionales, el mejor trato y la menor restricción a la persona humana a través de la argumentación racionalmente justificada en la ponderación de principios.

D) La razonabilidad por la que se justifican las decisiones jurídicas, implica desarrollar una argumentación, que justifique no solamente una *movilidad normativa*; sino que esa “jerarquía móvil” también sea susceptible de acoplar, fundamentaciones racionales que se dinamicen en una *movilidad argumentativa*.

E) Los derechos humanos tienen la misma jerarquía, la concreción de su contenido material se orienta en función de su *disponibilidad hermenéutica* de traducirse en *núcleos deónticos de protección constitucional* en cada derecho; la concreción de esos contenidos será siempre un dar, una permisión, una prohibición, un hacer o un no hacer, que de manera proporcional obliga a cada persona titular de un derecho fundamental y le reconoce lo que le corresponde: su derecho.

F) El hermeneuta podrá transitar a través de esos vasos comunicantes que proporcionan los puentes argumentativos para justificar la movilidad normativa de los derechos humanos; en un ir y venir entre la norma y el caso concreto desde el *círculo hermenéutico*, sin que se pretenda establecer jerarquías normativas de forma apriorística, que prescindan de una adecuada razonabilidad de los alcances interpretativos de los derechos, así como su idoneidad constitucional, necesidad excluyente y ponderación justificada en cada caso.

EL derecho natural correctivo

A) La razón práctica es un antídoto en contra del relativismo moral y el escepticismo ético, que a lo largo de la historia ha demostrado, que independientemente de lo establecido en el ordenamiento jurídico positivo, la injusticia extrema no puede ser reconocida como derecho válido.

B) La determinación del derecho inválido, ha de ser buscada en las circunstancias especiales que imperen en el ordenamiento jurídico positivo, bajo cualquier denominación como presunta “fuente” del derecho, sea como ley, jurisprudencia o cualquier tipo de disposición de carácter general. En ese sentido, las leyes injustas que fueron promulgadas bajo el nacionalsocialismo, resultó ser *falso derecho*.

C) El mismo derecho positivo apreció esa *singularidad de la hermenéutica*, en la cual analizó de manera prudencial y *contra legem* que el derecho emanado del régimen nazi, no podría contener la presunción de validez porque no encontraban en él, algún atisbo de pretensión de corrección.

D) El derecho positivo dejó a un lado los principios de irretroactividad de la ley, seguridad jurídica y la garantía de tribunales previamente esta-

blecidos, para dar paso al derecho que debe de imperar en el caso de la injusticia extrema: *el derecho natural de corrección-operativa del derecho positivo*.

E) El derecho correctivo que nace desde la singularidad hermenéutica, sancionó y penalizó las conductas genocidas del aparato burocrático de exterminio nazi; no obstante que las leyes que le daban cobertura formal a esas acciones, hayan sido emitidas por la autoridad competente y de conformidad con el procedimiento de creación normativa que establece el sistema jurídico. El derecho natural que corrigió al falso derecho positivo, surgió de situaciones extremas de injusticia, no es un derecho común, es un *derecho natural de corrección*, pero siempre circunstanciado.

F) La función primordial del derecho natural en una situación de normalidad, no es corregir ni contravenir al derecho positivo, como si fuera un derecho alternativo en situaciones de normalidad; el derecho natural que proponemos desde la hermenéutica, le da un voto de confianza al derecho positivo, hasta en tanto no pierda su atisbo mínimo de moralidad.

G) La juridicidad del derecho positivo se pierde, cuando la razón práctica ya no tiene lugar en la lógica formal, que desde el sistema jurídico se formula para la emisión de las respuestas del derecho como una pretensión de corrección, la cual es una corrección moral fundamentalmente.

H) Contrario a lo que refiere Kelsen, el *no derecho*, no es la moral, sino la injusticia extrema. Pues el no derecho, no podría ser la neutralidad absoluta, pues el derecho es intencional; una realidad coexistente moral-derecho.

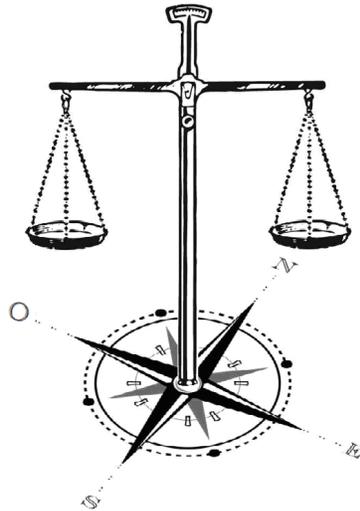
I) La justicia ponderativa es lo *justo circunstanciado* al momento de ponderar los principios de derecho fundamental, a la luz del derecho en su dualidad formal y material, no evalúa las normas jurídicas desde la lógica deductiva, sino como principios y valores adecuados y atemperados en razón de la equidad, una vez aplicado lo justo legal, conmutativo, distributivo y social.

J) La movilidad argumentativa por la que se mueve la balanza de la diosa Themis, es un nuevo tipo de justicia: una *justicia ponderativa*.

La balanza de la justicia ponderativa

Para ejemplificar la metáfora de la justicia ponderativa, elaboramos la figura de la balanza de la justicia situada en una brújula, la cual le proporciona la movilidad argumentativa de la que venimos hablando; balanza que en ningún momento se vuelve relativista o caótica, sino que atiende a la singularidad del acto moral, así como a las distintas herramientas hermenéuticas de las que nos hemos ocupado para justificar razonable y racionalmente la decisión: ponderación, el principio de proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos, la analogía, entre otras.

La balanza de la justicia ponderativa



2. Paradigmas interpretativos de las normas de derecho fundamental: el programa hermenéutico de Konrad Hesse

A) Konrad Hesse es un *hermeneuta constitucional* en toda la extensión de la palabra; para Gadamer, ese *aquí y ahora*, es la *historia efectual*; para Hesse *la vida histórica-concreta*. Es decir, la tarea de exponer los rasgos básicos del derecho constitucional vigente, es la relativa a la *Constitución actual, individual y concreta*.

B) Desde la perspectiva hermenéutica de la concreción, Konrad Hesse, asume que los principios jurídicos a su vez, pueden regirse por *principios de la interpretación constitucional*; tales paradigmas han sido formulados por Hesse, como un auténtico *programa hermenéutico*, el cual ha sido de gran influencia para la doctrina contemporánea: tratadistas del derecho constitucional y derecho procesal constitucional iberoamericano.

C) *Los principios de la interpretación constitucional* de Konrad Hesse, han recibido una decidida influencia de la hermenéutica moderna de Gadamer, con fundamento *en Verdad y Método* señala: “La interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación”.

D) Para Konrad Hesse la interpretación constitucional es “concretización” (*Konkretisierung*): *lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata, a través de la interpretación del contenido normativo de las normas de derecho fundamental.*

Principios de interpretación constitucional

1) *Principio de unidad de la Constitución.* La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además *en el conjunto en el que debe ser situada*; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.

2) *Principio de concordancia práctica y la paradoja de la ponderación conflictivista: el aporte de Gadamer a la hermenéutica constitucional de Konrad Hesse.*

1. *La ponderación y el principio de proporcionalidad como coordinación de bienes constitucionalmente protegidos*

A) Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos *deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad.* Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada “ponderación de bienes” o incluso abstracta “ponderación de valores”, el uno a costa del otro.”

B) *Del análisis que el propio Alexy formula en el principio de concordancia práctica de Konrad Hesse, resulta que la ponderación tiene un fundamento más hermenéutico que discursivo;* Alexy y Habermas, no se ponen de acuerdo para aprobar el mismo método de la ponderación, como mecanismo para interpretar los derechos fundamentales.

C) Alexy no hace ninguna referencia directa a Gadamer, sin embargo si hace una referencia directa a la obra de Konrad Hesse y Friedrich Müller, quienes han resaltado la necesidad de la hermenéutica iusfilosófica de Gadamer para la interpretación de las normas de derecho fundamental.

D) *La ponderación se encuentra vinculada de manera esencial con el principio de concordancia práctica, su fundamento es más de la filosofía hermenéutica, que de cuño analítico desde la ética discursiva y conflictivista; es decir, la ponderación, lejos de fundamentarse en la ética del discurso, apreciamos en Alexy una vinculación más hermenéutica que intersubjetivista, no obstante no lo mencione para argumentar y fundamentar en pro de la ponderación y su racionalidad.*

E) Con anterioridad a Alexy, Konrad Hesse ya había diseñado un principio hermenéutico idóneo para prevenirnos en contra del *conflictivismo*; de manera específica, refiere a que el método de la ponderación *no puede derivar en un menoscabo de un derecho a favor de otro.*

F) Los derechos que se encuentran tutelados en la Constitución, precisan de una coordinación interpretativa, en cuyo caso la “ponderación conflictivista” no puede lograr una armonía entre las normas de derecho fundamental; el principio de la unidad de la constitución exige una labor de “optimización”: se hace preciso establecer los límites de *ambos* bienes a fin de que ambos alcance una efectividad óptima.

2. *La ausencia de un paradigma orientador en la ponderación conflictivista: la indefinición de Robert Alexy y el conflictivismo “creativo” de Konrad Hesse*

Ausencia de paradigma orientador en Alexy

A) La “ponderación de bienes”, en el sentido conflictivista carece de un criterio orientador, en lo que respecta a sus valoraciones utilitaristas; no solo en cuanto a la falta de una base de apoyo ético sustancial de carácter indisponible en el que se sustente el contenido material de un derecho, y en consecuencia, pone en peligro la unidad de la Constitución.

B) Alexy permanece en la indefinición respecto de un paradigma orientador definitivo en la interpretación de los derechos fundamentales cuando se encuentran “empatados” en un conflicto constitucional; ha transitado de una *presunción de partida en favor de la libertad (in dubio pro libertate)*, a una *presunción de partida en favor del legislador (in dubio pro legislatore)*.

El conflictivismo “creativo” de Konrad Hesse

A) En este contexto, Hesse le asigna a la ponderación, la optimización de los derechos en sí mismos considerados, y sin mencionarlo, una *hermenéutica analógica de comparación y equilibrio entre variables de forma coordinada*, más no su “derrotabilidad”.

B) Hesse se ha referido al concepto y cualidad de Constitución, bajo el cometido de la *unidad política y el orden jurídico*; a partir del cometido y la *función de la Constitución en la realidad de la vida histórica-concreta*: el constitucionalismo implica que los poderes públicos adopten al ordenamiento fundamental, como una responsabilidad institucional de *actuar y vivir en Constitución (Wille zur Verfassung)*; que se institucionalice la inercia vital en el actuar permanente y cotidiano por la *voluntad de Constitución*.

C) Los conflictos humanos tiene un lado “bueno”, que permite a la sociedad renovarse en un dinamismo creativo de evolución histórica: “La ausencia o la represión de los [conflictos] puede conducir al inmovilismo que supone la estabilización de lo existente, así como la incapacidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes y a producir nuevas formas: llega entonces un día en que la ruptura con lo existente se hace entonces inevitable, y la conmoción tanto más profunda.”

D) Es importante la existencia de los conflictos, sino que también, éstos vengan regulados y resueltos, o mejor dicho, *con las condiciones en las cuales se posibilite su resolución*; el conflictivismo “creativo” termina cuando apreciamos que el conflicto en sí mismo imposibilita el vivir y convivir humanos.

E) El principio de concordancia práctica busca coincidir de una forma equilibrada el principio democrático de las mayorías representado en el or-

den jurídico como *sistema* y el principio de libertad, reconocido como un *orden de valores superiores* en la Constitución.

3) *Principio de corrección funcional*. Cuando la Constitución regula de una forma determinada el cometido respectivo de las atribuciones estatales a cargo de sus funcionarios, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de dichas funciones, sin que modifique la distribución de competencias a través de la interpretación constitucional, en cuyo resultado varíe su sentido asignado de forma primitiva.

4) *Principio de eficacia integradora*. La finalidad de la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad.

A) La interpretación constitucional tiene un carácter esencialmente creativo; el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación y sólo en ese sentido la actividad interpretativa queda vinculada a la norma.

B) Los límites de la interpretación se sitúan allí donde no existe algo establecido de forma vinculante por la Constitución, donde acaban *las posibilidades de una comprensión lógica del texto de la norma*, o donde una determinada solución se encuentra en clara contradicción con el texto de la norma iusfundamental; dicha función admite la posibilidad de un cambio constitucional (*Verfassungswandel*) por medio de la interpretación, pero sin que dicha interpretación llegue a culminar en un quebrantamiento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*).

C) Señala límites hermenéuticos -más no dogmáticos-, en el momento en el cual el intérprete se impone a la Constitución, por lo cual deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla, conductas que resultan prohibidas por el derecho vigente; incluso cuando un problema no pueda resolverse adecuadamente por medio de la *concreción*.

D) El juez, que se halla sometido a la Constitución, no puede elegir libremente los *topoi* (lugares comunes en el que impera *la primacía del problema*): *las posibilidades de comprensión del texto delimitan el campo de sus posibilidades tópicas, el horizonte del intérprete*, la jurisprudencia, la norma constitucional y el intérprete, se encuentran radicados en un *círculo hermenéutico* en el cual se dan las condiciones propias del comprender y por ende, de la interpretación constitucional dotada de un sentido singularizado.

5) *Principio de fuerza normativa de la Constitución: la voluntad de Constitución*.

A) El Derecho constitucional no puede estar desvinculado de la actuación humana y sólo en ese sentido resulta “realizado”; alcanza él mismo la realidad de un orden vivido, formador y conformador de realidad histórica, pudiendo cumplir su función en la vida de la comunidad.

B) La Constitución se encuentra condicionada por la *posibilidad de realización* de los contenidos de la Constitución; cuanto mayor sea la conexión de sus preceptos con las circunstancias de la situación histórica, procurando conservar y desarrollar lo que ya se haya esbozado en la disposición individual del presente, tanto mejor será el despliegue de su fuerza normativa.

C) Cuanto más intensa sea la *voluntad de Constitución (Wille zur Verfassung)* tanto más lejos serán los límites de las posibilidades de realización de dicha Constitución que tienen como triple raíz convicciones esenciales que trasciende a los aspectos meramente formales de la ley fundamental, la cual se basa en los siguientes elementos:

a) La conciencia de la necesidad y el valor específico de un *orden objetivo y normativo inviolable* que aleje a la vida estatal de la arbitrariedad desmedida y desvirtuada;

b) La convicción de que este orden no es exclusivamente fáctico, que se trata de un orden no sólo legítimo sino necesitado de *continua legitimación*; y

c) La relación que la continua legitimación, tiene con respecto a que la conciencia de ese orden objetivo y normativo inviolable, no puede tener la vigencia de una ley concebida por el intelecto al margen de la voluntad humana; sino que sólo puede adquirir y conservar su vigencia a través de *actos de voluntad*.

6) Principio de interpretación conforme.

A) Una ley no ha de ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución. Esta “consonancia” no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente el lugar cuando un contenido antiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución.

B) El principio de unidad del ordenamiento jurídico, se encuentra detrás del principio de interpretación conforme; la estructura jerárquica y la supremacía de la Constitución, integra al ordenamiento jurídico con su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo.

C) En función de esta unidad las leyes emanadas bajo la vigencia de la Ley Fundamental, deben ser interpretadas en consonancia con la Constitución, así como el derecho aún vigente procedente de tiempo anterior debe ser adaptado a la nueva situación constitucional.

D) Cuando el juez constitucional interpreta la ley de conformidad con la Constitución, controla la concreción de la Constitución llevada a cabo por el legislador a través de una propia concretización de la Constitución y de la ley.

E) Es el último recurso para que una ley no sea declarada nula, cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución, pues la presunción de constitucionalidad en torno a la finalidad legislativa, constituye un parámetro importante para implementar una hermenéutica ade-

cuada que dilucide las múltiples posibilidades de interpretación para su concreción.

F) La interpretación conforme de las normas constitucionales no son solamente “normas de parámetro” sino también “normas de contenido” de las leyes ordinarias.

3. La concreción de los derechos fundamentales y las condiciones hermenéuticas de la comprensión.

1) La concreción y el programa normativo de la Constitución

A) El constituyente, al formular la Constitución introdujo de manera intencional, proposiciones normativas que contienen conceptos indefinidos, abstractos, generales, indeterminados, vagos e imprecisos.

B) Se hace presente en la esfera del discurso argumentativo la necesidad de que dichos conceptos sean colmados por el operador jurídico de conformidad con un significado adecuado al núcleo esencial que protege el derecho fundamental, en su máxima expresión y extensión con el bien humano sujeto a protección constitucional.

C) Para Konrad Hesse la interpretación constitucional es “concreción” (*Konkretisierung*), lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata.

D) La interpretación constitucional tiene carácter creativo: *el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación y es de tal suerte que dicha actividad interpretativa queda vinculada con la norma.*

E) La concreción hermenéutica del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la “realidad” que esa norma esta llamada a regular.

F) Los paradigmas hermenéuticos de la interpretación constitucional quedan conformados por las condiciones a través de las cuales se efectúa dicha interpretación; es decir *las condiciones relevantes que hacen posible la interpretación constitucional.*

G) La concreción de igual forma, presupone la “comprensión” del contenido de la norma a “concretizar”; la interpretación de la Constitución no puede quedar desvinculada ni de la “precomprensión” del intérprete ni del problema concreto a resolver.

2) La precomprensión hermenéutica de los pre-juicios en la concreción de los derechos.

A) El intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto *cuasi arquimédico*; no puede quedar fuera de la existencia histórica, sino únicamente desde la concreta situación, condicionando sus conocimientos y sus *pre-juicios*: el *horizonte de comprensión* a la luz del cual se interpretan las normas de derecho fundamental.

B) El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una *pre-comprensión* que es la que va a permitirle contemplar la norma desde

ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aún de comprobación, corrección y revisión a través de la progresiva aproximación a la “cosa” por parte de los proyectos en cada caso revisados, *para efecto de que la unidad de sentido quede claramente fijada.*

C) Para Hesse, resulta fundamental la presencia del *pre-juicio* de Gadamer, el cual consiste en una actitud de no limitarse a ejecutar las “anticipaciones” de la pre-comprensión, siendo por el contrario consciente de las mismas y explicándolas, respondiendo así al primer mandato de toda interpretación: evitar la arbitrariedad de las ocurrencias, prestando atención a “las cosas mismas”.

D) “Comprender” y, con ello, “concretizar” una norma sólo es posible con respecto a un *problema concreto*; si quiere determinar su contenido correcto *aquí y ahora*, en el cual interpretación y aplicación, constituyen un proceso único y no la aplicación sucesiva a un determinado supuesto de algo preexistente, general, en sí mismo comprensible: “*No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos*”.

3) *El programa “antimetodológico” de Konrad Hesse y su proyección hermenéutica.*

A) Desde un aspecto netamente hermenéutico, Hesse aborda la concreción de las normas constitucionales, a partir del problema del método como aproximación al fenómeno jurídico.

B) La interpretación de la norma de cuya concretización se trata respecto de la precomprensión del intérprete y respecto del problema concreto que en cada caso se trata de resolver: *no se puede reducir a un método de interpretación autónomo ni desvincularse del objeto de la interpretación constitucional y del problema en cuestión.*

C) La hermenéutica constitucional será una función mediadora entre el significado del texto y la concreción material de sus contenidos normativos, más no una función abstracta y aislada: *la interpretación-aplicación de la Constitución es un proceso unitario en la hermenéutica de los derechos fundamentales.*

D) La tópica y el pensamiento problemático de la casuística, contienen premisas objetivamente adecuadas y fecundas, aportarán consecuencias que lleven a la solución del problema; los *topoi* que deban traer a colación de forma relevante para resolver el caso, de entre la multiplicidad de los puntos de vista:

a) Por un lado, el intérprete sólo puede utilizar en la labor de concretización aquellos puntos de vista que se encuentran relacionados con *el problema*, la vinculación al problema excluye los *topoi extraños* a la cuestión;

b) Por otra parte, el hermeneuta, se halla obligado a la inclusión en su “programa normativo” y en su “ámbito normativo” de los elementos de concretización que le proporciona la norma constitucional en sí misma y por otra parte, las directrices que la Constitución establece, en orden a la aplicación, coordinación y valoración de dichas elementos en el curso de la

solución del problema.

E) El “*programa normativo*” se halla contenido de forma elemental en el texto de la norma constitucional a concretar; deberá ser aprehendido mediante la interpretación, su *significación vinculante para la solución del problema* de conformidad con los “métodos” de interpretación tradicionales: la interpretación literal, histórica, original y sistemática.

F) El “*ámbito normativo*” refiere al problema en cuestión, de las *situaciones vitales concretas*, habrá que aprehender dicha realidad en los términos marcados en el *programa normativo*, en su forma, su carácter material y jurídicamente determinados, por los cambios históricos, jurídicos, políticos o tecnológicos, etc.

G) Dentro del ámbito normativo, existe la base de la *coordinación objetiva* de las respectivas relaciones o ámbitos vitales que *va más allá de sus mismas posibilidades en el texto expreso* de la norma, sin quedar desvinculado con el mismo; sobre dicha base desarrolla sus *principios de la interpretación constitucional* antes esbozados, los cuales encauzan y orientan el proceso de relación, coordinación y valoración de las normas constitucionales.

H) El verdadero sentido del contenido en un texto no se agota al llegar a un determinado punto final con su aplicación, sino que *es un proceso infinito; relaciones de sentido insospechadas* en constante *movimiento y expansión*.

I) Ningún otro teórico del derecho constitucional como Konrad Hesse, logró conectar de esa forma, la teoría del Derecho constitucional con la tradición hermenéutica que inicia con Gadamer.

J) De manera significativa para la hermenéutica, la interpretación de la Constitución, se presenta como eje del nuevo derecho constitucional, se trata de uno de los signos distintivos de las Constituciones contemporáneas.

K) El *giro hermenéutico* en la obra de Konrad Hesse se puede apreciar en la riqueza y las dimensiones en las cuales el derecho constitucional y la interpretación evolutiva de sus normas, ha consolidado la importancia de los derechos fundamentales: sin duda la importancia de su propuesta hermenéutica aún está por verse.

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO HERMENÉUTICA ANALÓGICA

SUMARIO: 1. El “método” de la hermenéutica analógica: comparación, equiparación y dialogicidad del razonamiento práctico: 1) La analogía como “método” arquetípico de la hermenéutica. 2) Los presupuestos de la analogía y el caso del ácido clorhídrico ante el *Tribunal Federal alemán en causas penales*. 3) La analogía y los principios. 4) La analogía y el positivismo. 5) La analogía y la metodología jurídica. 6) La analogía y la razón práctica. 7) La analogía y la objetividad. 8) Analogía y hermenéutica. 2. La analogía como *el tercer método* en Robert Alexy: la hermenéutica y la argumentación jurídica en la encrucijada de la filosofía del derecho: 1) La recuperación de la importancia de los casos en el modelo de la ponderación. 2) La evolución de Robert Alexy hacia la analogía y los *puentes dialógicos entre la hermenéutica iusfilosófica y la filosofía analítica*.

La analogía es el “método” arquetípico de la hermenéutica; es una directiva interpretativa de los contenidos de valor de los derechos fundamentales, y por ende, la forma más adecuada de resolverlos, bajo una ponderación no conflictivista. Dicho modelo busca ante todo, una interpretación equilibrada, que logre apreciar la diferencia de manera clara y distinta del texto de forma literal, así como de la interpretación puramente subjetiva; esto es, la posibilidad de formular un criterio de racionalidad dotado de unidad y de sentido.

El principal problema de la interpretación constitucional, es la elección de la directiva hermenéutica en cuestión, devela que el conocimiento de los conflictos entre derechos, es imposible reducirlos a ecuaciones o fórmulas algorítmicas que de forma previa y a través de un procedimiento consensual o intersubjetivo se obtengan respuestas “correctas”.

Sin embargo, la hermenéutica no propone desechar los métodos deductivo, inductivo y abductivo, o cualquier otro; si bien constituyen medios de interpretación capaces de llegar a resultados y conclusiones plausibles, la analogía no es una conclusión lógica, sino una comparación, una equiparación, con la exigencia de que siempre debe existir un punto de comparación, un *tertium comparationis*.

En ese contexto, dilucidamos en las siguientes páginas, cómo es que la analogía, no sólo es un argumento, un método o una filosofía de la proporcionalidad, sino una auténtica manifestación de lo que constituye la hermenéutica contemporánea que propone el abandono de estrategias reduccionistas en la aproximación del derecho, como modelo paradigmático de las ciencias humanas.

A la luz del caso del ácido clorhídrico ante el Tribunal Federal Alemán en causas penales, apreciamos cómo esa sustancia puede considerarse un arma. A primera vista no podríamos encuadrar como un arma; pues desde un punto de vista literal de la norma interpretada, no puede ser subsumido en la hipótesis normativa, cuando comparamos al ácido clorhídrico con pistolas, escopetas, cuchillos, dagas, etc.

La pregunta fundamental con la cual se demuestra el argumento analógico en el caso que nos ocupa es: ¿Hay equiparación del ácido clorhídrico respecto de las armas más conocidas? La conclusión es determinante en relación con los argumentos plausibles que se aducen a través de la analogía: *valorando los elementos particulares que el operador jurídico tiene al alcance* a partir de un punto de comparación cierto y determinado.

Como estudio conclusivo del trabajo que nos ocupa, la analogía se relaciona con *los principios, el positivismo, la metodología jurídica, la razón práctica, la objetividad y finalmente con la hermenéutica*; todo ello para argumentar que la doctrina que proponemos, encuentra principios comunes a todos los ordenamientos jurídicos. El concepto de Constitución que el operador jurídico tiene de ésta, así como la evolución jurisprudencial que se ha desarrollado en materia de derechos fundamentales por los tribunales constitucionales, corrobora la compleja tarea de interpretar y sobre todo de ponderar las normas iusfundamentales.

Finalmente estudiamos como un punto de relevancia fundamental para el trabajo que nos ocupa, *la analogía como el tercer método en Robert Alexy*: Alexy cuando vuelve la mirada sobre los “casos”, donde plantea si las operaciones básicas en el derecho son dos o tres; es decir, la subsunción y la ponderación, o si además debe ser incluida la *analogía en tanto comparación de casos*.

Alexy afirma que además de la ponderación como método de solución de conflictos entre principios y la subsunción para las reglas, invoca al modelo analógico: *“intenté cerrar el sistema al añadir una tercera forma básica de argumento: la analogía o comparación de casos. Estas tres formas básicas de argumento se conectan a su vez con los conceptos de regla, de principio y de caso respectivamente”*.

En ese sentido, Laura Clérico argumenta que si bien es importante determinar si la subsunción, la ponderación y la comparación son tres formas básicas de aplicación del derecho; el propósito fundamental de los métodos de aplicación en cuestión, es *rescatar la importancia de los casos en el modelo de la ponderación alexyano, la cual quedó opacada por su preocupación por el desarrollo de la ponderación como forma de argumento*.

En el fondo, la analogía de los bienes humanos, no se ha quedado al descubierto del todo en la *teoría estándar de la argumentación jurídica*. Los esfuerzos de Robert Alexy y las aportaciones visionarias tanto de Laura Clérico, como de Alejandro Tovar, han sembrado la semilla que dará como fruto una fuerte conexión entre la teoría analítica del derecho y la hermenéutica filosófica, a través del puente analógico de la comparación de casos; de manera muy similar en lo que la teoría del derecho internacional

de los derechos humanos y el derecho procesal constitucional, se denomina el diálogo jurisprudencial entre tribunales.

1. EL “MÉTODO” DE LA HERMENÉUTICA ANALÓGICA: COMPARACIÓN, EQUIPARACIÓN Y DIALOGICIDAD DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO

1) La analogía como “método” arquetípico de la hermenéutica

Como pudimos apreciar en todos los métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales, existe el elemento hermenéutico. Pero la analogía como directiva interpretativa de los contenidos de valor de los derechos fundamentales, será sin duda la forma más adecuada de resolverlos, bajo una ponderación no conflictivista.

La interpretación hermenéutica, busca ante todo, una interpretación equilibrada, que logre apreciar la diferencia de manera clara y distinta del texto de forma literal, así como de la interpretación puramente subjetiva. Esto es, la posibilidad de formular un criterio de racionalidad dotado de unidad y de sentido, desde una *hermenéutica analógica*.¹⁶⁵³

Pero, ¿Cómo se realiza una interpretación analógica? Según Mauricio Beuchot -y siguiendo a Gadamer con su postura *antimetodológica*-, la hermenéutica analógica será una acendrada conciencia de que no se puede alcanzar una *interpretación perfectamente unívoca* de un texto. Sin embargo, no nos podemos lanzar desesperadamente a una *interpretación equivocista*, totalmente ambigua, vaga, subjetiva, relativista que se pierda en un subjetivismo de carácter irracional. Es decir, se buscará una *interpretación analógica*, intermedia entre la univocidad y la equivocidad, aunque más inclinada a esta última porque en la analogía, aunque conjunta la identidad y la diferencia, predomina la diferencia.¹⁶⁵⁴

En el principio mismo de la analogía, en el que predomina la diferencia, nos hace ver que cada tipo de texto (literario, histórico, psicológico, etcétera) es distinto; aun evitando la univocidad y la equivocidad dentro de la misma analogía, seguirá tanto el modelo de proporcionalidad como el de la atribución.¹⁶⁵⁵

¹⁶⁵³ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 4° ed., UNAM-ITACA, México, 2009.

¹⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 52.

¹⁶⁵⁵ Dada la naturaleza del presente trabajo, no podemos detenernos en la basta bibliografía existente sobre la analogía, tanto como filosofía hermenéutica -con Mauricio Beuchot como su principal impulsor y forjador visionario-, como método de interpretación: por señalar los más importantes. Como filosofía hermenéutica: BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, op. cit. y BEUCHOT, Mauricio y ARENAS-DOLZ, Francisco, *Hermenéutica de la encrucijada. Analogía, retórica y filosofía*, epílogo de Gianni Vattimo, Anthropos, 2008. Desde la filosofía en

Según la *analogía de proporcionalidad*, encontramos que las diversas interpretaciones se relacionan unas con otras con arreglo a la *proporción de sentido que rescatan del texto*. Es decir, no todas las interpretaciones del texto son iguales. Tendrán mayor rango de adecuación al texto aquellas que; 1) sean aceptadas por la mayoría de los expertos o especialistas en esa disciplina o época y, mejor aún, aquellas que 2) tengan la capacidad de persuadir a la mayoría de los expertos o especialistas.¹⁶⁵⁶ Aquí se ve la pertinencia del diálogo para la hermenéutica, como insistía Gadamer, pero también para una hermenéutica analógica.

La hermenéutica de Gadamer, como heredera de la tradición fenomenológica, constituye una *respuesta contundente al nihilismo que renuncia por la búsqueda de la verdad*. La recuperación del planteamiento histórico que hunde sus raíces en la mayéutica socrática y en *la interpelación absoluta del otro*; de ahí que ya no estamos ante un “arte de la interpretación” sino ante un “arte de *poder no tener razón*”.¹⁶⁵⁷

Con la hermenéutica iusfundamental, nos encontramos ante una filosofía que no se somete a la tiranía del método y a la vez, se encuentra dispuesta a recuperar una verdad dialógica y lúcidamente vivida en la misma existencia humana. Gadamer propone una reflexión sobre el lenguaje y la comunicación donde la categoría central no es ya la comprensión de la historicidad (Heidegger), sino la historicidad de la comprensión, una reflexión sobre la realidad del acontecer de la vida en tanto que historia humana, un esclarecimiento de la estructura interpretativa que sustenta la racionalidad de la acción.

La confianza en el operador jurídico, de que pueda conocer en dichas normas, contenidos de moralidad como razonamiento plausible para la realización de acciones justificadas; será la manera en la cual se condicione el tipo de interpretación jurídica centrado en la *filosofía-práctica* y no tanto desde proposiciones *teóricas-abstractas* para sostener determinado concepto de derecho, como ha ocurrido en la actualidad en la teoría contemporánea.

La importancia fundamental para la filosofía del derecho, así como para la teoría y la dogmática jurídica, respecto de un *concepto dinámico*, será determinante para conocer los rumbos de las exigencias teóricas, pero sobre todo filosóficas desde la misma facticidad del fenómeno jurídico en los

general encontramos a GAMBRA, José Miguel, *La analogía en general*, Eunsa, Pamplona, 2002. Por lo que respecta, a la analogía como método de interpretación jurídica: ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986; FALCON Y TELLA, María José, *El argumento analógico en el derecho*, Civitas, Madrid, 1991; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La analogía. Derecho y lógica*, Bosch, España, 2012.

¹⁶⁵⁶ BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁵⁷ Cfr. DOMINGO MORATALLA, Agustín, *El arte de poder no tener razón*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1991.

bienes humanos básicos.

A lo largo de la obra, nos hemos referido a que el derecho entra en contacto radical con los bienes humanos, a los que accede de manera directa y de forma experiencial el operador jurídico, cuando interpreta derechos fundamentales. Desde esa perspectiva, la hermenéutica moderna que formula Gadamer, la relacionamos con el pensamiento de John Finnis¹⁶⁵⁸, considerando el gran aporte que ambos pensadores han introducido, para la comprensión de un derecho más acercado a la existencia humana y sus vicisitudes en la vida cotidiana.

El tema de los principios de derecho fundamental y la intencionalidad ontológica de los bienes humanos, constituyen nuestra propuesta más elemental de la *teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*. Es decir, cuando fusionamos la fenomenología y la hermenéutica de la facticidad humana como ontología, y por otro lado, los principios jurídicos que se traducen en bienes humanos básicos, tenemos como consecuencia, un modelo enteramente distinto para interpretar las normas constitucionales.

Si los bienes humanos son elementos indisponibles que el operador jurídico debe tomar en consideración para interpretar las normas iusfundamentales, la analogía significa en sí mismo la proporcionalidad. Sin embargo, no constituye una proporcionalidad que implique la intervención de un derecho, sino el develamiento del contenido deontológico de los bienes humanos y por ende, su alcance normativo, sin presuponer un daño o una restricción a favor de un derecho para beneficiar otro de “mayor peso”.

La hermenéutica jurídica de los derechos que hemos propuesto, necesariamente posee un “método” de aplicación más conveniente para la traducción de los contenidos morales de las normas iusfundamentales. Si bien precisamos, que en la hermenéutica no existen métodos exclusivos o excluyentes, sí constituye una forma de acreditar las condiciones óptimas por las cuales se elige un método o métodos, para interpretar dichas normas.

Con apoyo en Gadamer recordamos en éste último capítulo, que la hermenéutica, no es un “método” más de interpretación, sino que constituye el análisis filosófico que debe el razonamiento práctico del hermenauta en la elección del método: *la hermenéutica jurídica no es un método de interpretación, sino la comprensión de la elección de ese método o métodos en la interpretación de los textos legales, entre los que se encuentran las normas de derecho fundamental*.¹⁶⁵⁹

Por lo anterior, corroboramos que la hermenéutica además de ser una filosofía, también es una forma de aproximarnos al derecho –un método–,

¹⁶⁵⁸ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., pp. 57, 63 y 78. El punto de encuentro entre Finnis y Gadamer ya lo tratamos *Supra* “La ausencia de jerarquía formal en los bienes humanos y la coincidencia de John Finnis con el pensamiento filosófico de Hans-Georg Gadamer”

¹⁶⁵⁹ Véase *Supra* “Introducción a la hermenéutica de los derechos fundamentales”.

pero sin quedar atascado en la metodología jurídica de la modernidad. La eticidad del derecho que depende la aplicación de las normas fundamentales, forma parte de una combinación de métodos que de la “simple sub-sunción” de la ley y su interpretación de significados unívocos.

En ese sentido podemos dilucidar a través de los métodos deductivo, inductivo y abductivo¹⁶⁶⁰, si bien constituyen medios de interpretación capaces de llegar a resultados y conclusiones plausibles; la analogía no es una conclusión lógica, sino una comparación, una equiparación, con la exigencia de que siempre debe existir un punto de comparación, un *tertium comparationis*.¹⁶⁶¹

Por lo cual, advertimos en la analogía, no sólo un argumento, un método o una filosofía de la proporcionalidad, sino una auténtica manifestación de lo que constituye la hermenéutica contemporánea que propone el abandono de estrategias reduccionistas en la aproximación del derecho, como modelo paradigmático de las ciencias humanas.

Una de las tesis centrales del estudio que nos ocupa, es que la analogía se presenta como la forma más adecuada para interpretar normas iusfundamentales, a través de la cual la hermenéutica puede justificar de manera racional de los límites y contenidos de los derechos fundamentales; utilizando la comparación y la equiparación del fenómeno interpretativo de las normas jurídicas, para concretar los bienes humanos que prima facie se encuentran en conflicto. En ese sentido, la analogía es el “método” arquetípico de la hermenéutica.

Al igual que la hermenéutica, la analogía se ha convertido en una corriente filosófica, en tanto que pueden existir el “método hermenéutico”, o el “método analógico”, o bien el “argumento hermenéutico” o el “argumento analógico”. Sin embargo los presupuestos de la hermenéutica filosófica en tanto fenómeno interpretativo en el mundo de la vida humana, ha sido formulado con Hans-Georg Gadamer, para dar cuenta de una forma de pensamiento que surgió para contrarrestar la metodología moderna que reducía los saberes humanos a las reglas de la ciencia y su método.

Gadamer ha manifestado de manera clara y contundente, que la hermenéutica no es propiamente una propuesta metodológica, sino una experiencia de verdad, que de manera primigenia se sitúa en el acto mismo de la comprensión, el cual no se puede reducir a reglas que condicionen dicha interpretación.¹⁶⁶² La interpretación de las normas iusfundamentales, se encuentran de manera radical en la misma experiencia humana del *estar ahí* en el mundo de la vida, pues para interpretar un derecho humano, un derecho fundamental, es necesario decir en que consiste y cuál es su ám-

¹⁶⁶⁰ Deducción es la conclusión que parte de lo general a lo particular; inducción es la conclusión que parte de lo particular a lo general y abducción es la conclusión que de lo especial a lo especial, sobre lo general. Véase KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 148 y ss.

¹⁶⁶¹ *Ibidem*, pp. 151 y ss.

¹⁶⁶² GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, op. cit., p. 25.

bito de aplicación en el caso concreto.

La analogía constituye una herramienta hermenéutica, susceptible de adecuarse a los parámetros objetivos que exige el razonamiento práctico, en la búsqueda por la razonabilidad de las respuestas del derecho. En este caso, la analogía que devela los bienes humanos básicos, se conoce en el acto de interpretar las normas que protegen dichos bienes en los casos particulares.

La corrección o incorrección de un acto, no es porque exista una adecuación normativa, entre el hecho y la “ley moral”, o como si existieran “hechos morales” flotando sobre la realidad; sino que el bien en sí mismo considerado, posee una carga deontológica, que solamente se manifiesta cuando la conducta humana coincide con sus exigencias morales. Es decir, la analogía del bien, va marcada por la apropiación del sentido en la cual, la persona humana realiza sus contenidos a través de la experiencia.

2) Los presupuestos de la analogía y el caso del ácido clorhídrico ante el Tribunal Federal alemán en causas penales

La comparación que despliega el razonamiento práctico en la consecución de las verdades que se constatan en los bienes, son en sí mismas, apreciaciones razonables respecto de lo bueno que existe en una conducta humana, que tiende a la consecución de ese bien. El predicado del bien humano, se advierte de manera clara a través de la analogía, pues con sus postulados comparativos en la apreciación del razonamiento práctico, se deducen los argumentos plausibles por los cuales se hace evidente la perfección del hombre ante el ejercicio del obrar humano.

Así pues, a través de la analogía se compara lo más conocido, con lo menos conocido. La validez del procedimiento analógico depende de dos factores¹⁶⁶³:

- a) Que se presenten muchos casos de comparación para ampliar la base sobre la cual se compara; y
- b) Que la elección del punto de comparación y la determinación de las características comparadas deriven de una decisión en el procedimiento de creación del derecho junto con la deducción, la inducción y la abducción.

En el proceso analógico, así entendido, a la utilización y a la creación del derecho se integran la *precomprensión hermenéutica* y el *círculo hermenéutico*.¹⁶⁶⁴ La analogía, si bien es un método problemático, resulta ser una forma de crear el derecho, a través de la comparación de *un* caso con *otro*, para en su momento equiparar la solución adecuada a *ese* caso.

Arthur Kaufmann ejemplifica la analogía partiendo un caso de las *Decisiones del Tribunal Federal alemán en causas penales (BGHSt)*: X le echa ácido clorhídrico en la cara de una cajera y la despoja del dinero. Sin em-

¹⁶⁶³ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 162 y ss.

¹⁶⁶⁴ *Ibidem*, pp. 162 y ss.

bargo, de conformidad con el artículo 250 el Código Penal alemán, existe hurto agravado “cuando el autor [...] en el momento del hurto porta consigo una *arma*, para impedir o vencer la resistencia del otro por medio de la violencia o amenaza de violencia”.¹⁶⁶⁵

La pregunta que se planteó en este caso, es si ¿Se considera al ácido clorhídrico como un arma? A primera vista no podríamos encuadrar como un arma; pues desde un punto de vista literal el artículo en mención, no puede ser subsumido en la hipótesis normativa, cuando comparamos al ácido clorhídrico con pistolas, escopetas, cuchillos, dagas, etc.

Si bien dichas armas son más conocidas que el ácido clorhídrico, cuando aplicamos la analogía de la comparación, resulta que concuerdan algunos puntos en los que podemos advertir una consecuencia específica y por ende llegar a una conclusión distinta que con el método lógico de la subsunción. Es decir, con un método lógico como el inductivo, deductivo o abductivo, no existiría comparación lógica o adecuación.

El ácido clorhídrico se equipara al punto de partida principal de comparación (*tertium comparationis*) de que “todas las armas son peligrosas” (N) y en relación con las demás armas conocidas (C¹=pistolas, escopetas, etc.). El ácido clorhídrico concuerda con algunos puntos con C¹; el ácido clorhídrico se puede utilizar en un hurto y resultar peligroso, si se tiene la intención de usarlo como un arma, por la peligrosidad de la sustancia y sus efectos dañinos para quien experimenta un contacto directo con la piel. Con el ácido clorhídrico se puede ejercer violencia o amenaza para impedir resistencia y perpetrar el hurto (C²). Es decir ¿Hay equiparación del ácido clorhídrico respecto de las armas más conocidas? C² concuerda con algunos puntos de C¹, por lo tanto hay punto de comparación plausible entre el ácido clorhídrico y un arma.

El caso anterior nos brinda un ejemplo muy claro, de cómo el método analógico crea un resultado o una conclusión del mismo caso, comparando los elementos particulares que el operador jurídico tiene al alcance. La analogía simplifica el complejo desarrollo del método jurídico de creación del derecho. En los métodos lógicos se llega a la conclusión de forma deductiva, inductiva o abductiva, pero sin crear derecho, solo lo deduce de forma lógica del contenido normativo del derecho, de las premisas generales de la ley (premisa mayor), de los hechos que se deducen del material probatorio del caso (premisa menor) y las consecuencias que se obtienen de constatar que los hechos encuadran en la hipótesis de la ley (resultado).

En la lógica formal el método analógico, será tildado en muchas ocasiones de falacia circular. Sin embargo lo que se puede apreciar de forma plausible, no son consecuencias lógicas constatables por experiencia física

¹⁶⁶⁵ *Ibidem*, pp. 152 y ss. Kaufmann desarrolla un importante análisis del caso en mención desde los métodos deductivo, inductivo, abductivo y analógico, en los que proporciona esquemas, gráficas, formulas proposicionales y silogismos para apreciar de forma clara el procedimiento racional de los métodos, así como la creación del derecho dese el método analógico.

o pragmática, a la manera de las ciencias duras como la física, la química o las matemáticas. En la analogía los puntos de comparación se intersecan en aquellas cualidades que son predicables desde cierta perspectiva razonable.

En ese contexto la analogía, resuelve muchas dudas con respecto a las confusiones que existen en la pugna entre iusnaturalistas y positivistas. Para la hermenéutica, la disolución de la dialéctica entre derecho natural y derecho positivo es su propósito fundamental. La hermenéutica no es un método, sino una filosofía práctica de la experiencia, que califica las condiciones de posibilidad de la comprensión en sentido general como Schleiermacher, Dilthey, Gadamer y Ricoeur ya la han anticipado.¹⁶⁶⁶

La hermenéutica jurídica, en la interpretación de los derechos fundamentales, se emplea una racionalidad compleja en el ámbito jurídico, por medio de la combinación de métodos. La hermenéutica compara los resultados de los métodos deductivo, inductivo y abductivo, para que al momento de llegar a la analogía se tenga una precomprensión del caso a interpretar y se obtenga una comparativa plausible.

La analogía, se asemeja mucho al círculo hermenéutico que nos hemos referido, pues es necesario tener como punto de partida, los elementos que van a ser objeto de comparación en los casos similares. Por ejemplo en la jurisprudencia, así como los elementos circunstanciales del caso que le adhieren condiciones específicas para la valoración, pero manteniendo ciertas conexiones con las razones, circunstancias, fundamentos y motivos similares que se comparten en relación a un caso. Es decir, se trata de transitar del modelo de la subsunción al modelo de la equiparación, en el cual se parta de un caso apropiado para la comparación a través de la analogía.¹⁶⁶⁷

Cuando decimos que en la analogía se compara lo más conocido, con lo menos conocido, es necesario advertir varios casos similares para tener bases sólidas dónde comparar, y a la vez, tomar ese punto de comparación para crear una norma jurídica que resuelva el conflicto. Para la analogía, la comparación de casos y normas, presupone la creación del derecho junto con la deducción, la inducción y la abducción. En el proceso analógico, así entendido, a la utilización y a la creación del derecho se integran la *precomprensión hermenéutica* y el *círculo hermenéutico*.¹⁶⁶⁸

La analogía, si bien es un método problemático, resulta ser una forma de crear el derecho, a través de la comparación de *un* caso con *otro*, para en su momento equiparar la solución adecuada a *ese* caso. Como podemos apreciar del caso del ácido clorhídrico, el método analógico crea un resul-

¹⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 98. Para una revisión elemental de la hermenéutica de Schleiermacher, Dilthey, Gadamer y Ricoeur Véase GRONDIN, Jean, *¿Qué es la hermenéutica?*, op. cit., pp. 37-126.

¹⁶⁶⁷ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, op. cit., pp. 173 y ss.

¹⁶⁶⁸ *Ibidem*, pp. 162 y ss.

tado o una conclusión del mismo caso, comparando los elementos particulares que son comunes y que pueden ser predicados en el caso a dilucidar por el operador jurídico.

Para la mejor comprensión de los elementos de divergencia, se emplea el ejemplo del robo con ácido clorhídrico que cita Kaufmann, para entender el método analógico, como método problemático de comparación de *casos*, para su posterior equiparación en la solución adecuada a *ese* caso. En cada enfoque se muestra de forma aproximada, el tipo de argumento que se desarrollaría para llegar a una solución al caso en mención.

3) La analogía y los principios

La relación entre la analogía y los principios, en el caso que nos ocupa, consistente en el grado de diferenciación lógica (fuerte o débil) que el operador jurídico adopta respecto de las reglas (mandatos definitivos) y principios (mandatos de optimización), con la finalidad de dilucidar el grado de concreción deóntica de los derechos fundamentales.

De conformidad con los métodos de interpretación en relación con el ordenamiento jurídico, podemos advertir que la subsunción es el aplicable para las reglas, y la ponderación para los principios. Sin embargo, la analogía vendría a ser un tercer método, pues en el caso que nos ocupa, si bien existe un principio de que nadie puede causar daño a otro, también es cierto que no se puede imponer pena alguna que no se encuentre establecida previamente en la ley.

En el ejemplo de Kaufmann en el caso del formalismo, el ácido clorhídrico no estaría dentro de la hipótesis normativa del concepto de “arma” que establece el artículo 250 del Código Penal Alemán (CPA), y por ende, no existe hurto agravado. De lo contrario se estaría vulnerando el principio de legalidad en materia penal y el método analógico está prohibido para integrar la hipótesis normativa que establece el delito desde el normativismo en cuestión.

En el caso del principialismo, la ponderación del concepto “arma”, está ligado con las cualidades relevantes para la ponderación, como la violencia o amenaza que ejerció sobre la cajera al verter ácido clorhídrico en su cara para no resistirse al robo. Resultaría en consecuencia, hurto agravado.

4) La analogía y el positivismo

Precisa de una toma de postura por parte del operador jurídico respecto del tipo de vinculación de la moral y el derecho (fuerte o débil), de forma necesaria (no positivista) o contingente (positivista incluyente) que permita al operador jurídico introducir en el discurso jurídico los valores morales que expresan los derechos fundamentales (principios).

En el caso del positivismo incluyente se plantea que de manera contingente, el operador jurídico pudiera introducir elementos de moralidad en el análisis del caso, pero no de manera necesaria.

Sin abandonar el formalismo normativo, se concluiría que el artículo 250 del CPA al no contemplar elementos de moralidad ligados al concepto “arma”, no es necesaria la valoración moral y por ende no se actualiza el hurto agravado. Sin embargo, existen posturas en el positivismo inclusivo, que bajo la regla de reconocimiento hartiana podría existir una conexión débil. Conexión que eventualmente podría valorarse, a discreción del juzgador, si el ácido clorhídrico incide en aspectos de moralidad, como la amenaza o violencia y por ende su equiparación con el hurto agravado.¹⁶⁶⁹

Para el no positivista en general, los principios conllevan una vinculación del derecho y la moral en sentido fuerte, por lo cual, el operador jurídico tendría que valorar de forma extensiva los elementos de moralidad del caso. Para la hermenéutica dicha relación es de coexistencia.

Al igual que el punto anterior, la ponderación del concepto “arma”, está ligado con las cualidades relevantes para la ponderación, como la violencia o amenaza, por lo cual se convierten en elementos morales sujetos de valoración jurídica de forma vinculante y no a la libre discrecionalidad del operador jurídico. Por ende, el resultado sería la vinculación entre conceptos susceptibles de valoración moral y la equiparación del delito de hurto agravado.

5) La analogía y la metodología jurídica

Para describir y prescribir lo que es y debe ser el derecho, se establece un criterio de validez de las normas jurídicas, bien perteneciente al propio ordenamiento jurídico¹⁶⁷⁰ (sistemático), o bien, que implique la apertura del ordenamiento jurídico a criterios morales, que introduzcan ese elemento crítico y ajeno al criterio formal de validez, en el cual encuentren justificación material las normas jurídicas, en una relación de coexistencia (sistémico).

Para la visión sistemática los elementos de moralidad, no pertenecen al ordenamiento jurídico, pues no están expresados en la norma. No sería sistemático interpretar elementos que no están enumerados en la ley de forma taxativa. La interpretación sistemática es un esquema cerrado de sistema jurídico, por lo cual las valoraciones de tipo axiológico no entrarían a ser fuente del ordenamiento. Como el ácido clorhídrico no está considerado como un arma de forma expresa, no integra “sistema”, *ergo* no existe hurto agravado.

Para la visión sistémica de la hermenéutica –entendida como una relación de coexistencia dialógica en un mismo modelo interpretativo–, la pon-

¹⁶⁶⁹ Véase HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*; BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente, Un estado de la cuestión*, *op. cit.* y BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan y SERNA, Pedro, *El caballo de Troya del positivismo jurídico, Estudios críticos sobre el inclusive legal positivism*, *op. cit.*

¹⁶⁷⁰ Criterios de solución de conflictos de carácter legalista: jerarquía, especialidad, temporalidad, competencia, etc.

deración de principios morales, son necesarios en la apertura valorativa del ordenamiento.

Los elementos morales forman parte del sistema complejo del derecho y por ende de la hermenéutica analógica de comparación. La comparación de los elementos de moralidad como “amenaza” y “violencia”, se encuentran en vinculación con el derecho, y en ese sentido, la referencia a circunstancias valorativas que atentan a la persona en su integridad, son parte de ese modelo dialógico.

6) La analogía y la razón práctica

De conformidad con una moral fundamentable de manera coexistente en la propuesta hermenéutica, que tenga como finalidad el precisar que las razones justificatorias de las decisiones del poder político coinciden con la aceptación de un gran número de afectados en casos similares o en el consenso de los expertos, jueces o legisladores.

El razonamiento jurídico se vuelve traducible en una filosofía moral fundamentable y plausible en una sociedad pluralista y democrática, para demostrar que esas razones concuerdan bajo un aspecto formal – como un código de mínimos de moralidad- a los que se adscriben (instrumental); o bien, la justificación de dicho razonamiento tenga por objeto interpretar el ejercicio de los derechos como actos propios del obrar humano para el respeto de la dignidad humana y para traducir sus potencialidades como persona en la consecución de sus bienes básicos (prudencial).

Para la visión instrumental, el caso debe ser valorado a la luz de la eventualidad de casos que se hayan presentado, así como del consenso de expertos y profesionales competentes. De igual forma se toma en cuenta, lo determinado por el poder público en las decisiones mayoritarias de jueces y legisladores, que valoren de forma abstracta si el ácido clorhídrico es un arma.

El derecho se vale de la ciencia, para señalar de forma instrumental, las cualidades físicas y químicas de un arma y las circunstancias en las que fueron utilizadas. Por lo general, el instrumentalismo deja a un lado las intenciones o finalidades axiológicas que tuvo el operador del instrumento en examen, para llegar a un resultado y confía mucho en el método científico, muy propio del positivismo metodológico y la analítica. Por ende, la postura instrumental no es concluyente.

El enfoque prudencial de la hermenéutica toma en cuenta las peculiaridades del caso, para considerar de forma previsor, que si bien el ácido clorhídrico, no es un arma y comúnmente no se utiliza como tal, este puede causar violencia o amenaza por ser una sustancia peligrosa.

En concordancia con la analogía de casos, el efecto del ácido clorhídrico, es equiparable a la amenaza o violencia que puede causar un arma común, como una pistola, un cuchillo, etc. y por ende considerarse como arma peligrosa. Bajo ese razonamiento, existiría hurto agravado.

7) La analogía y la objetividad

El parámetro de validez de las normas jurídicas, en el enfoque de la ética del discurso, se legitima a través de una vinculación conceptual del derecho con la moral de carácter débil.

La sustentabilidad racional de las normas jurídicas, depende del tipo de razones asequibles desde criterio de corrección de fundamentabilidad racional, sostenido en una filosofía moral aceptable bajo parámetros pluralistas y democráticos por un número considerable de destinatarios de la norma (intersubjetiva/discursiva).

Por su parte, el parámetro de validez objetivista, se sustenta en una vinculación fuerte de la moral y el derecho, en el que tenga como primer principio, la no contradicción de las posiciones morales de una argumentación justificatoria conforme a un criterio prudencial, en el que se analicen más los efectos y consecuencias de las decisiones del poder público que el consenso de los expertos o de las decisiones del poder público, bien legisladores o jueces constitucionales.

El objeto del cognitivismo ético de la versión sustancial, es determinar el alcance o límite de los derechos fundamentales como concreción de su alcance deontológico, considerando en primer término la dignidad de sus titulares y su relación conjunta en sociedad (objetiva/cognitiva).

Las reglas del discurso práctico general inciden dentro del discurso jurídico de manera especial, por su relación necesaria con la moral. El criterio de corrección de moralidad consensual, podría aceptar que el ácido clorhídrico es un arma, pues el agente que la utilizó le dio esa finalidad, esto es, causar amenaza y violencia para perpetrar el hurto.

En casos relevantes para la ponderación en el discurso jurídico, el consenso de expertos y la opinión social también es importante, así como los criterios jurisprudenciales en casos análogos y la decisión mayoritaria del legislativo. La teoría del discurso, apela al consenso intersubjetivo de los participantes del discurso.

El resultado del discurso, sin embargo, podría concluir que no es un arma, pues nada impide de manera objetiva, que los participantes del discurso, lleguen a resultados distintos. Con circunstancias parecidas e incluso idénticas, dicho siempre será equívoco, dependiendo del consenso al que llegue el discurso jurídico en atención a sus reglas de la argumentación. Bajo el enfoque discursivo, al no haber una única respuesta correcta, no es concluyente si existe hurto agravado en el caso que nos ocupa.

Por otra parte, desde una posición objetiva de la hermenéutica, si bien comparte con la ética discursiva, la vinculación fuerte del derecho y la moral, en el conocimiento de la verdad, toman rumbos diferentes.

La posición objetiva o realismo clásico, apuesta por el cognitivismo ético; más que el consenso de expertos, de legisladores, de jueces, o en general de participantes del discurso jurídico, se analizan los casos a la luz de un orden objetivo de valores, cognoscibles por la razón y concretables a las realidades históricas de cada pueblo en un momento determinado.

La analogía de la hermenéutica nos ayuda a entender la historicidad del derecho, pues de los descubrimientos de la ciencia y de la técnica se advierten los nuevos ámbitos de concreción que las normas iusfundamentales. Si con anterioridad no se había tenido noticia de que en Alemania o en algún otro país, se había utilizado como arma el ácido clorhídrico para llevar a cabo un robo por medio amenazas y violencia, se privilegia la protección a la propiedad, la vida y la integridad física de las personas que podrían ser víctimas de delitos con sustancias y objetos, que antes no habían sido utilizados para delinquir.

En este enfoque hermenéutico, la dialéctica objetiva, más que procurar consensos, se aprecia el objeto de conocimiento en las circunstancias particulares de forma prudencial, para determinar un resultado. En este caso si existiría hurto agravado.

8) La analogía y la hermenéutica

El “método” analógico en general se encuentra emparentado con la hermenéutica jurídica de forma sustancial. La doctrina que proponemos, encuentra principios comunes a todos los ordenamientos jurídicos, el concepto de Constitución que el operador jurídico tiene de ésta, así como la evolución jurisprudencial que se ha desarrollado en materia de derechos fundamentales por los tribunales constitucionales, corrobora la compleja tarea de interpretar y sobre todo de ponderar la aplicación de las normas iusfundamentales.

El ejercicio de divergencia de método hermenéutico, a la luz del caso citado por Kaufmann, no se reduce a la adecuación tajante en determinada categoría; sino que el razonamiento judicial develará de forma autoevidente, los elementos que tomó en consideración en su desarrollo argumentativo para la concreción de los derechos fundamentales aplicados en el caso particular.

La *hermenéutica iusfundamental* que se deduce de la respuesta a las preguntas elementales del derecho y su aplicación práctica, en el quehacer jurisdiccional por antonomasia: ¿Podemos conocer o no un criterio de corrección en la interpretación de las normas de derecho fundamental que contienen principios? ¿Cómo estamos seguros que una decisión se encuentra justificada en el razonamiento que vierte el juzgador en su resolución? Esas y otras preguntas se pueden contestar si respondemos a la pregunta toral: ¿Existe un orden objetivo de valores de carácter universal, concretable en las decisiones en las que se interpreten y ponderan los derechos fundamentales?

En esencia, la hermenéutica exige al poder político justifique a través de la argumentación jurídica, preferentemente en las resoluciones judiciales de los Tribunales Constitucionales. El propósito primordial de desvelar las tendencias ideológicas y filosóficas que fundamentan la justificación

externa¹⁶⁷¹ de las mismas; condición que permite conocer de manera abierta e informada los tipos de razonamientos en los que realmente sustentan el actuar y las decisiones de autoridad, sin remitirse a una mera explicación lógica y mecánica de la aplicación de la ley: una utilización meramente instrumental del derecho.

2. LA ANALOGÍA COMO EL TERCER MÉTODO EN ROBERT ALEXY: LA HERMENÉUTICA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA ENCRUCIJADA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

1) La recuperación de la importancia de los casos en el modelo de la ponderación

En un escrito reciente, Robert Alexy vuelve la mirada sobre los “casos”, en donde plantea si las operaciones básicas en el derecho son dos o tres; es decir, la subsunción y la ponderación, o si además debe ser incluida la *analogía en tanto comparación de casos*.¹⁶⁷²

Sin embargo, con anterioridad Robert Alexy, ya señalaba en un trabajo sobre la filosofía del derecho, nada menos que sobre Arthur Kaufmann, en donde conjeturó que existía, como método de aplicación aliado de la subsunción y la ponderación, una *tercera operación básica en la aplicación del derecho: la analogía entre casos o la comparación entre ellos*.¹⁶⁷³ Si bien dicha conjetura fue criticada posteriormente, Alexy reviró con el trabajo inicialmente señalado, fundamentando con mayor detalle que “el esquema de la analogía no sólo es formal y necesario, sino específico. Esto es más que

¹⁶⁷¹ Sustentado en Wróblewsky, Alexy hace una diferenciación ente justificación interna y externa como rasgos fundamentales de la argumentación jurídica. La primera la concibe desde la perspectiva del silogismo judicial en el que se aplican los métodos de la lógica moderna. Por lo que respecta a la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna, las cuales pueden ser de distintos tipos como 1) reglas de Derecho Positivo; 2) enunciados empíricos; y 3) premisas que nos son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho Positivo. Así la justificación interna prima sobre el aspecto lógico-formal de las premisas argumentativas, y la justificación externa sobre el aspecto material en la fundamentación de las premisas lógicas. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 213 y ss. De igual forma Véase GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2005, pp. 152 y ss.; MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, op. cit., pp. 37 y ss.; MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, op. cit., pp. 364 y ss.

¹⁶⁷² ALEXY, Robert “Two or Three?”, en BOROWSKI, Martin (ed.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 119, 2010, pp. 9-18.

¹⁶⁷³ ALEXY, Robert, “Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung”, en NEUMANN, Ulfrid; HASSEMER, Winfried, y SCHROTH, Ulrich, *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, ARSP-Beiheft 100, Stuttgart, Nomos Verlagsgesellschaft 2005, pp. 65-66.

suficiente para calificar a la analogía (comparación) como una tercera operación básica del derecho”.¹⁶⁷⁴

Alexy señala en relación con la comparación de casos que la ponderación y el principio de proporcionalidad, no podrían ser reducidos a un cálculo, de lo que realmente representa la fórmula del peso de los principios y el razonamiento jurídico. La numerología en las fórmulas que introduce Alexy en su obra “*no sustituyen a los juicios o proposiciones, sólo los representan*” por lo cual “la fórmula del peso está intrínsecamente conectada con el discurso jurídico. Ella expresa un argumento básico del discurso jurídico”.¹⁶⁷⁵

Además de la ponderación como método de solución de conflictos entre principios y la subsunción para las reglas, Alexy afirma de manera muy esclarecedora para la hermenéutica: “*intenté cerrar el sistema al añadir una tercera forma básica de argumento: la analogía o comparación de casos. Estas tres formas básicas de argumento se conectan a su vez con los conceptos de regla, principio y de caso respectivamente*”.¹⁶⁷⁶

Coincidimos con Laura Clérico cuando afirma que si bien es importante preguntarse si el derecho está conformado sólo por reglas, principios y/o casos, entre otros elementos; basta con presuponer que las reglas, los principios y los casos son elementos del modelo de la ponderación pues, precisamente, el objetivo de los métodos de interpretación de las normas de derecho fundamental es reconstruir en qué tipo de relación se encuentran. De igual forma resulta importante determinar si la subsunción, la ponderación y la comparación son tres formas básicas de aplicación del derecho; sin embargo el propósito fundamental de los métodos de aplicación en cuestión, es *rescatar la importancia de los casos en el modelo de la ponderación alexyano, la cual quedó opacada por su preocupación por el desarrollo de la ponderación como forma de argumento*.¹⁶⁷⁷

Por lo cual, la forma de aplicación de las reglas sería la subsunción, la de los principios la ponderación y la *forma de aplicación de los casos la comparación o analogía*. Cada una de estas formas de aplicación se correspondería con los conceptos de reglas, principios y casos, para la solución de conflictos entre normas jurídicas, principalmente las de derecho fundamental.

¹⁶⁷⁴ ALEXY, Robert “Two or Three?”, en BOROWSKI, Martin (ed.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁷⁵ ALEXY, Robert “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 17.

¹⁶⁷⁶ *Idem*. Las cursivas son nuestras.

¹⁶⁷⁷ CLÉRICO, Laura “Sobre “casos” y ponderación. los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?” en *Isonomía*, núm. 37, octubre 2012, p. 115. Con anterioridad, Laura Clérico ya se había ocupado de la cuestión. Véase CLÉRICO, Laura, “Los casos en el modelo de la ponderación orientado por reglas. El modelo alexyano de la ponderación en comparación con el modelo “especificacionista” de Moreso”, en BERNAL, Carlos (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra, Lima, 2011, p. 207.

Sin embargo, el análisis de los casos como una de las formas de aplicación del derecho se encontraba ya presente como forma de argumento en sus escritos de juventud, más precisamente en la *Teoría de la argumentación jurídica*. El “caso” aparecía como “precedente” y como una forma de argumento especial del discurso jurídico; esta forma de argumento estaba más relacionada con la subsunción que con la ponderación, que era incluida, aunque de manera embrionaria, en ese trabajo.¹⁶⁷⁸

Con posterioridad a la *Teoría de la argumentación jurídica*, la relación entre la ponderación y la comparación de casos aparece con mayor fuerza en la *Teoría de los derechos fundamentales*; la ponderación reconstruida como un “modelo de la ponderación orientado por reglas”. Como bien señala Laura Clérico, el modelo de la ponderación en Alexy no opera frente a cada una de las colisiones de derechos desprovisto de toda atadura, sino que es un modelo de la ponderación fuertemente orientado por reglas, entre otras, por *reglas-resultados* de anteriores ponderaciones que bien pueden ser reconstruidas como una *red de casos*.¹⁶⁷⁹

Alejandro Nava Tovar en un estudio fundamental sobre la obra de Alexy, señala en relación con la analogía los tipos especiales de argumentos; los cuales son aquellos usados especialmente en la metodología jurídica y que pueden expresarse como formas de inferencia, válidas en términos lógicos, mediante el uso del *Modus Barbara* “Estos argumentos son el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori*, el *argumentum ad absurdum* y la analogía.”¹⁶⁸⁰

La analogía, como operación de aplicación del derecho, es una forma de argumentación que ha comenzado a tener desarrollos notables en el ámbito del derecho constitucional. El mismo Alejandro Tovar reconoce en Laura Clérico -en los trabajos antes citados-, la forma precursora en la que puso énfasis en los tipos de argumentos especiales, al resultar ser casos especiales de la argumentación práctica. Dichas formas argumentativas, constituyen esquemas de inferencia de la lógica deductiva y a su vez son exigidos por el principio de universalidad, para derivar en la exigencia de que se tomen en cuenta las consecuencias obtenidas de los casos en los que se argumentan. El uso de estas formas prácticas se considerará racional cuando resulten saturadas y cuando los enunciados jurídicos que se

¹⁶⁷⁸ CLÉRICO, Laura “Sobre “casos” y ponderación. los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?” en *Isonomía*, *op. cit.*, p. 115. Un estudio *in extenso* de la cuestión Véase CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, *op. cit.*, cap. 3.

¹⁶⁷⁹ CLÉRICO, Laura “Sobre “casos” y ponderación. los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?” en *Isonomía*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶⁸⁰ NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, prefacio de Martin Borowski, Anthropos – Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2015, p. 88.

propongan para la saturación, puedan fundamentarse en el discurso jurídico.¹⁶⁸¹

Las formas de argumentos especiales como casos especiales de la argumentación práctica, se explican de la siguiente manera.¹⁶⁸²

a) *Argumentum e contrario*. Sólo proceden las consecuencias jurídicas previstas en una norma cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos previstos en el supuesto como condición de la materialización de tales consecuencias. Es decir, si no se cumplen todos los requisitos establecidos por la normas, no existirá la consecuencia jurídica de tal norma.

b) *Argumentum a fortiori* o de mayoría de razón. Es posible inferir de la validez de una norma jurídica prevista expresamente en la ley, la validez de otra norma menos amplia no prevista de manera expresa en la ley. Este argumento se divide en *maiori ad minus* (la norma que autoriza lo más también autoriza lo menos) y *minore ad maius* (extiende la prohibición de la norma hacia determinados actos a otros que habría que prohibir también). Sin embargo, estos argumentos no pueden aplicarse en el ámbito del derecho penal, en virtud de que no pueden castigarse acciones a las que la ley no se refiera como delitos.

c) *Argumentum ad absurdum*. La validez de una interpretación es confirmada al demostrar que otra posibilidad de interpretación resulta irracional si sus consecuencias fuesen aceptadas. Este argumento es un tipo de demostración indirecta de la validez de un argumento jurídico al confirmar la invalidez del argumento contrario al tomarlo como si fuese correcto.

d) *Argumentum per analogiam*. Finalmente, de acuerdo con la analogía o *argumentum a pari*, las consecuencias jurídicas de una norma pueden aplicarse a otros hechos diferentes previstos en dicho supuesto, con los que existen ciertas semejanzas. Esto lleva a extender las consecuencias jurídicas a hechos que coincidan con las características previstas de la primera norma.

Por ende, el objetivo de los métodos de interpretación de las normas de derecho fundamental además de advertir la importancia de la subsunción y la ponderación, la analogía es un método que renueva *la importancia del análisis de los casos*; sobre todo cuando se plantea que el derecho no solamente es un sistema de reglas, sino que la interpretación de los principios de derecho fundamental exige un razonamiento prudencial de los elementos de similitud y comparación, tanto de hecho y de derecho que plantea la singularidad del caso concreto.¹⁶⁸³

¹⁶⁸¹ *Ibidem*, pp. 88-89.

¹⁶⁸² *Ibidem*, p. 89.

¹⁶⁸³ Una obra fundamental para advertir la importancia del caso en la vida del derecho a la luz de la filosofía de la jurisprudencia Véase CASTAÑEDA Y G. Daniel H., *Filosofía de la jurisprudencia. La recuperación del caso en la vida del derecho*, Porrúa – Universidad Panamericana, México, 2007.

2) La evolución de Robert Alexy hacia la analogía y los puentes dialógicos entre la hermenéutica iusfilosófica y la filosofía analítica

La importancia del *caso* relacionado con la forma de aplicación del derecho tiene una periodicidad en la obra de Alexy. Aparece en tres momentos distintos que develan los desarrollos teóricos de diferentes estadios de su obra, que el autor presenta con carácter acumulativo.¹⁶⁸⁴

1) Los casos aparecen en la *Teoría de la argumentación jurídica* como una forma de argumento, el argumento del precedente, *pero teniendo como trasfondo aún el modelo de la subsunción como modelo dominante, aunque limitado, de aplicación del derecho.*

2) En la *Teoría de los derechos fundamentales*, los casos son una forma de evitar la ponderación. En el trasfondo de esta obra el modelo de la subsunción se encuentra superado por el modelo de la ponderación para la resolución de los conflictos de derechos constitucionales.

3) En un tercer momento y con un alto nivel de abstracción, el tema es retomado por Alexy en su escrito “Two or Three?”, donde presenta la comparación de casos como la tercera forma básica de aplicación del derecho, junto con la subsunción y la ponderación.

Sin embargo, Laura Clérico, no realiza el análisis del artículo de Alexy “Two or Three?”, pues bajo un criterio analítico, los efectos de la comparación con la propuesta de Moreso alcanza con los dos primeros trabajos¹⁶⁸⁵; no obstante que en dicho trabajo es donde Alexy realmente analiza la comparación de casos, como una auténtica forma básica de aplicación del derecho, junto con la subsunción y la ponderación.

Apreciamos una reticencia analítica y una falta de comprensión del verdadero sentido hermenéutico de la analogía; pues Clérico se limitó a realizar un estudio de la “analogía” desde la comparativa de la subsunción con la ponderación.

El resquicio descriptivo de las moléculas del lenguaje normativo del modelo analítico, vuelve hacer su aparición, sin que se tomen en consideración los elementos antiformalistas que la analogía introduce en el discurso jurídico.

Es decir, termina haciendo *ponderación con base en reglas*, sin percibir que la analogía prescinde de las reglas para introducirse en el círculo hermenéutico de la comprensión y del sentido de las normas; para comparar y equiparar los elementos conceptuales que no se encuentran en las premisas del discurso formal del derecho, bien subsuntivo o bien ponderativo.

La analogía de los bienes humanos, no se ha quedado al descubierto del todo en la *teoría estándar de la argumentación jurídica*. Sin embargo los

¹⁶⁸⁴ CLÉRICO, Laura “Sobre “casos” y ponderación. los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?” en *Isonomía*, *op. cit.*, p. 115-116.

¹⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 116.

esfuerzos de Robert Alexy y las aportaciones visionarias tanto de Laura Clérico, como de Alejandro Tovar, han sembrado la semilla que dará como fruto en una fuerte conexión entre la teoría analítica del derecho y la hermenéutica filosófica, a través del puente analógico de la comparación de casos.

De manera muy similar a lo que hemos argumentado con la singularidad del caso en el círculo hermenéutico¹⁶⁸⁶, Laura Clérico señala que el “caso” (como precedente) irrumpe en el carácter “especial” o “peculiar” de la tesis. El discurso del derecho es un supuesto especial porque guarda una vinculación al argumento del significado literal de la ley, de los precedentes y de la dogmática. Clérico se pregunta ¿Por qué sujetarse a esos argumentos? Para ello hay que dar buenas razones, es decir, argumentos morales; de lo contrario el derecho no elevaría ninguna pretensión de corrección, sino de mero ejercicio de poder. El “caso” irrumpe así, como una forma de argumento: el argumento del precedente. Sin embargo, aún no es del todo relevante para el modelo de la ponderación.¹⁶⁸⁷

En la *Teoría de la argumentación jurídica*, Alexy seguía teniendo como trasfondo un modelo *predominantemente subsuntivo*; los llamados “casos difíciles” se resolvían a través de su vinculación con el discurso práctico general. La tesis de las normas como principios y su relación con el modelo ponderativo se encontraba todavía en proceso de elaboración. *La comparación de casos como argumento del precedente se justifica en esta obra desde el principio de universalidad: lo igual debe ser tratado en forma igual. Se advierte, sin embargo, que como no hay dos casos idénticos la clave pasa por la relevancia de las semejanzas o las diferencias.*¹⁶⁸⁸

Así, en virtud del principio de universalidad, quien quiera apartarse del precedente tiene la carga de la argumentación, ya sea para justificar que los hechos se diferencian en alguna circunstancia relevante o para sostener que un cambio en la valoración de las circunstancias requiere entonces una solución alternativa. *Detrás de todo se encuentra una forma especial de argumento jurídico: la analogía.* Por lo cual no existe una teoría especial del precedente, pues no era la finalidad de la tesis de la *Teoría de la argumentación jurídica*.¹⁶⁸⁹

Como ya lo comentamos, la *Teoría de los derechos fundamentales*, la ponderación queda redefinida como *modelo de la ponderación orientado por reglas*, entre otras, *por reglas-resultados de anteriores ponderaciones que bien pueden ser reconstruidas como una red de casos -para lo cual la analogía se aplica en la comparación con esos casos-regla-*; de manera particular Clérico busca *rescatar la importancia de los casos en el modelo de la*

¹⁶⁸⁶ *Supra* “El círculo hermenéutico” y “La espiral hermenéutica”

¹⁶⁸⁷ CLÉRICO, Laura “Sobre “casos” y ponderación. los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?” en *Isonomía*, *op. cit.*, p. 117-118.

¹⁶⁸⁸ CLÉRICO, Laura “Sobre “casos” y ponderación. los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?” en *Isonomía*, *op. cit.*, p. 117-118.

¹⁶⁸⁹ *Ibidem*, p. 118.

*ponderación alexyano; la cual quedó opacada por su preocupación por el desarrollo de la ponderación como forma de argumento.*¹⁶⁹⁰

Alejandro Nava deja en claro que los argumentos especiales como la analogía, analiza las reglas y formas de la argumentación jurídica, con la finalidad de alcanzar un mayor refinamiento argumentativo en comparación con la argumentación práctica; no obstante, los argumentos jurídicos tampoco ofrecen una certeza última.¹⁶⁹¹

Con una fuerte conexión hermenéutica, Nava señala que la pretensión de corrección planteada en el discurso jurídico se vislumbra como limitada; esto es, *no es posible defender una conexión lógica entre el procedimiento jurídico-discursivo y una respuesta siempre correcta*. En ese sentido, Alexy no ha defendido una conexión de esa naturaleza por su imposibilidad. Las reglas y formas de la argumentación jurídica no pueden brindarnos una respuesta única, sin que por ello renunciemos a fundamentar racionalmente las normas y valoraciones en el derecho¹⁶⁹², ya que “no es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas”¹⁶⁹³ las que pueden otorgarle racionalidad al sistema jurídico.

No obstante a lo anterior, estas reglas y formas de la argumentación pueden concebirse como un elemento esencial del Estado de derecho, para lo cual Alexy afirma de manera contundente: “Los juristas pueden ciertamente contribuir a la realización de la razón y de la justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan, no pueden realizarlo aisladamente, ello presupone un orden social racional y justo.”¹⁶⁹⁴

En suma, para que “un orden racional y justo” pueda plantearse como posible serán necesarios otros elementos que no se encuentran en la *Teoría de la argumentación jurídica*, sino su complementación con la *Teoría de los derechos fundamentales, y en los últimos escritos* (“Two or Three?”) Robert Alexy regresa sobre el eje central de toda su obra: el caso que envuelve la argumentación y de la que se deriva la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Es precisamente del caso que se advierte, la posibilidad de llevar a cabo las *operaciones básicas en el derecho*, para terminar en la *analogía en tanto comparación de casos para su dilucidación*, cuando no es plausible aplicar las reglas de la subsunción y la ponderación

Robert Alexy no hace más que recurrir a Arthur Kaufmann para reconocer en la hermenéutica jurídica, un gran aporte para la comprensión complementaria de los casos complejos de los que se encarga el proceso aplicativo y argumentativo del derecho desde la filosofía analítica. Esto es, el

¹⁶⁹⁰ *Ibidem*, pp. 114-115.

¹⁶⁹¹ NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, op. cit., p. 89.

¹⁶⁹² *Ibidem*, p. 90.

¹⁶⁹³ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 400.

¹⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 402.

método de aplicación, al lado de la subsunción y la ponderación, necesita de una *tercera operación básica en la aplicación del derecho: la analogía entre casos o la comparación entre ellos*.

No puede ser más clara la aceptación de la hermenéutica a través del puente de la analogía, cuando afirma: “el esquema de la analogía no sólo es formal y necesario, sino específico. Esto es más que suficiente para calificar a la analogía (comparación) como una tercera operación básica del derecho”.¹⁶⁹⁵

En este sentido resulta muy entrañable que el gran maestro Robert Alexy, al final de su carrera y justo antes de jubilarse de la labor académica, haya considerado a la analogía, como un “tercer” método –de la mano de la subsunción y la ponderación–, para dar paso a una vinculación indisoluble con la hermenéutica jurídica y la filosofía analítica a la que nos hemos referido a lo largo de la presente obra.

Robert Alexy ha abierto la caja de pandora con la inclusión de una tercera vía en las operaciones básicas de la aplicación del derecho, para sellar con broche de oro la construcción de los puentes dialógicos por los que transitarán la hermenéutica iusfilosófica y la teoría analítica del derecho: la analogía.

La complementariedad de la filosofía analítica con la hermenéutica se da a través de los puentes argumentativos que salvan las distancias entre los casos similares: una *red de casos que fije cánones hermenéuticos*, por los que circula el diálogo jurisprudencial de los tribunales hacia un *ius commune*; centrado en el paradigma de los derechos fundamentales como cualidades indisponibles de la persona humana y como límites infranqueables al poder político.

CONCLUSIONES

1. *El “método” de la hermenéutica analógica: comparación, equiparación y dialogicidad del razonamiento práctico*

1) *La analogía como “método” arquetípico de la hermenéutica*

A) En todos los métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales, existe el elemento hermenéutico; la analogía como directiva interpretativa de los contenidos de valor de los derechos fundamentales, será sin duda la forma más adecuada de resolverlos, bajo una ponderación no conflictivista.

B) La interpretación de la hermenéutica analógica: busca ante todo, una interpretación equilibrada, que logre apreciar la diferencia de manera clara y distinta del texto de forma literal, así como de la interpretación pu-

¹⁶⁹⁵ ALEXY, Robert “Two or Three?”, en BOROWSKI, Martin (ed.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, op. cit., p. 18.

ramente subjetiva; esto es, la posibilidad de formular un criterio de racionalidad dotado de unidad y de sentido.

C) No es posible realizar una *interpretación perfectamente unívoca* de un texto de cualquier naturaleza, pues el fenómeno de la interpretación, no puede imperar un sentido absolutamente homogéneo.

D) La *interpretación equivocista*, totalmente ambigua, vaga, subjetiva, relativista se pierde en un subjetivismo de carácter irracionalista.

E) La *interpretación analógica*, consiste en un posición intermedia entre la univocidad y la equivocidad, aunque más inclinada a esta última porque en la analogía, aunque conjunta la identidad y la diferencia, predomina la diferencia, no por relativista, sino por la pluralidad de interpretaciones posibles.

F) La *analogía* busca la *proporción de sentido que rescatan del texto*; no todas las interpretaciones son iguales. Tendrán mayor rango de adecuación al texto:

a) Aquellas que sean aceptadas por la mayoría de los expertos o especialistas en esa disciplina o época; y, mejor aún,

b) Aquellas que tengan la capacidad de persuadir a la mayoría de los expertos o especialistas.

G) La pertinencia del diálogo para la hermenéutica constituye una *respuesta contundente al nihilismo que renuncia por la búsqueda de la verdad*; la mayéutica socrática de *la interpelación absoluta del otro*; de ahí que ya no estamos ante un “arte de la interpretación” sino ante un “arte de poder no tener razón”.

H) El derecho entra en contacto radical con los bienes humanos, a los que accede de manera directa y de forma experiencial el operador jurídico, cuando interpreta derechos fundamentales; fue allí donde encontramos vínculos muy cercanos entre Gadamer y John Finnis.

I) Si los bienes humanos son elementos indisponibles que el operador jurídico debe tomar en consideración para interpretar las normas iusfundamentales, la analogía significa en sí mismo la proporcionalidad; no implica intervención de un derecho, sino el develamiento del contenido deontológico de los bienes humanos y por ende, su alcance normativo, sin presuponer un daño o una restricción a favor de un derecho para beneficiar otro de “mayor peso”.

J) La piedra angular de la hermenéutica iusfundamental, es develar las condiciones por la cuales se gesta el proceso intelectual de la comprensión de las normas jurídicas, mas no establecer una preceptiva que determine un proceso previo de interpretación para condicionar una respuesta correcta de forma privativa desde un punto de vista abstracto.

K) Las directivas hermenéuticas que estudiamos (ponderación, proporcionalidad, contenido esencial, concreción y analogía), establecen ciertos paradigmas para interpretar normas iusfundamentales, sin embargo, son normas de esa misma naturaleza; es decir, son normas iusfundamentales cuyo principal objetivo es interpretar normas que contienen derechos: son

normas que interpretan normas sin que se excluyan otros principios hermenéuticos.

L) El objeto de la hermenéutica, no es establecer reglas para la correcta interpretación, sino develar las condiciones en las cuales se gesta de manera originaria la elección que realiza el operador jurídico, respecto del método más idóneo para la interpretación de las normas iusfundamentales.

M) Cuando el hermeneuta accede de forma correcta al círculo hermenéutico, para apreciar el sentido de la norma a la luz del problema a dilucidar de los derechos en conflicto con base en el material normativo y probatorio del caso concreto; determina de manera prudencial, respecto de cuales criterios hermenéuticos deben prevalecer para solucionar dicho conflicto.

N) Confirmamos que *la hermenéutica no es un método, sino la mejor elección de diversas herramientas hermenéuticas para lograr una adecuada concreción de las normas que contienen derechos fundamentales.*

Ñ) *El principal problema de la interpretación constitucional, es la elección de la directiva hermenéutica en cuestión, devela que el conocimiento de los conflictos entre derechos, es imposible reducirlos a ecuaciones o fórmulas algorítmicas que de forma previa y a través de un procedimiento consensual o intersubjetivo se obtengan respuestas “correctas”.*

O) La hermenéutica no propone desechar los métodos deductivo, inductivo y abductivo, o cualquier otro; si bien constituyen medios de interpretación capaces de llegar a resultados y conclusiones plausibles, la analogía no es una conclusión lógica, sino una comparación, una equiparación, con la exigencia de que siempre debe existir un punto de comparación, un *tertium comparationis*.

P) La analogía, no sólo es un argumento, un método o una filosofía de la proporcionalidad, sino una auténtica manifestación de lo que constituye la hermenéutica contemporánea que propone el abandono de estrategias reduccionistas en la aproximación del derecho, como modelo paradigmático de las ciencias humanas.

Q) *Las tesis central del estudio que nos ocupa, es que la analogía se presenta como la forma más adecuada para interpretar normas iusfundamentales, a través de la cual la hermenéutica puede justificar de manera racional de los límites y contenidos de los derechos fundamentales; en combinación con los demás métodos interpretativos aplicables, la hermenéutica utiliza la comparación y la equiparación de las normas con el caso particular, para concretar los bienes humanos que prima facie se encuentran en conflicto. En ese sentido, la analogía es el “método” arquetípico de la hermenéutica.*

2) *Los presupuestos de la analogía y el caso del ácido clorhídrico ante el Tribunal Federal alemán en causas penales.*

A) La comparación que despliega el razonamiento práctico en la consecución de las verdades que se constatan en los bienes, son en sí mismas,

apreciaciones razonables respecto de lo bueno que existe en una conducta humana, que tiende a la consecución de ese bien.

B) El predicado del bien humano, se advierte de manera clara a través de la analogía, pues con sus postulados comparativos en la apreciación del razonamiento práctico, se deducen los argumentos plausibles por los cuales se hace evidente la perfección del hombre ante el ejercicio del obrar humano.

D) La analogía se compara lo más conocido, con lo menos conocido. La validez del procedimiento analógico depende de dos factores:

a) Que se presenten muchos casos de comparación para ampliar la base sobre la cual se compara; y

b) Que la elección del punto de comparación y la determinación de las características comparadas deriven de una decisión en el procedimiento de creación del derecho junto con la deducción, la inducción y la abducción.

c) En el proceso analógico, se integran la *precomprensión hermenéutica* y el *círculo hermenéutico*; en ese sentido la analogía, si bien es un método problemático, resulta ser una forma de crear el derecho, a través de la comparación de *un caso con otro*, para en su momento equiparar la solución adecuada a ese caso.

El caso del ácido clorhídrico ante el Tribunal Federal Alemán en causas penales.

A) La pregunta fundamental de este caso fue ¿Se puede considerar al ácido clorhídrico como un arma?

B) A primera vista no podríamos encuadrar como un arma; pues desde un punto de vista literal de la norma interpretada, no puede ser subsumido en la hipótesis normativa, cuando comparamos al ácido clorhídrico con pistolas, escopetas, cuchillos, dagas, etc.

C) Cuando aplicamos la analogía de la comparación, resulta que concuerdan algunos puntos en los que podemos advertir una consecuencia específica y por ende llegar a una conclusión distinta que con el método lógico de la subsunción.

D) El ácido clorhídrico se equipara al punto de partida principal de comparación (*tertium comparationis*)

a) “Todas las armas son peligrosas” (N)

b) En relación con las demás armas conocidas (C¹=pistolas, escopetas, etc.).

c) El ácido clorhídrico concuerda con algunos puntos con C¹; pues se puede utilizar en un hurto y resultar peligroso, si se tiene la intención de usarlo como un arma, por la peligrosidad de la sustancia y sus efectos dañinos para quien experimenta un contacto directo con la piel.

d) Con el ácido clorhídrico se puede ejercer violencia o amenaza para impedir resistencia y perpetrar el hurto (C²).

E) La pregunta fundamental con la cual se demuestra el argumento analógico en el caso que nos ocupa es: ¿Hay equiparación del ácido clorhí-

drico respecto de las armas más conocidas?: la conclusión es determinante en relación con los argumentos plausibles que se aducen a través de la analogía, esto es, C² concuerda con algunos puntos de C¹, por lo tanto hay punto de comparación plausible entre el ácido clorhídrico y un arma.

F) El caso nos brinda un ejemplo muy claro, de cómo el método analógico crea un resultado o una conclusión del mismo caso, *comparando los elementos particulares que el operador jurídico tiene al alcance* a partir de un punto de comparación cierto y determinado.

G) La analogía simplifica el complejo desarrollo del método jurídico de creación del derecho, el cual resultaría imposible con los métodos lógicos en los cuales se llegan a conclusiones de forma deductiva, inductiva o abductiva, pero sin crear derecho; solo existe un resultado lógico-formal.

H) La analogía no es falacia circular, sino una comparación plausible que se centra en el caso concreto, en el que se hace constar de manera fehaciente que existen puntos intersección en aquellas cualidades que son predicables desde cierta perspectiva razonable; como en el caso, la peligrosidad de la sustancia y sus efectos dañinos para quien experimenta un contacto directo con la piel, similares a lo que pudiera ocasionar un arma punzocortante, un arma de fuego o de otro tipo.

I) En la analogía se compara lo más conocido, con lo menos conocido. Por lo cual, es necesario advertir varios casos similares para tener bases sólidas dónde comparar, y a la vez, tomar ese punto de comparación para crear una norma jurídica que resuelva el conflicto de manera razonable; en el proceso analógico, así entendido, a la utilización y a la creación del derecho se integran la *precomprensión hermenéutica* y el *círculo hermenéutico*.

J) La analogía, si bien es un método problemático, resulta ser una forma de crear el derecho, a través de la comparación de *un caso con otro*, para en su momento equiparar la solución adecuada a ese caso.

3) *La analogía y los principios*. La relación entre la analogía y los principios, en el caso que nos ocupa, consistente en el nivel de diferenciación lógica (fuerte o débil) que el operador jurídico adopta respecto de las reglas (mandatos definitivos) y principios (mandatos de optimización), con la finalidad de dilucidar el grado de *concreción deóntica* de los derechos fundamentales.

4) *La analogía y el positivismo*. Precisa de una toma de postura por parte del operador jurídico respecto del tipo de vinculación de la moral y el derecho (fuerte o débil), en el que se sostenga un concepto de derecho necesario (no positivista) o contingente (positivista incluyente) que permita al operador jurídico introducir en el discurso jurídico los valores morales que expresan los derechos fundamentales (principios).

5) *La analogía y la metodología jurídica*. Para describir y prescribir lo que es y debe ser el derecho, se establece un criterio de validez de las normas jurídicas, bien perteneciente al propio ordenamiento jurídico (sistemá-

tico), o bien, que implique la apertura del ordenamiento jurídico a criterios morales, que introduzcan ese elemento crítico y ajeno al criterio formal de validez jerárquica; en el cual encuentren justificación material las normas jurídicas, en una relación de coexistencia la moral y el derecho (sistémico).

6) La analogía y la razón práctica.

A) De conformidad con una moral fundamentable de manera coexistente en la propuesta hermenéutica, que tenga como finalidad el precisar que las razones justificatorias de las decisiones del poder político coinciden con la aceptación de un gran número de afectados en casos similares o en el consenso de los expertos, jueces o legisladores.

B) Esas razones pueden concordar bajo un aspecto formal, un código de mínimos de moralidad a los que se adscriben los operadores jurídicos (instrumental); o bien, la justificación de dicho razonamiento tenga por objeto interpretar el ejercicio de los derechos como actos propios del obrar humano para el respeto de la dignidad humana; así como para traducir sus potencialidades como persona en la consecución de sus bienes básicos (prudencial).

7) La analogía y la objetividad.

A) El parámetro de validez de las normas jurídicas, en el enfoque de la ética del discurso, se legitima a través de una vinculación conceptual del derecho con la moral de carácter débil. La sustentabilidad racional de las normas jurídicas, depende del tipo de razones asequibles desde criterio de corrección de fundamentabilidad racional, sostenido en una filosofía moral aceptable bajo parámetros pluralistas y democráticos por un número considerable de destinatarios de la norma (intersubjetiva/discursiva).

B) Por otra parte, si el parámetro de validez de las normas, se sustente en una vinculación fuerte de la moral y el derecho, en el que tenga como primer principio, la no contradicción de las posiciones morales de una argumentación justificatoria conforme a un criterio prudencial, así como un cognitivismo ético fuerte, que le reconozca la capacidad al operador jurídico de conocer verdades de razón práctica; conlleva la determinación del alcance deontológico de las normas, considerando en primer término la dignidad de sus titulares y la observancia de los derechos de manera conjunta en sociedad (objetiva/cognitiva).

8) Analogía y hermenéutica.

A) El “método” analógico en general se encuentra emparentado con la hermenéutica jurídica de forma sustancial; la doctrina que proponemos, encuentra principios comunes a todos los ordenamientos jurídicos, el concepto de Constitución que el operador jurídico tiene de ésta, así como la evolución jurisprudencial que se ha desarrollado en materia de derechos fundamentales por los tribunales constitucionales, corrobora la compleja tarea de interpretar y sobre todo ponderar, la aplicación de las normas iusfundamentales.

B) El ejercicio de comparación-equiparación de la hermenéutica analógica, a la luz del caso citado por Kaufmann, no se reduce a la adecuación tajante en determinada categoría; sino que el razonamiento judicial develará de forma autoevidente, los elementos que tomó en consideración en su desarrollo argumentativo para la concreción de los derechos fundamentales aplicados en el caso particular.

C) El propósito primordial de la hermenéutica analógica es desvelar las tendencias ideológicas y filosóficas que fundamentan la justificación externa de las mismas a la luz de la moral; condición fundamental que permite conocer de manera abierta e informada los tipos de razonamientos en los que realmente sustentan el actuar y las decisiones de autoridad, sin limitarse a la mera descripción lógica y mecánica de la aplicación de la ley de manera voluntarista e irracional: una utilización meramente instrumental del derecho.

2. La analogía como el tercer método en Robert Alexy: la hermenéutica y la argumentación jurídica en la encrucijada de la filosofía del derecho.

A) Es fundamental para la conclusión del trabajo que nos ocupa, los signos hermenéuticos que ha tomado la filosofía del derecho contemporánea. En lo particular la tesis de Robert Alexy cuando vuelve la mirada sobre *los casos*, donde plantea si las operaciones básicas en el derecho son dos o tres; es decir, la subsunción y la ponderación, o si además debe ser incluida la *analogía en tanto comparación de casos*.

B) Con anterioridad Alexy, ya señalaba en un trabajo sobre la filosofía del derecho, nada menos que sobre Arthur Kaufmann, en donde conjeturó que existía, como método de aplicación aliado al de la subsunción y la ponderación, una *tercera operación básica en la aplicación del derecho: la analogía entre casos o la comparación entre ellos*.

C) Alexy señala de manera categórica que “el esquema de la analogía no sólo es formal y necesario, sino específico. Esto es más que suficiente para calificar a la analogía (comparación) como una tercera operación básica del derecho”.

D) La comparación de casos que la ponderación y el principio de proporcionalidad efectúan, no podía ser reducido a un cálculo, de lo que realmente representa la fórmula del peso de los principios y el razonamiento jurídico.

E) Sin embargo, para nuestra sorpresa, Alexy afirma que además de la ponderación como método de solución de conflictos entre principios y la subsunción para las reglas: “*intenté cerrar el sistema al añadir una tercera forma básica de argumento: la analogía o comparación de casos. Estas tres formas básicas de argumento se conectan a su vez con los conceptos de regla, principio y de caso respectivamente*”.

F) En relación con las afirmaciones de Alexy, Laura Clérico argumenta que si bien es importante determinar si la subsunción, la ponderación y la comparación son tres formas básicas de aplicación del derecho; el propósito fundamental de los métodos de aplicación en cuestión, es *rescatar la*

importancia de los casos en el modelo de la ponderación alexyano, la cual quedó opacada por su preocupación por el desarrollo de la ponderación, como la forma de argumento más importante para la aplicación de los principios.

G) *En conclusión, la forma de aplicación de las reglas sería la subsunción, la de los principios la ponderación y la forma de aplicación de los casos la comparación o analogía; cada una de estas formas de aplicación se correspondería con los conceptos de reglas, principios y casos, para la solución de conflictos entre normas jurídicas, principalmente las de derecho fundamental.*

H) El análisis de los casos como una de las formas de aplicación del derecho se encontraba ya presente en Alexy, pues en la *Teoría de la argumentación jurídica*, el “caso” aparecía como “precedente” y como una forma de argumento especial del discurso jurídico; esta forma de argumento estaba más relacionada con la subsunción que con la ponderación, que era incluida, aunque de manera embrionaria, en ese trabajo.

I) Con posterioridad en la *Teoría de los derechos fundamentales*, la relación entre la ponderación y la comparación de casos aparece con mayor fuerza, pues el modelo de la ponderación se encuentra fuertemente orientado por reglas, esto es, *reglas-resultados* de anteriores ponderaciones, estas pueden ser reconstruidas como una *red de casos*: la comparación de las razones que unen los argumentos realizados en las ponderaciones aplicadas en esos casos y a su vez derivaron en reglas jurídicas análogas entre sí.

J) Alejandro Nava Tovar en un estudio fundamental sobre la obra de Alexy, señala en relación con la analogía los tipos especiales de argumentos; los cuales son aquellos usados especialmente en la metodología jurídica y que pueden expresarse como formas de inferencia, válidas en términos lógicos, mediante el uso del *Modus Barbara* “Estos argumentos son el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori*, el *argumentum ad absurdum* y la analogía.”

K) La analogía, como operación de aplicación del derecho, es una forma de argumentación que ha comenzado a tener desarrollos notables en el ámbito del derecho constitucional; la forma precursora en la que puso énfasis en los tipos de argumentos especiales, al resultar ser casos especiales de la argumentación práctica, que exigidos por el principio de universalidad, ayudan a derivar consecuencias obtenidas de los casos en los que se argumentan.

L) De conformidad con el *Argumentum per analogiam* o *argumentum a pari*, las consecuencias jurídicas de una norma pueden aplicarse a otros hechos diferentes previstos en dicho supuesto, con los que existen ciertas semejanzas, lo cual lleva a extender las consecuencias jurídicas a hechos que coincidan con las características previstas de la primera norma.

M) La importancia del caso relacionado con la forma de aplicación del derecho tiene una periodicidad en la obra de Alexy en tres momentos distintos:

a) En la *Teoría de la argumentación jurídica*, el argumento del precedente como trasfondo aún el modelo de la subsunción; como modelo dominante, aunque limitado a la aplicación del derecho;

b) En la *Teoría de los derechos fundamentales*, como una forma de evitar la ponderación, superando ya el modelo de la subsunción; y

c) En su escrito “Two or Three?”, donde presenta la comparación de casos como *la tercera forma básica de aplicación del derecho*, junto con la subsunción y la ponderación.

N) En el fondo, la analogía de los bienes humanos, no se ha quedado al descubierto del todo en la *teoría estándar de la argumentación jurídica*; sin embargo los esfuerzos de Robert Alexy y las aportaciones visionarias tanto de Laura Clérico, como de Alejandro Tovar –sin dejar de mencionar los trabajos fundamentales de Mauricio Beuchot y Manuel Atienza–, han sembrado la semilla que dará como fruto en una fuerte conexión entre la teoría analítica del derecho y la hermenéutica filosófica, a través del puente analógico de la comparación de casos.

Ñ) *Para Alexy la comparación de casos como argumento del precedente se justifica en esta obra desde el principio de universalidad: lo igual debe ser tratado en forma igual; sin embargo, como no hay dos casos idénticos la clave pasa por la relevancia de las semejanzas o las diferencias: detrás de todo se encuentra una forma especial de argumento jurídico: la analogía.*

O) Con una fuerte conexión hermenéutica, Nava Tovar señala que la pretensión de corrección planteada en el discurso jurídico se vislumbra como limitada. Esto es, *no es posible defender una conexión lógica entre el procedimiento jurídico-discursivo y una respuesta siempre correcta*; sin que por ello renunciemos a fundamentar racionalmente las normas y valoraciones en el derecho, para lo cual, los juristas contribuyen a la realización de la razón y de la justicia, sin estar aislados del presupuesto orden social, racional y justo.

P) Para que ese “un orden racional y justo” pueda plantearse como posible serán necesarios otros elementos que no se encuentran en la *Teoría de la argumentación jurídica*, sino su complementación con la *Teoría de los derechos fundamentales*, y en los últimos escritos (“Two or Three?”); Robert Alexy regresa sobre el eje central de toda su obra: *el caso que envuelve la argumentación y de la que se deriva la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto.*

Q) Del caso se advierte, la posibilidad de llevar a cabo las *operaciones básicas en el derecho*, para terminar en la *analogía en tanto comparación de casos para su dilucidación*, cuando no es plausible aplicar las reglas de la subsunción y la ponderación.

R) Robert Alexy recurre a Arthur Kaufmann para reconocer en la hermenéutica jurídica, un gran aporte para la comprensión complementaria de los casos complejos de los que se encarga el proceso aplicativo y argumentativo del derecho desde la filosofía analítica: el método de aplicación de los principios, al lado de la subsunción y la ponderación, necesita de una

tercera operación básica en la aplicación del derecho: la analogía entre casos o la comparación entre ellos.

S) No puede ser más clara la aceptación de la hermenéutica a través del puente de la analogía, cuando afirma Robert Alexy: “el esquema de la analogía no sólo es formal y necesario, sino específico. Esto es más que suficiente para calificar a la analogía (comparación) como una tercera operación básica del derecho”.

T) *Robert Alexy ha abierto la caja de pandora con la inclusión de una tercera vía en las operaciones básicas de la aplicación del derecho, para sellar con broche de oro la construcción de los puentes dialógicos por los que transitarán la hermenéutica iusfilosófica y la teoría analítica del derecho: la analogía como una red de casos que fije cánones hermenéuticos, por los que transite el diálogo jurisprudencial de los tribunales hacia un *ius commune*; centrado en el paradigma de los derechos fundamentales como cualidades indisponibles de la persona humana y como límites infranqueables al poder político.*

CONCLUSIONES

1. CONCLUSIONES GENERALES

1. Los métodos de interpretación modernos y contemporáneos, están formulados de tal suerte que reducen el conocimiento humano a reglas o axiomas de conducta; modelos ya superados y que condicionan el conocimiento del derecho a la ciencia, siendo que ésta debe estar vinculada con la filosofía, cuando aquella no puede profundizar en cuestiones que escapan del conocimiento especulativo.

2. La hipótesis central del presente estudio, consiste en confirmar bajo la visión de la hermenéutica jurídica, una filosofía práctica superadora de la dogmática positivista excluyente, del derecho natural fiscalista y de la argumentación jurídica procedimental; la imposibilidad de plantear un método o métodos de interpretación que proporcionen todas las respuestas a los problemas jurídicos bajo una metodología científica; así como la disipación de las dudas y malos entendidos respecto de la adecuada transición del ser al deber ser en la descripción normativa de la interpretación jurídica.

3. La tesis propuesta se basa en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, principalmente desde una visión *antimetodológica*.

4. *La hermenéutica jurídica no es un método de interpretación, sino una filosofía práctica y prudencial con pretensiones teóricas, por la cual el operador jurídico realiza un análisis del caso que devela el horizonte de comprensión, tanto de sus circunstancias fácticas como jurídicas, para la adecuada elección del método o métodos de interpretación de los textos legales, principalmente de las normas de derecho fundamental; con la finalidad de que la decisión jurídica cumpla con una exigencia de corrección tanto formal como material, así como la eficacia conjunta de los derechos que se presumen en colisión.*

5. La “metodología” de la hermenéutica jurídica plantea un conocimiento complejo, en el que convergen *filósofos y constitucionalistas; comparten temas que hacen que se encuentren en la frontera del derecho y la moral, sobre todo en la interpretación de las normas de derecho fundamental; constituye una propuesta de la filosofía del derecho, que pretende sistematizar y ordenar lo que entendemos en el ámbito de la interpretación, comprensión y aplicación de las normas de derecho fundamental, esto es: una teoría hermenéutica con pretensiones filosóficas.*

6. La crisis del derecho moderno fue demostrada con los *problemas epistemológicos del positivismo jurídico*, es una consecuencia del triunfo de la epistemología moderna. Por ende, los derechos humanos y su dimensión deontológica y axiológica, resulta incompatible con el positivismo jurídico.

7. La condición posmoderna del derecho viene aparejada con la crisis del Estado, la crisis de la ley y la crisis de las fuentes del derecho; lo que en su conjunto viene a plantear una nueva función del operador jurídico en la interpretación del derecho.

En ese sentido, resultó fundamental lo que Carlos I. Massini nos previno de una versión del derecho posmoderno en el ámbito de lo ético-jurídico, principalmente de una *desfundamentación* del orden normativo: la razón moderna que lo justificaba racionalmente desaparece y la autoridad resulta sospechosa como encubridora de *dominación del sujeto: sujetar a los sujetos* según Foucault.

Por su parte Rodolfo Vigo sostiene la confianza en el Estado de Derecho constitucional, genera dudas e inquietudes que valen la pena enfrentar con ciertas prevenciones: para nosotros, *el Estado constitucional es un proyecto incompleto*, el proyecto ilustrado de libertad, igualdad y fraternidad que desde la aspiración revolucionaria francesa y norteamericana han quedado sin realizar.

8. La hermenéutica jurídica como *tercera vía*, consiste una opción auténtica y superadora del positivismo jurídico y algunas versiones del derecho natural; *dichas* se han combatido mutuamente, sin que haya salido un vencedor, pues han agotado su razón de ser como posiciones antagónicas.

9. *La metodología jurídica de la modernidad, hasta ahora ha sido una forma de aproximarse al derecho como un conocimiento lineal, monológico, solipsista, unilateral, cerrado, reduccionista, anclado en la relación sujeto-objeto; dicha epistemología ha "encasillado" al derecho en axiomas, postulando un formalismo ético, una ética de reglas.*

10. *La abolición del esquema sujeto-objeto del método y su transformación en una interpretación ontológica-sustancial, con la idea del círculo hermenéutico, que la tomamos del padre de la hermenéutica moderna, Hans-Georg Gadamer, a través del cual refiere al cambio de expectativa, en la cual el texto normativo de una regla moral o positiva, se recoge en la unidad de una referencia de sentido, entero distinta a la que se había establecido desde la invención del derecho moderno con su propuesta axiomatizante en procesos lógicos y subsuntivos.*

Karl Engisch habla de una "continua interacción", de un *ir y venir de la mirada* entre la norma y el hecho de una realidad concreta, es decir: elaborar concretas proposiciones jurídicas en relación con el contenido de hecho, y su construcción en relación con la norma.

11. La comprobación de la aplicación práctica del círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica, se desarrolló en el *Caso Radilla Pacheco* y su cumplimiento en el expediente *Varios 912/2010*; en donde se realizó una interpretación conforme, y a la vez, la inaplicación de un artículo inconveniente (13 de la CPEUM y 57, fracción II, del Código de Justicia Militar mexicano, respectivamente).

12. El derecho como sistema de principios resulta fundamental para la hermenéutica, en la doctrina de autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza, Carlos S. Nino y Rodolfo L. Vi-

go, quienes han dilucidado ese *cambio de paradigma en la transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, con la finalidad de configurar un esquema *hermenéutico-filosófico* de fundamentación moral, principalmente de las resoluciones judiciales, fundamentadas principalmente en el razonamiento práctico de los principios que en el formalismo de las reglas que ha establecido el positivismo jurídico.

13. La hermenéutica iusfundamental que proponemos, se basa en *los principios como bienes humanos básicos reconocidos en la norma de derecho fundamental, en términos de la doctrina neoiusnaturalista de John Finnis*.

En este punto resulta fundamental, la existencia de coincidencias entre Finnis y Gadamer, cuando en *Verdad y Método* alude de manera específica al tipo de derecho natural racionalista, al que nos referimos con nuestra crítica a una interpretación “fiscalista” de la ley natural; en iguales términos Finnis nos previene de las erróneas interpretaciones de dicha ley.

14. El nuevo sistema jurídico de los derechos humanos presupone la implementación de un sistema jurídico multinivel bajo la concepción de la hermenéutica, como un sistema complejo de sinergias normativas y diálogos jurisprudenciales entre tribunales: una *Constitución convencionalizada* que presupone el derrumbe de la pirámide kelseniana.

15. Las paradojas que plantean los problemas entre derechos fundamentales y su interpretación, parecen irresolubles bajo el esquema monológico de la metodología jurídica del positivismo, que se realiza a la luz del *sistema jurídico piramidal kelseniano*.

16. La escala de autorización de actos y sus zonas normativas, bajo el esquema kelseniano, son en sí mismas piramidales y sucesivas, en las cuales no puede existir un esquema de coordinación; al contrario del esquema dialógico del círculo hermenéutico, que se gesta en el control de constitucionalidad-convencionalidad, en el cual, la Constitución y tratados internacionales se encuentra al mismo nivel, bajo esquemas dialógicos de coordinación normativa.

17. Los casos de Alexy y Dworkin tratados en la tesis, reflejan la naturaleza del juicio de razón práctica de una hermenéutica y argumentación jurídica de carácter prudencial: en la ponderación de principios *no existe una medición exacta*; sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, el juicio de *deber ser* al que apela los principios.

18. *El principio de proporcionalidad es la hermenéutica de motivación y justificación de las sentencias constitucionales, a través de la cual se realiza un test de razonabilidad de las restricciones a los derechos fundamentales en leyes o actos del poder público, se dirimen conflictos entre derechos o se establecen categorías legislativas que distinguen entre personas o situaciones; para lo cual se analiza su constitucionalidad a la luz de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.*

19. El *principio de proporcionalidad*, se aleja bastante de las posturas

positivistas, de que la ponderación constituye un procedimiento intuitivo, voluntarista, decisionista o en todo caso irracional, para restarle fundamento justificatorio al momento de emitir la decisión en la que se valoran principios de derecho fundamental.

20. La *hermenéutica y el contenido esencial de los derechos fundamentales*, cuestionan a la doctrina contemporánea que no se trate de manera profunda sobre la dimensión institucional de los derechos fundamentales; termina reduciendo el contenido esencial con el principio de proporcionalidad.

21. El conflictivismo ignora la indisponibilidad del contenido esencial de los derechos como un parámetro objetivo de interpretación; el principio de proporcionalidad y sus tres sub principios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), deben partir de conceptos circunstanciados para la adecuada concreción de los elementos materiales de los bienes humanos que protegen las disposiciones de derecho fundamental.

22. En la *Hermenéutica* como concreción, propusimos la metáfora de la *balanza de la justicia ponderativa*, que considera que el sistema jurídico de los derechos fundamentales, solo puede ser interpretado bajo el esquema hermenéutico; entre Constitución y tratados internacionales, no solamente debe existir una *movilidad normativa*; sino que esa “jerarquía móvil” también sea susceptible de acoplarse, a las fundamentaciones racionales que se dinamicen en una *movilidad argumentativa*.

23. Los paradigmas interpretativos de las normas de derecho fundamental contemporáneos de Konrad Hesse, ha sido la más importante influencia que haya tenido la doctrina constitucional, para traducir el contenido material de los derechos fundamentales; los *principios de la interpretación constitucional*, se encuentran vinculados de forma decisiva por la hermenéutica moderna de Gadamer, con fundamento en *Verdad y Método*.

24. *Robert Alexy formula la ponderación, con influencia en el principio de concordancia práctica de Konrad Hesse, sin hacer referencia a la hermenéutica de Gadamer; resulta que la ponderación tiene un fundamento más hermenéutico que discursivo.*

25. La analogía es el “método” arquetípico de la hermenéutica; es una directiva interpretativa de los contenidos de valor de los derechos fundamentales, y por ende, la forma más adecuada de resolverlos, bajo una ponderación no conflictivista.

26. *El principal problema de la interpretación constitucional, es la elección de la directiva hermenéutica adecuada para resolver un caso; devela que el conocimiento de los conflictos entre derechos, es imposible reducirlos a ecuaciones o fórmulas algorítmicas que de forma previa y a través de un procedimiento lógico, consensual o intersubjetivo, de los que se obtengan todas las respuestas “correctas”.*

27. La hermenéutica no propone desechar los métodos de interpretación clásicos como el deductivo, inductivo y abductivo, tampoco los métodos contemporáneos de la ponderación, proporcionalidad, contenido esen-

cial y concreción; sino su complementación y combinación armónica para obtener la mejor respuesta a la luz de la analogía de casos.

28. *La analogía constituye el tercer método en Robert Alexy*, pues cuando vuelve la mirada sobre los “casos”, plantea si las operaciones básicas en el derecho son dos o tres; es decir, la subsunción y la ponderación, o si además debe ser incluida la *analogía en tanto comparación de casos*.

2. CONCLUSIONES PARTICULARES

1) Hipótesis (elemento objetivo)

1. Las constituciones de la segunda posguerra, han sido algunas manifestaciones por las cuales se ha comprobado de manera fehaciente, que el derecho ha dado un *giro paradigmático* en la forma de interpretarlo y aplicarlo, con la inclusión de una nómina muy nutrida de derechos fundamentales y con el respectivo control de la constitucionalidad de los actos y leyes del poder público para defender la supremacía constitucional.

2. La doctrina contemporánea del derecho constitucional como el *neo-constitucionalismo* se ha centrado en que el derecho no sólo es un sistema jurídico que contiene reglas, sino que contempla una serie de principios que hacen que el derecho se abra de forma necesaria a los valores y exigencias de la moralidad y la justicia; sin embargo, incurre en muchas ocasiones en cierto escepticismo por el tipo de ética que adopta, de carácter procedimental o consensual.

3. El derecho natural también ha incurrido en algunas confusiones al momento al seguir sosteniendo en algunas de sus versiones la falacia naturalista; el *iusnaturalismo fisicalista*, de manera injustificada establece deberes a partir de una interpretación legalista de la ley natural con la descripción del ser en la naturaleza humana o en la metafísica, sin atender a las circunstancias del acto moral (singularidad) y al acto constitutivo autónomo de conocer los bienes humanos de forma directa (objetividad de la razón práctica).

Conclusiones

A) Si bien, el iusnaturalismo y el positivismo, coinciden en la inviabilidad de proponer un método o métodos de interpretación a través de los cuales se resuelvan todos los problemas jurídicos; la hermenéutica proyecta un modelo epistemológico que trasciende del conocimiento lineal sujeto-objeto, de la metodología de la modernidad, y en consecuencia, consolida una *ontología fenomenológica de la interpretación*: la experiencia radical del conocimiento directo de los bienes humanos.

B) La aceptación de la conclusión anterior, nos lleva a replantear que lejos de sostener un método o métodos de interpretación, la hermenéutica propone que en toda interpretación resulta ineludible sostener una filoso-

fía práctica y prudencial en la elección del método interpretativo; en la que se advierta la *negación o afirmación de un cognitivismo ético* en cuanto a la traducción de los contenidos de valor de las normas de derecho fundamental por el operador jurídico.

Previsiones a las conclusiones

Una vez que concluimos que existe la imposibilidad de un método de interpretación que proporcione todas las respuestas, es necesario sostener dos premisas fundamentales al positivismo jurídico y al iusnaturalismo “fiscalista” en relación con las deficientes e incongruentes interpretaciones de los derechos fundamentales.

A) La *prevención al positivismo jurídico*, es que no basta aceptar que no exista un método único para interpretar las normas jurídicas, sino que la interpretación jurídica no puede derivar en una *asignación de significados de manera subjetiva y arbitraria* desde una filosofía analítica centrada en el escepticismo ético; sino que en la interpretación constitucional, la intencionalidad del hermeneuta debe estar vinculada a la *objetividad de los bienes humanos que protegen las normas de derecho fundamental*.

B) La *prevención de la hermenéutica con el iusnaturalismo*, es que para la hermenéutica no es conveniente reincidir en la *falacia iusnaturalista*; la adecuación mecánica entre ley natural con la metafísica o la naturaleza humana deriva en el *iusnaturalismo fiscalista*, que de manera injustificada establece deberes desde el ser abstracto del hombre y la aplicación de la ley natural sin atender a las circunstancias: la hermenéutica plantea la *singularidad de la razón práctica, en el conocimiento de la verdad por experiencia radical e intencional, en el acceso directo a los bienes humanos, per se nota; no para su demostración o adecuación deductivista, sino para su “mostración”, su develamiento*.

Por lo anterior, el “método” interpretativo de los derechos humanos bajo los paradigmas clásicos, han quedado desactualizados y por ende se intenta reincidir en el normativismo legalista que pregona el positivismo contemporáneo, centrado en la concepción del sistema jurídico de las normas del derecho como reglas.

4) Hipótesis (elemento subjetivo: propuesta)

1. La *Teoría hermenéutica de los derechos fundamentales*, es la doctrina que mejor explica el paradigma de la Constitución como norma jurídica operativa y vinculante de los derechos fundamentales; pues constituye una filosofía práctica y prudencial, superadora de la metodología moderna que implementa la dogmática positivista y la argumentación jurídica con fundamento en la ética discursiva de forma excluyente.

2. Se centra en un cognitivismo ético y en el análisis normativo de los bienes humanos que reconocen las normas iusfundamentales.

3. *Plantea la imposibilidad de proponer un método o métodos de interpretación que proporcionen todas las respuestas a los problemas jurídicos, sino la adecuada elección de dicho método interpretativo.*

4. La metodología jurídica de la modernidad reducía el conocimiento humano a reglas o axiomas de conducta, que condicionaban el acceso al derecho, sólo por el método científico; siendo que este debe estar vinculado con la filosofía cuando aquel no puede profundizar en cuestiones que escapen del conocimiento especulativo.

5. *El operador jurídico debe realizar un análisis integral del caso cuando devela el horizonte de comprensión de sus circunstancias fácticas y jurídicas, pues el método jurídico no puede acceder al conocimiento de los fenómenos -que parten de la realidad histórica del derecho-, solamente con la aplicación de los métodos clásicos de interpretación de las normas jurídicas, sino que es preciso su interpretación armónica con las herramientas hermenéutica contemporáneas como las estudiadas.*

6. La principal tarea de la hermenéutica es disipar dudas y malos entendidos en relación con la adecuada delimitación del derecho que se presume su “colisión” con otro derecho; pues una ponderación “no conflictivista” busca de manera coordinada la eficacia conjunta de los derechos en conflicto.

7. En la hermenéutica constitucional, ya no prevalece la norma de mayor jerarquía, sino la menor restricción y mayor beneficio a la persona humana; la Constitución ya no es la cúspide de la pirámide del sistema jurídico jerarquizado, pues ya no puede proporcionar todas las respuestas, sino que debe atender a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

8. La teoría hermenéutica propone “métodos” de solución de conflictos entre derechos fundamentales, pero no de forma privativa y excluyente (*numerus clausus*) sino que se encuentra abierta a cualquier otro método de interpretación (*numerus apertus*), como los estudiados: contenido esencial de los derechos fundamentales, ponderación, principio de proporcionalidad, concreción y analogía.

9. De las herramientas interpretativas analizadas, se advierte una pretensión hermenéutica desde la singular perspectiva de cada “método” en la cual se argumenta un derecho fundamental:

- a) En la ponderación se dilucidó que las razones que se aducen en favor de un derecho o de otro en tanto principios que *prima facie* no contienen una hipótesis de hecho; tiene como finalidad develar el razonamiento práctico del operador jurídico en la aplicación de un principio, como *juicio concreto de deber ser*, en el que se expresan las exigencias de justicia y de moralidad desde un punto de vista no conflictivista.
- b) El principio de proporcionalidad pretende legitimar una medida legislativa para restringir derechos, realizar distinciones normativas entre personas o situaciones de manera justificada, o resolver conflictos entre derechos fundamentales; para lo cual se ana-

liza su constitucionalidad a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, todo lo anterior desde una pretensión de racionalidad en la solución del conflicto debidamente justificada y rechazar la mera determinación subjetiva del juzgador en ese tipo de casos.

- c) En el *contenido esencial de los derechos fundamentales*, cuando se advierte la existencia de un *núcleo indisponible* del mismo, así como la pretensión de que en función de su adecuada delimitación conceptual, se logren armonizar los derechos que se presumen en conflicto.
- d) La concreción por su parte, dilucidó la forma en la cual sean ponderados derechos de tal manera que ninguno de ellos sea sacrificado en beneficio de otro; procurando siempre que cada derecho conserve su entidad y a la vez, sean observados de manera conjunta, para lo cual adoptamos la doctrina de Konrad Hesse del principio de *concordancia práctica*.
- e) En la analogía pudimos advertir cómo método arquetípico de la hermenéutica, la existencia de puntos de comparación y equiparación, así como la aplicación de una red de casos similares, a través de los cuales se puede resolver de la mejor manera un conflicto entre derechos.

10. La analogía se presenta como la forma más adecuada para interpretar normas iusfundamentales, a través de la cual la hermenéutica puede justificar de manera racional los límites y contenidos de los derechos fundamentales; en combinación con los demás métodos interpretativos aplicables (contenido esencial de los derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, concreción, incluyendo los métodos clásicos de interpretación, entre otros).

11. La hermenéutica utiliza la comparación y la equiparación de las normas con el caso particular, así como en la articulación de una red de casos –como lo propone el diálogo jurisprudencial–, para concretar los bienes humanos que prima facie se encuentran en conflicto. En ese sentido, *la analogía es el “método” arquetípico de la hermenéutica*.

12. Por todo lo anterior concluimos que *la hermenéutica jurídica no es un método de interpretación, sino una filosofía práctica y prudencial con pretensiones teóricas, por la cual el operador jurídico realiza un análisis del caso que devela el horizonte de comprensión, tanto de sus circunstancias fácticas como jurídicas, para la adecuada elección del método o métodos de interpretación de los textos legales, principalmente de las normas de derecho fundamental; con la finalidad de que la decisión jurídica cumpla con una exigencia de corrección tanto formal como material, así como la eficacia conjunta de los derechos que se presumen en colisión*.

BIBLIOGRAFÍA

- A.A., *El Postscript de H.L.A. Hart. Nueve ensayos*, Ara, Perú, 2010.
- ADORNO, Theodor W., *Dialéctica negativa*, 1ª reimp., versión castellana de José María Ripalda, Taurus, Madrid, 1984.
- ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (eds.), *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Colección: Textos y Documentos nº 18, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 4º reimp., trad. de los autores, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo” en *Revista de derecho*, VOL. XXIII - nº 1 - Julio 2010.
- ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2012.
- _____, “¿Entre positivismo y no positivismo? Tercera réplica a Eugenio Bulygin” y BULYGIN, Eugenio “Alexy entre el positivismo y el no positivismo” en FERRER BELTRÁN, Jordi, *et. al.* (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Marcial Pons. Madrid, 2012;
- _____, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 11-29.
- _____, “Two or Three?”, en BOROWSKI, Martin (ed.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 119, 2010, pp. 9-18.
- _____, *La institucionalización de la justicia*, trads. J.A. Seoane, E.R. Soderó y P. Rodríguez, ed. J.A. Seoane, 2ª ed. Ampliada, Comares, Granada, 2010.
- _____, *La institucionalización de la justicia*, trads. J.A. Seoane, E.R. Soderó y P. Rodríguez, ed. J.A. Seoane, 2ª ed. Ampliada, Comares, Granada, 2010.
- _____, “The Construction of Constitutional Rights” en *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, núm. 1, art. 2, abril de 2010.
- _____, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en CARBONELL, Miguel, *El canon neoconstitucional*, *op. cit.*
- _____, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14.

- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. en español, 1ª reimp., trad. y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- _____, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- _____, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- _____, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., 3ª reimp., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- _____, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, 1ª reimp., Fontamara, México, 2007.
- _____, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- _____, *et. al.*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, ed., trad. y estudio preliminar Hernán Bouvier *et. al.*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- _____, “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, T. I.
- _____, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral” en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 2006.
- _____, *La institucionalización de la justicia*, trads. J.A. Seoane, E.R. Soderó y P. Rodríguez, ed. J.A. Seoane, Comares, Granada, 2005.
- _____, “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, T. I.
- _____, “Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung”, en NEUMANN, Ulfrid, HASSEMER, Winfried, y SCHROTH, Ulrich, *Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, ARSP-Beiheft 100, Stuttgart, Nomos Verlagsgesellschaft 2005, pp. 47-66.
- _____, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005.
- _____, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality” en *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 2 June 2003, pp. 131-140.
- _____, “On balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, art. 1, diciembre de 2003.
- _____, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- _____, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Derecho y moral*, 1ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2003;
- _____, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, 2002, pp. 13-64

- _____, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 66, 2002, pp. 13-64.
- _____, *La pretensión de corrección en el derecho, La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, 1ª reimp., trad. y estudio preliminar Paula Gaido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- _____, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ALEINIKOFF, Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, trad. Jimena Aliaga Gamarra, estudio preliminar y revisión Carlos Bernal Pulido, Palestra, Lima, 2010.
- ALFEN DA SILVA, Kelly Susane, *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*, trad. Humberto Orduz Maldonado, Temis, Bogotá, 2006.
- ALMOGUERA CARRERES, Joaquín, “Kelsen y Luhmann” en RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, pról. Francisco Rubio Llorente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2014; A.A. V.V., XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXANDER, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México, 2006.
- AQUINO, Tomas de, *Summa Teológica*, I-II.
- _____, *Summa Teológica*, II-II
- ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, 2ª reimp., Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, Bogotá, 2004.
- ARENDRT, Hannah, *Eichmann y el holocausto*, trad. Carlos Ribalta, Taurus, México, 2012.
- _____, *Eichmann en Jerusalén*, 4ª ed., trad. Carlos Ribalta, Debolsillo, Barcelona, 2009.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- ATIENZA, Manuel, “V. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista” en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017.
- _____, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

- _____, “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho” en LIFANTE VIDAL, Isabel, *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra, Lima, 2010.
- _____, *Las razones del derecho*, 3ª reimp., UNAM, México, 2008.
- _____, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- _____, *Entrevista a Robert Alexy*, en *Doxa* núm. 24, Alicante, 2001, pp. 671-683.
- _____, *Entrevista a Robert Alexy*, en *Doxa* núm. 24, Alicante, 2001, pp. 671-683.
- _____, *Derecho y argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- _____, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.
- ARAGÓN REYES, Manuel, “Introducción: Constitución y Derecho Constitucional” en *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima, 2012.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2009.
- ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 2005.
- AYALA CARAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Porrúa – IMDPC, México, 2013.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel “Epilogo, Konrad Hesse en el siglo XXI” en HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*
- BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- _____, *Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- _____, “Estudio introductorio”, en COTTA, Sergio, *Itinerarios humanos del derecho*, 2a. ed., Pamplona, EUNSA, 1978.
- BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, SCJN, 2009.
- BARROS BOURIE, Enrique, “Estudio preliminar” en KAUFMANN, Arthur, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*, trad. y estudio preliminar de Enrique Barros Bourie, Jurídica de Chile, Santiago, 1976.
- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2013.
- BAUDRILLARD, Jean, *La guerra del Golfo no ha tenido lugar*, trad. Thomas Kauf, Anagrama, Barcelona, 1991.
- BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18/2º Semestre, 2011.
- BAZÁN, Víctor “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad” y FERRER MC-GREGOR, Eduardo “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo para-

- digma para el juez mexicano” en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012.
- BEADE, Gustavo A. y CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en FLORES SALDAÑA, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, *op. cit.*
- _____, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- _____, *El derecho de los derechos*, 5ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- _____, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- _____, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo” en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, *op. cit.*
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, *El derecho como sistema de actos de habla. Elementos para una teoría comunicativa del derecho*, Porrúa – Facultad de derecho UNAM, México, 2010.
- BEUCHOT, Mauricio, “La ley natural como fundamentación filosófica de los derechos humanos: Hermenéutica analógica y ontología” en *Veritas*, Valparaíso, núm. 25, sept., 2011, pp. 27-37.
- _____, *Historia de la filosofía en la posmodernidad*, 2ª ed., Torres, México, 2009, p. 8
- _____, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 4º ed., UNAM-ITACA, México, 2009.
- _____, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.
- BEUCHOT, Mauricio y ARENAS-DOLZ, Francisco, *Hermenéutica de la encrucijada. Analogía, retórica y filosofía*, epílogo de Gianni Vattimo, Anthropos, 2008.
- BIANCHI, Alberto B. “Las llamadas “libertades preferidas” en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina” en *Régimen de la Administración Pública*, núm. 146, Año 13, 1991, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, pp. 7-49.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. Jorge Guerrero R., Bogotá, Temis, 2010.
- _____, *El problema del positivismo jurídico*, 9ª reimp., trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2007.

- _____, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Madrid, Debate, 1993.
- BOYLE, Joseph, "Natural Law and the Ethics of Traditions", en GEORGE, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- BÖKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. y prólogo de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.
- _____, "Sobre el derecho y el Estado, Una conversación con el profesor E.-W. Bökenförde, realizada por José Juan González Encinar", en *Anuario de Derecho Constitucional y parlamentario*, núm. 7, 1995,
- _____, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Pról. Francisco J. Bastida, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Nomos Verl.-Ges, 1993.
- BOUVIER, Hernán, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BRICMONT, Jean y SOKAL, Alan, *Imposturas intelectuales*, Paidós, Barcelona, 1999.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, Porrúa - IMDPC, México, 2011.
- CALSAMIGLIA, A., "El neiusnaturalismo de Dworkin" en "Ensayo sobre Dworkin", DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit.
- CAMPO JIMÉNEZ, Javier, "El legislador de los derechos fundamentales" en *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993.
- CAMUS, Albert, *El mito de Sísifo*, 5º reimp., trad. Luis Echávarri, Alianza, Barcelona, 1995.
- CANARIS Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, trad. Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La analogía. Derecho y lógica*, Bosch, España, 2012.
- CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación y garantías constitucionales*, Porrúa-IMDPC, México, 2013.
- _____, *Interpretación constitucional y fórmula política*, pról. Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- _____, "Verborrea e incultura constitucional" en *Nexos en línea*, febrero 2012; consultable en:
<http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2102550>
- _____, (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- _____, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Ensayos escogidos, Trotta, Madrid, 2007.

- _____, El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- _____, *Neoconstitucionalismo (s)*, 2° ed., Trotta, Madrid, 2005.
- CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Trotta, Madrid, 2010 (existe una versión de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010).
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo*, UNAM-Trotta, Madrid, 2005
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139 (enero-abril), 2014, pp. 65-100.
- CARLIZZI, Gaetano, “Gustav Radbruch e le origini di H'ermeneutica giuridica contemporanea” en *Persona y Derecho*, Vol. 64, año 2011-1.
- CARPINTERO, Francisco, “¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?” en *Persona y derecho*, vol. 67, 2012-2, pp. 315-352.
- _____, La “Adequatio hermeneutica” en Tomás de Aquino” en *Revista Philosophica*, Vol. 35, Semestre I, 2009) Valparaíso, pp. 95-120.
- _____, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
- CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004.
- CARPISO, Enrique, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, Porrúa-IMDPC, México, 2009.
- CASTAÑEDA Y G. Daniel H., *Filosofía de la jurisprudencia. La recuperación del caso en la vida del derecho*, Porrúa – Universidad Panamericana, México, 2007.
- CASTILLEJOS RODRÍGUEZ, Francisco Javier, *La ratio iuris en la era de la postmetafísica. Jürgen Habermas y la nueva fundamentación teórico-discursiva de la filosofía del derecho*, Universidad Autónoma Metropolitana – Tirant Humanidades, México, 2014.
- CASTILLO VEGAS, Juan, “Los errores puros de Kelsen” en RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, *op. cit.*
- CEA EGAÑA, José Luis, “Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Número 51, UNAM, México, 2005.
- CLÉRICO, Laura “Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?” en *Isonomía*, núm. 37, octubre 2012, pp. 113-145.
- _____, “Los casos en el modelo de la ponderación orientado por reglas. El modelo alexyano de la ponderación en comparación con el modelo “es-

- pecificacionista” de Moreso”, en BERNAL, Carlos (ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra, Lima, 2011.
- _____, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- CRUZ, Roberto, *La primera hermenéutica: El origen de la filosofía y los orígenes en Grecia*, Herder – Universidad Iberoamericana, México, 2005.
- CIANCIARDO, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad” en FLORES SALDAÑA, Antonio (Coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit.
- _____, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2009.
- _____, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906.
- _____, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, prólogo de Pedro Serna, EUNSA, Navarra, 2000.
- COFRE, Juan O., “Kelsen, el formalismo y el ‘Círculo de Viena’”, *Revista de derecho (Valdivia)*, dic. 1995, vol.6.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico” en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- CONILL SANCHO, Jesús, *Ética hermenéutica. Crítica desde la facticidad*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- CORTINA, Adela, *Ética sin moral*, 8º ed., Tecnos, Madrid, 2008.
- CORREAS, Oscar (comp.), *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989.
- COTTA, Sergio, *El derecho en la existencia humana. Principios de ontología jurídica*, trad. Ismael Peidro Pastor, EUNSA, Pamplona, 1987.
- _____, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, trad. Antonio Fernández Galiano, CEURA, Madrid, 1987.
- _____, “La coexistencialidad ontológica como fundamento del Derecho” en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N°. 9, 1982 (Ejemplar dedicado a: Fundamentación ontológica del Derecho).
- CRUZ, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Porrúa, México, 2006.
- _____, *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro “La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse”, en HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, op. cit.
- _____, “La recepción de la Ley Fundamental de Bonn”, en *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, núm. 1, 1989, pp. 65-90.

- CHEVALLIER, Jacques, *El Estado posmoderno*, trad. Oswaldo Pérez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- D'AGOSTINO, Francesco "Hermenéutica y derecho natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica" en RABBI-BALDI, Renato (coord.) *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo*, 2ª ed., Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2008.
- _____, *Filosofía del derecho*, Temis – Universidad de la Sabana, Bogotá, 2007, pp. 148-149.
- DAWKINS, Richard, "Just for hits" en *You Tube*, publicado el 22 de junio de 2013: "Evolutionary biologist Richard Dawkins introduces the Saatchi & Saatchi New Directors' Showcase 2013 in Cannes and spreads his memes". Consultado el 7 de Julio de 2016 en la siguiente liga: <https://www.youtube.com/watch?v=GFn-ixX9edg>
- _____, *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, trad. Juana Robles Suárez, Salvat, Barcelona, 1993.
- DEL ROSARIO RODRIGUEZ, Marcos (coord.), *Nuevas tendencias del constitucionalismo en la actualidad*, prólogo Manuel González Oropeza, Ubi-jus, México, 2013.
- DELGADO BARRIO, Javier y VIGO, Rodolfo L., *Sobre los principios jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- DESCARTES, René, *Discurso del método*, 22º ed., estudio introductorio, análisis de las obras y notas al texto por Francisco Larroyo, Porrúa, México, 2008.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2009.
- _____, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel, "¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea" en *Revista de Administración pública*, N° 170, 2006, pp. 389-425.
- DOMINGO MORATALLA, Agustín, *El arte de poder no tener razón*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1991.
- DWORKIN, Ronald, *La religión sin Dios*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- _____, *Religion without Good*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2013.
- _____, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, 3ª reimp., trad. Claudia Ferrari, revisión técnica Ernesto Abril, Gedisa, Barcelona, 2008.

- _____, *Los derechos en serio*, 5ª reimp., trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, p. 72.
- _____, “El derecho como interpretación” en DOMÍNGUEZ CAPARRÓS, José (comp.), *Hermenéutica*, Arco, Madrid, 1997, p. 205.
- _____, “Natural law revisited”, en *University of law review*, 1982, vol. XXXIV, pp. 165-188.
- _____, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978.
- ELSNER, Gisela, et. Al., “Prólogo” de *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Konrad-Adenauer-Stiftung, México, 2009.
- ELLSCHIED, Günter, “El problema del derecho natural. Una orientación sistemática”, en KAUFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried (coords.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. Gregorio Robles, Debate, Madrid, 1992, p. 149.
- ENGISCH, Karl, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Comares, Granada, 2004.
- ESQUIVEL ESTRADA, Noé Héctor, *Trazos para una ética hermenéutica en la vida y obra de Hans-Georg Gadamer*, UAEM-Torres, México, 2012.
- ETCHEVERRY, Juan B., “Presentación” a *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, UNAM – IIJ, México, 2013.
- _____, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente, Un estado de la cuestión*, UNAM, México, 2006.
- ETCHEVERRY, Juan B. y SERNA, Pedro, *El caballo de Troya del positivismo jurídico, Estudios críticos sobre el inclusive legal positivism*, Comares, Granada, 2010
- FALCON Y TELLA, María José, *El argumento analógico en el derecho*, Civitas, Madrid, 1991.
- FARÍAS, Víctor, *Heidegger y el nazismo*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica-Akal, México, 1998.
- FAVOREU, Louis, et., al., *Bloque de constitucionalidad (Simposium Franco-Español de Derecho Constitucional)*, Civitas, Sevilla, 1991.
- _____, “El bloque de la constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, enero-marzo 1990, núm. 5.
- FAYE, Emmanuel, *Heidegger. La introducción del nazismo en la filosofía. En torno a los seminarios inéditos de 1933-1935*, trad. Oscar Moro Abadía, Akal, Madrid, 2009.
- FEHER, Eduardo Luis, “Hans Kelsen frente al régimen nazi” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 259, enero-Junio, 2013.
- FEINMANN, José Pablo, “Hegel, el sujeto absoluto y la consolidación de la burguesía europea” en *Filosofía Aquí y Ahora I, encuentro 6*, [Programa audiovisual] Canal Encuentro del Ministerio de Educación de la República de Argentina, Proyecto de la Sociedad del Estado Educ.art, consultable en línea: <http://www.encuentro.gov.ar>

- _____, “Heidegger y el nazismo” en *Filosofía Aquí y Ahora II, encuentro 5*, [Programa audiovisual] Canal Encuentro del Ministerio de Educación de la República de Argentina, Proyecto de la Sociedad del Estado Educ.art, consultable en línea: <http://www.encuentro.gov.ar>
- FERRARIS, Maurizio, *Historia de la hermenéutica*, 3ª reimp., trad. Armando Perea Cortés, Siglo XXI, México, 2010.
- _____, *La hermenéutica*, trad. Lázaro Sanz, Cristiandad, Madrid, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Un debate sobre constitucionalismo. Monográfico revista Doxa*, núm. 34, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- _____, et. al., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010;
- _____, “Principia iuris. Una distinción teórica”, en AA. VV., *Derecho y democracia constitucional, Una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli*, Ara, Lima, 2011.
- _____, “La esfera de lo indecible y la división de poderes” en *Estudios Constitucionales*, Año 6, No 1, 2008, pp. 337-343.
- _____, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, op. cit., pp. 13-29.
- FERRER BELTRÁN, Jordi y RATTI, Giovanni B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, et. al., *Derechos humanos en la constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, SCJN – UNAM – IIJ - Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013, 2 tomos.
- _____, *El control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, LXI Legislatura Cámara de Diputados - Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, (Serie Azul), México, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2008.
- FEYERABEND, Paul, *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, trad. Diego Ribes, Tecnos, Madrid, 1989.
- FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., Voz: *horror vacui* en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, et. Al., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, PJF – CJF – UNAM – IIJ, México, 2014, tomo II.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, 1º reimp., trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2007.
- FINNIS, John, “Is and ought in Aquinas” en *Reason in action. Collected essays volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

- _____, *Religion and public reasons: Collected essays volume V*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- _____, *Ley natural y derechos naturales*, trad. y estudio preliminar Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- _____, “Derecho natural y razonamiento jurídico” en *Persona y derecho*, núm. 33, Pamplona, 1995.
- FLORES SALDAÑA, Antonio, “Introducción a la hermenéutica constitucional de los derechos humanos: *hermenéutica convencional*” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, Tirant lo Blanch – Universidad Panamericana Guadalajara, México, 2016.
- _____, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014.
- _____, “El paradigma de la Constitución ¿Neoconstitucionalismo procedimental o sustancial?” en FLORES SALDAÑA, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch – Universidad Panamericana Guadalajara, México, 2013.
- _____, *El nacimiento de la hermenéutica jurídica: Heidegger, Gadamer y el develamiento del ser en el derecho, pro manuscrito*.
- FORSTHOFF, Ernst, “Los tribunales” en *El Estado de la sociedad industrial. El modelo de la República Federal de Alemania*, trad. Jaime Nicolás Muñiz y Luis López Guerra, estudio introductorio Jaime Nicolás Muñiz, epílogo Luis López Guerra, Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- _____, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2ª ed., Munich 1971; FORSTHOFF, Ernst “Zur heutigen Situation der Verfassungsinterpretation” en H. Barion/E. W. Böckenförde/E. Forsthoff/W. Weber (eds.), *Epirrhosis*, Festg. f C. Schmitt, Berlín 1968; FORSTHOFF, Ernst, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, p. 47, *cit. por* ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y Método*, trads. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, 12ª ed., Sígueme, Salamanca, 2007.
- _____, “La idea de la filosofía práctica”, en *El giro hermenéutico*, 3ª ed., trad. A. Parada, Cátedra, Madrid, 2007.
- _____, “Texto e interpretación” (1984) en *Verdad y Método II*, trad. Manuel Olasagasti, 7ª ed., Sígueme, Salamanca, 2006.
- _____, “Hermenéutica (1969)” en *Verdad y Método II, op. cit.*
- _____, “La hermética como tarea teórica y práctica (1978)” en *Verdad y Método II, op. cit.*
- _____, “Autopresentación de Hans-Georg Gadamer (1977)” en *Verdad y Método II, op. cit.*
- _____, “Réplica a Hermenéutica y crítica de la ideología (1971)” en *Verdad y método II, op. cit.*

- _____, “Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a Verdad y método I (1967)” en *Verdad y método II, op. cit.*
- _____, “La universalidad del problema hermenéutico (1966)”, *Verdad y método II, op. cit.*
- _____, “La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas (1960)” en *Verdad y método II, op. cit.*
- _____, “La verdad de la obra de arte” en *Los caminos de Heidegger*, trad. de Ángela Ackermann Pilári, Herder, Barcelona, 2002.
- _____, “Sobre la posibilidad de una ética Filosófica” (1963) en *Antología*, Sígueme, Salamanca, 2001.
- _____, *¿Quién soy yo y quien eres tú? Comentario a “Cristal de aliento” de Paul Celan*, trad. Adan Kovacsis, Herder, Barcelona, 1999.
- _____, *La herencia de Europa. Ensayos*, trad. de Pilar Giralt Gorina y presentación de Emilio Lledó, Península, Barcelona, 1990.
- GALÁN VÉLEZ, Francisco Vicente, *Una metafísica para tiempos posmetafísicos. La propuesta de Bernard Lonergan de una metametodología*, Universidad Iberoamericana, México, 2015.
- GAMBRA, José Miguel, *La analogía en general*, Eunsa, Pamplona, 2002.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo” en CARBONELL, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, op. cit.*
- _____, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, 1991.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Encuentros y Desencuentros en torno al Derecho Procesal Constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Sexagésimo Aniversario, número conmemorativo 1948-2008, UNAM, México, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en el prólogo a VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, prólogo de Eduardo García de Enterría, traducción de Luis Díez Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- _____, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 2006.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.
- _____, “Constitucionalismo y positivismo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 18, núm. 54, Septiembre-Diciembre, 1998.
- GARCÍA GÓMEZ-HERAS, José, *Ética y hermenéutica. Ensayo sobre la construcción moral del “mundo de la vida” cotidiana*, Biblioteca Nueva, 2000.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción” en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Trotta, Madrid, 2010.

- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo en "Presentación" a ALEXY, Robert, *et. al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Ricardo García Manrique (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*, Coyoacán, México, 2011.
- _____, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 5ª reimp., Fontamara, México, 2007.
- GARCÍA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, (comp.), "Introducción", en *Derecho y Filosofía*, 4ª reimp., Fontamara, México, 2008.
- _____, "Consenso, racionalidad y legitimidad" en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1993.
- GARRIDO, Manuel "Nota bio-bibliográfica" en HEIDEGGER, Martin, *Tiempo y ser*, 5ª ed., Introducción de Manuel Garrido, trad. de Manuel Garrido, José Luis Molinuevo y Félix Duque, Tecnos, Madrid, 2011.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín "La recepción de la doctrina aristotélica sobre el derecho natural en el comentario de la *Ética a Nicómaco* de Tomás de Aquino" en *Anuario Filosófico*, 1999 (32).
- _____, "La "is/ought question" y el valor del argumento de la perversión de las facultades naturales", en *Persona y Derecho*, núm. 29, 1993.
- GASCÓN ABELLAN, Marina, "La teoría general del garantismo", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo*, UNAM-Trotta, Madrid, 2005.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2005.
- GEIGER, Theodor, *Estudios de Sociología del Derecho*, trads. Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- GEORGE, Robert P., "Kelsen y el derecho natural" en *Entre el derecho y la moral*, trad. Pedro José Izquierdo Franco e introducción de Sherif Giris, Porrúa, México, 2010.
- _____, *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- GNOLI, Antonio y VOLPI Franco, "Entrevista con Hans-Georg Gadamer: el último filósofo" en *Letras libres*, núm. 26, febrero 2001.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

- GONZÁLEZ GALINDO, Gustavo, *La ponderación de los derechos fundamentales. Estudio de las colisiones derivadas de manifestaciones públicas*, México, Porrúa, 2013.
- GONZÁLEZ PASCUA, Maribel, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad humana, 2ª ed.*, Civitas-Thomson, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Las paradojas de la acción. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del derecho y de la filosofía, 2ª ed.*, Prólogo de Manuel Atienza, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*, Novum, México, 2011.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política, 9º ed.*, Porrúa, México, 1995.
- GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales. "Las Constituciones de entonces y o son las mismas"*, prolog. de Pablo Pérez Tremps, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- GRAU, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.
- GRONDIN, Jean, *A la escucha del sentido. Conversaciones con Marc-Antoine Vallé*, trad. Maria Pons Irazazábal, Herder, Barcelona, 2014.
- _____, *¿Qué es la hermenéutica?*, trad. de Antoni Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2008.
- _____, *Del sentido de la vida. Un ensayo filosófico*, trad. Jorge Dávila, Herder, Barcelona, 2005.
- _____, "La fusión de horizontes. ¿La versión gadameriana de la *adaequatio rei et intellectus*?" en AGUILAR RIVERO, Mariflor y GONZÁLEZ VALERIO, María Antonia (coords.), *Gadamer y las humanidades, vol. I. Ontología, lenguaje y estética*, Facultad de Filosofía y Letras-UNAM, México, 2007.
- _____, *Introducción a la hermenéutica filosófica, 2ª ed.*, trad. Ángela Ackermann Pilári, Herder, Barcelona, 2002.
- _____, *Hans-Georg Gadamer. Una biografía*, trad. de Ángela Ackermann Pilári, Roberto Bernet y Eva Martín-Mora Herder, Barcelona, 2000.
- GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: Un siglo posmoderno*, trad. Clara Álvarez, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- GROSSI, Paolo, *Europa y el derecho*, trad. Luigi Giuliani, Crítica, Barcelona, 2008.
- _____, *Derecho, sociedad, Estado*, El Colegio de Michoacán - Escuela Libre de Derecho - Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2004, pp. 15-33.

- _____, “Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval” en *Derecho, sociedad, Estado*, *op. cit.*
- _____, “El punto y la línea (historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo)” en *Derecho, sociedad, Estado*, *op. cit.*
- _____, “La formación del jurista y la exigencia de una reflexión epistemológica innovadora” en *Derecho, sociedad, Estado*, *op. cit.*
- _____, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003.
- _____, *El orden jurídico medieval*, trads. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GUASTINI, Riccardo, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*
- _____, “Tre demande a Francesco Viola” en JORI, M. (ed.), *Ermeneutica e filosofia analítica*, Giappichelli, Turín, 1994.
- _____, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer i Beltran, Gedisa, Barcelona, 1999.
- GÜNTHER, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa 17-18*, 1995, pp. 271-302.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, trad., presentación y estudio preliminar Joaquín Braze Camazano, Dykinson, Madrid, 2003.
- _____, *Libertad, igualdad fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, prolog. Antonio López Pina, Trotta, Madrid, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, *et. al.*, *Hermano Hitler. El debate de los historiadores*, Herder, Barcelona, 2012.
- _____, “La pretensión de universalidad de la hermenéutica”, en *La lógica de las ciencias sociales*, 4ª ed., 1ª reimp., Madrid, Tecnos, 2009.
- _____, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2008.
- _____, “La modernidad, un proyecto incompleto” en HABERMAS, Jürgen, *et. al.*, *La posmodernidad*, 7º ed., trad. Jordi Fibla, edición, introducción y prólogo Hal Foster, Kairós, Barcelona, 2008.
- _____, *La ética discursiva y la cuestión de la verdad*, trad. Ramón Vilà Vernis, introducción Patrick Savidan, Barcelona, Paidós, 2003.
- _____, “¿Cómo es posible la metafísica después del historicismo?” en AA.VV., *El ser que puede ser comprendido es lenguaje. Homenaje a Hans-Georg Gadamer*, prolog. a la edición española de Antonio Gómez Ramos, Síntesis, Madrid, 2001, pp. 97-107.

- _____, *El discurso filosófico de la modernidad (Doce lecciones)*, 3ª reimp., edición de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1993.
- _____, “¿Cómo es posible la legitimidad vía legalidad?”, en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. y estudio introductorio de Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991.
- _____, *Perfiles filosófico-políticos*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1984.
- HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. Gerard Vilar Roca, introducción Fernando Vallespín, Paidós, Barcelona, 1998.
- HAMPSHIRE, Stuart, *La justicia es conflicto*, trad. Alfonso Colodrón Gómez, Siglo Veintiuno, Madrid, 2002.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, 2007.
- _____, *Post scriptum al concepto de derecho*, Editado por Bulloch, Penelope A. y Joseph Raz, Estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía por Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000.
- _____, “Positivism and the Separation of Law and Morals” en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4 (Feb., 1958), pp. 593-629.
- HASSEMER, Winfried “Hermenéutica y derecho” en *Anales de la cátedra F. Suárez*, núm. 25, 1985.
- HAWKING, Stephen W. y MLODINOW, Leonard, *El gran diseño*, Crítica, Barcelona, 2010.
- _____, *Historia del tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros*, introd. Carl Sagan, trad. Miguel Ortuño, Crítica (Grijalbo), México, 1988.
- HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C., 2ª ed., Trotta, Madrid, 2009.
- _____, *La autoafirmación de la Universidad alemana*, 3º ed., Estudio preliminar, traducción y notas de Ramón Rodríguez, Tecnos, Madrid, 2009.
- _____, *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*. Trad. de Jaime Aspiunza, Alianza, Madrid, 2008.
- _____, *¿Qué significa pensar?*, trad. Raúl Gabás Pallas, Trotta, Madrid, 2005.
- _____, *Nietzsche, Primer tomo*, trad. Juan Luis Verma, Destino, Barcelona, 2000.
- _____, *Nietzsche, Segundo tomo*, trad. Juan Luis Verma, Destino, Barcelona, 2000.
- HELLER, Hermann, *Teoría del estado*, 4ª ed., trad. L. Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 1961.
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, “El Insight de la argumentación y su proyección hermenéutica en el razonamiento jurídico”, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Hermenéutica jurídica y derechos humanos*, en prensa.

- _____, “El lenguaje jurídico y sus sentidos lógicos” en *Cuadernos de trabajo. Serie Azul. Redacción Judicial*, Instituto de la Judicatura Federal – Escuela judicial, México, núm. 1/2014.
- _____, *Argumentación jurídica*, Oxford, México, 2011.
- HERMIDA, Cristina y SANTOS, José Antonio (coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados – Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015.
- HERVADA, Javier, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en *Persona y derecho*, 1982.
- _____, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1981.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, selección y traducción Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Introducción Pedro Cruz Villalón, Epílogo Miguel Azpitarte Sánchez, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- _____, “La fuerza normativa de la Constitución” en *Escritos de Derecho Constitucional, op. cit.*
- _____, “La interpretación constitucional” en *Escritos de derecho constitucional, op. cit.*
- HORKHEIMER, Max, *Crítica de la razón instrumental*, trad. Jacobo Muñoz, Trotta, Madrid, 2002.
- HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor W., *Dialéctica de la ilustración, Fragmentos filosóficos*, 9ª ed., introducción y traducción de Juan José Sánchez, Trotta, Madrid, 2009.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, UNAM, México, 2007.
- ISENSEE, Josef, “El pueblo como fundamento de la Constitución”, *Anuario de derechos humanos*, nueva época, volumen 6, 2005, pp. 335-453.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano, Historia e instituciones*, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 1993.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2013.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- _____, “Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales” en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, Cortes Generales, Editoriales Reunidas, 1996.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *et. al.*, “Riggs contra palmer Tribunal de Apelaciones de Nueva York, 115 NY 506” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 11, 2007/2008, pp. 363-374.
- KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad, La filosofía del derecho en la posmodernidad*, trad. Luis Villar Borda, 3ª ed., Temis, Bogotá, 2007.
- _____, *Hermenéutica y derecho*, edición de Andrés Ollero y José Antonio Santos, Comares, Granada, 2007.

- _____, “La comprensión hermenéutica del método jurídico” en *Hermenéutica y derecho*, *op. cit.*
- _____, “La comprensión hermenéutica del método jurídico” en *Hermenéutica y derecho*, *op. cit.*, p. 144.
- _____, “Teoría de la justicia. Un ensayo problemático” en *Hermenéutica y derecho*, *op. cit.*
- _____, “Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho” en *Hermenéutica y derecho*, *op. cit.*
- _____, “La espiral hermenéutica” en *Hermenéutica y derecho*, *op. cit.*
- _____, *Filosofía del derecho*, trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- _____, “Concepción hermenéutica del método jurídico”, en *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, pp. 11-38.
- _____, “Qué es y cómo hacer justicia (un ensayo histórico-problemático)” en *Persona y Derecho*, núm. 15, 1986, pp. 13-30.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho, El método y los conceptos fundamentales*, trad. Luis Legaz Lacambra, Colofón, México, 2010.
- _____, *La teoría pura del derecho. El Método y los conceptos fundamentales*, trad. Luis Legaz Lacambra, Reus, Madrid, 2009.
- _____, *¿Qué es la Justicia?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, 21ª reimp., Fontamara, México, 2008.
- _____, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 12ª reimp., trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2007.
- _____, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, número 10, julio-diciembre, 2008, pp. 3-46.
- _____, *Teoría pura del derecho*, 15ª ed., trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2007.
- _____, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2001.
- _____, “La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia” en *¿Qué es justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992.
- _____, *La teoría pura del derecho. El Método y los conceptos fundamentales*, trad. Luis Legaz Lacambra, Editorial Revista de Derecho Privado de Madrid, Madrid, 1933.
- LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, 3º reimp., Fontamara, México, 2007.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2001.
- LARIGUET, Guillermo, *Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2008.
- LLAMAS GASCON, Ángel, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, pról. De Gregorio Peces-Barba Martínez, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.

- LECHTE, John, *Cincuenta pensadores contemporáneos esenciales. Del estructuralismo al posthumanismo*, 5ª ed., trad. Carmen García Trevijano, Catedra, Madrid, 2010.
- LIFANTE VIDAL, Isabel “Una crítica a un crítico del «no positivismo». a propósito de «la tesis del caso especial y el positivismo jurídico», de Alfonso García Figuerola” en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23 (2000).
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional. Homenaje a Karl Loewenstein, Tomo I: Teoría general de la hermenéutica e interpretación constitucional*, 2ª ed, 1ª reimp., colaboración de Antonio Castagno, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- LONERGAN, Bernard, *Insight, un estudio sobre el conocimiento humano*, trad. Francisco Quijano, Sigüeme, Salamanca, 2004.
- LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del derecho*, Granada, Comares, 1992, p. 74.
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996.
- LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna*, 10ª ed., trad. Mariano Antolín Rato, Catedra, Barcelona, 2008.
- LLEDÓ, Emilio “Testigo del siglo. En el 90 aniversario de Hans-Georg Gadamer” presentación a GADAMER, Hans-Georg, *La herencia de Europa. Ensayos*, trad. de Pilar Giralt Gorina y presentación de Emilio Lledó, Península, Barcelona, 1990.
- MACINTYRE, Alasdair, “Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada” en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 523-524.
- MARTÍNEZ BRETONES, Ma. Virginia, *Gustav Radbruch, Vida y obra*. UNAM, México, 2003.
- MARTÍNEZ-PLUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ-PLUJALTE, Antonio-Luis y DOMINGO, Tomas de, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional, Teoría e implicaciones prácticas*, Palestra, Lima, 2010.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- MASSINI CORREAS, Carlos I. “Iusnaturalismo Hermenéutico y Derechos Humanos” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Hermenéutica jurídica y derechos humanos*, en prensa.
- _____, *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2015.

- _____, “Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis” en ETCHEVERRY, Juan B., “Presentación” a *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, op. cit.
- _____, *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, Porrúa, México, 2008.
- _____, “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica” en *Persona y Derecho*, núm. 56, 2007.
- _____, *Ley natural y su interpretación contemporánea*, EUNSA, Pamplona, 2006
- _____, “La filosofía hermenéutica y la indisponibilidad del derecho” en *Persona y derecho*, núm. 47 (2002).
- _____, “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, en *Doxa*, 21-II, 1998.
- _____, *Filosofía del derecho I. El derecho y los derechos humanos.*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- _____, “La falacia de la “falacia naturalista”, en *Persona y Derecho*, núm. 29, 1993.
- _____, *La prudencia jurídica, Introducción a la gnoseología del derecho*, prologado por George Kalinowski, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983
- MEDINA GUERRERO, M, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MÈLICH, Joan-Carles, *La lección de Auschwitz*, Herder, Barcelona, 2004.
- MENDOZA ESCALANTE, Mijail, *Conflicto entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Palestra, Lima, 2007.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 2ª ed., 13ª reimp., trad. Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 112.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, trad. Siro García del Mazo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, tomo I.
- MONTEALEGRE, EDUARDO, *La ponderación en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- MONTOYA LONDOÑO, Mauricio, *Ética y hermenéutica: un diálogo entre Paul Ricoeur y John Rawls*, La Salle, Bogotá, 2011.
- MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- MORTATI, Constantino, *La Constitución en sentido material*, trad. y estudio preliminar de Almudena Bergareche Gros, Epílogo de Gustavo Zagrebelsky, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- MOUCHET, Carlos y ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Introducción al derecho*, 12º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s.a.

- MÜLLER, Friedrich, "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", trad. Luis Villacorta Mancebo en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Núm. 27, Septiembre-Diciembre, 1989, pp. 111-126.
- MÜLLER, Ingo, *Los juristas del horror, La "justicia" de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*, trad. Carlos Armando Figueredo Planchart, Alvaro-Nora, Bogotá, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y MUÑOZ AUNIÓN, Marta, *¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Stanley Kramer "El Juicio de Núremberg" (1961)*, Tirant lo Blanch, México, 2012.
- MUÑOZ OSORIO, Laura Valentina, "Sobre la teoría pura del derecho y la verdadera pirámide planteada por Hans Kelsen" en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, tomo LXI, núm. 256, jul-dic, 2011.
- NARVÁEZ MORA, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- NAVA GOMAR, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, Universidad Complutense-UNAM-Universidad Anáhuac Sur-Miguel Ángel Porrúa, México, 2003.
- NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, prefacio de Martin Borowski, Anthropos – Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2015.
- NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *El mito del hombre nuevo*, Encuentro, Madrid, 2009.
- NEUMAN, Ulfried, *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- NIETZSCHE, *La voluntad de poder*, pról. Dolores Castillo Mirat, trad. Aníbal Froufe, 17ª ed., Edaf, Madrid, 2009.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- _____, *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- _____, *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*, 1ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1982.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio "Una introducción al constitucionalismo posmoderno y al pluralismo constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31 n° 1, 2004.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *El derecho en teoría*, 1ª reimp., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.
- _____, "La eterna polémica del derecho natural, Bases para su superación", en *Derechos y libertades*, número 40, (Ejemplar dedicado a: Estudios en homenaje al Profesor Javier Hervada), 1999. Reeditado en OLLERO, Andrés, "La eterna polémica del derecho natural, Bases para

- su superación”, en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, UNAM, 2007.
- _____, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, presentación Javier Saldaña, UNAM, 2007.
- _____, “Estudio preliminar, Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann” en KAUFMANN, Arthur, en *Hermenéutica y derecho, op. cit.*
- _____, “La eterna polémica del Derecho Natural, Bases para su superación”, en *Derechos y libertades*, número 40, (Ejemplar dedicado a: Estudios en homenaje al Profesor Javier Hervada), 1999, pp. 89-112.
- _____, “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, en *Pensamiento y Cultura*, núm. 3, 2000, pp. 157-166.
- _____, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- _____, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- _____, “Para una teoría “jurídica” de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 35, Septiembre-Octubre 1983, pp. 103-122.
- _____, “Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino” en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, Porrúa-IMDPC, México, 2006.
- OÑATE Y ZUBÍA, Teresa, “Gadamer y los Presocraticos. La teología de la esperanza en el límite oculto de la hermenéutica” en *Éndoxa: Series Filosóficas*, núm. 20, UNED, Madrid, 2005, pp. 795-934.
- OÑATE Y ZUBÍA, Teresa, *et. al., Hans Georg Gadamer: Ontología Estética y Hermenéutica*, Dykinson, Madrid, 2005. Adjunto a la obra el video del programa “Gadamer, un maestro del siglo XX” (seis programas de Televisión Educativa de la UNED: “Voces del pensamiento”, emitidos en TVE-2 el 2003 y editados por el CEMAV de la UNED).
- ORTEGA, Luis y SIERRA, Susana de la, *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- OSUNA HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio, *Herменéutica jurídica. En torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992.
- OTTO, Ignacio De, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en DE OTTO, Ignacio y MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1988.
- PACHECO PLATAS, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Analogía de proporcionalidad*, Porrúa, México, 2005
- PAKMAN, Marcelo “Introducción” a MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, 9º reimp., edición a cargo de Marcelo Pakman, Gedisa, Barcelona, 2007.

- PALLARES YABUR, Pedro, *La configuración de lo justo*, Porrúa, México, 2007.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pp.169-190.
- PAZ, Octavio, *Huellas del peregrino*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
- _____, prefacio a *Los Hijos del limo (Del romanticismo a la vanguardia)*, Seix Barral, Barcelona, 1974.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- _____, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y de la teoría del derecho*, 4ª ed., Palestra, Lima, 2005.
- _____, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.
- PINO, Giorgio, *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Palestra, Lima, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2007.
- _____, “El juicio de ponderación constitucional” en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, op. cit.
- _____, “El juicio de ponderación”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- _____, *Ley, principios, derechos*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1998.
- _____, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, 28º ed., Porrúa, México, 1996.
- RABBI-BALDI, Renato “Enlace entre la hermenéutica filosófica y el derecho natural” en HERMIDA, Cristina y SANTOS, José Antonio (coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, op. cit.
- RACIONERO, Quintín, *Voces del Pensamiento II*, RTVE, 2002, 04:55 - 05:07.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, 9ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- _____, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en *Relativismo y Derecho*, 1ª reimp., trad. Luis Villar Borda, Temis, Bogotá, 1999.
- RAFECAS, Daniel “La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt” en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 8, número 15, 2010.

- RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.
- REALE, Giovanni, *La sabiduría antigua. Terapia para los males del hombre de hoy*. 2ª ed., trad. S. Falvino, Barcelona, Herder, 2000.
- RHONHEIMER, Martín, *Ley natural y razón práctica, Una visión tomista de la autonomía moral*, trad. María Yolanda Espiña Campos, Eunsa, Pamplona, 2000, pp. 44-52.
- RICOEUR, Paul “Hermenéutica y psicoanálisis” en *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*, trad. Alejandrina Falcón, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003.
- _____, *Tiempo y narración III; El tiempo narrado*, trad. Agustín Neira, Siglo XXI, México, 2003.
- RIEDEL, M. (ed.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, 2 vols., Freiburg i. Br., 1972-1974. cit. por VOLPI, Franco, “Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo”, traducción del francés: Alejandro G. Vigo, en *Anuario Filosófico*, 1999 (32).
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Teoría del Derecho*, 6ª ed., Madrid, Civitas, vol 1, 2015.
- _____, *Teoría del Derecho*. 1ª ed., Madrid, Civitas, vol 2, 2015.
- _____, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, Coyoacán, México, 2013.
- _____, *Ley y derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.
- RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús, *Interpretación, Derecho, Ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, Comares, Granada, 2011.
- _____, “Textos legales y casos concretos” en RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit.
- ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, trad. de la 2ª ed Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autoriza a derribar el avión secuestrado para acometer un atentado terrorista: una cuestión de principios” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 77, 2006.
- _____, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel “Textos legales y casos concretos” en RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel

- (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, op. cit.
- _____, “Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural” en *Dikaion*, Año 24 - Vol. 19, núm. 2, pp. 319-347.
- ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, “Análisis sobre los diversos modos de conceptualización de la supremacía constitucional: Desde la antigüedad hasta nuestros días”, en ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del (coord.) *Supremacía constitucional*, Porrúa, México, 2009.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos, De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002.
- SABINE, George H., “Fascismo y nacionalsocialismo”, en *Historia de la teoría política*, 3ª ed., 7ª reimp., trad. Vicente Herrero, rev. Thomas Landon Thorson, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘Constitución convencionalizada’ ”, en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, op. cit.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa-IMDPC, México, 2013.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente. Algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes*, en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Normas, razones y derechos, Filosofía jurídica contemporánea en México*, Trotta, Madrid, 2011.
- SALDAÑA, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, UNAM, México, 2012.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Escritos procesales constitucionales*, Porrúa-IMDPC, México, 2012.
- _____, “La interpretación doctrinal y judicial de la Constitución alemana” en BÁEZ SILVA, Carlos, et. al. (coords.) *Estudios sobre interpretación y argumentación jurídicas*, 2ª ed., Centro de Estudios del Derecho Estatal y Municipal, UNACH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, Editora Laguna, Fundación Académica Guerrerense, El colegio de Guerrero, México, 2010.
- _____, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007.
- _____, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana” en CARBONELL, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, op. cit.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *Ética*, 55º reimp., Random House Mandadori, 2010.
- SANTIAGO, Alfonso, *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho, Consideraciones iusfilosóficas acerca de unos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Buenos Aires, 1998.
- SARTRE, Jean-Paul, *El existencialismo es un humanismo*, edición de Arlette Elkaün Sartre, trad. Victoria Praci de Fernández, trad. del prólogo y notas de Mari Carmen Llerena, Edhasa, Madrid, 2009.
- SAVATER, Fernando, “Martin Heidegger, una vida marcada por la polémica” en *La aventura de pensar*, 1ª reimp., Random House Mandadori, México, 2011.
- SAVIGNY, Friedrich Carl de, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, trad. y estudio preliminar José Luis Monereo Pérez, prólogo de Adolfo Posada, Comares, Granada, 2008.
- _____, *Sistema del derecho romano actual*, trad. José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2005.
- SCARPELLI, Uberto, *Ética jurídica sin verdad*, Fontamara, México, 2007.
- SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, 2ª ed., trad. Manuel Abellán Velasco, Civitas, Madrid, 2000.
- SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Konrad-Adenauer-Stiftung, México, 2009.
- SEPÚLVEDA IGUÍÑIZ, Ricardo J., “Las leyes orgánicas constitucionales y su contribución a la protección de los derechos fundamentales” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) en *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, op. cit.
- SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos, De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.
- _____, “Introducción” en SERNA, Pedro (dir.) *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005.
- _____, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo” en MASSINI CORREAS, Carlos I., y SERNA, Pedro (eds.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.
- _____, *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990.
- SERNA, Pedro y TÓLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- SIECKMANN, Jan-R, “La pretensión de corrección del Derecho en la teoría de Robert Alexy”, en *El modelo de los principios del derecho*, Universidad de Externado, Bogotá, 2006.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, Porrúa, México, 2012.

- SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, Porrúa, México, 2009.
- SOKAL, Alan, *Más allá de las imposturas intelectuales, Ciencia, filosofía y cultura*, Paidós, Barcelona, 2009.
- SPAEMANN, Robert, “La actualidad del derecho natural”, en *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, EUNSA, 1980.
- STARCK, Christian, “Consenso fundamental nacional y tribunales constitucionales (una reflexión jurídica comparada)”, en *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, trad. Alberto Oehling de los Reyes, Dykinson, 2011.
- STEINER, George, *Heidegger*, 2ª ed., 1ª reimp., trad. Jorge Aguilar Mora, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- SUSSKIND, Leonard, *La guerra de los agujeros negros. Una controversia científica sobre las leyes últimas de la naturaleza*, CRITICA, Barcelona, 2009.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Estudio preliminar” en HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, Editado por Bulloch, Penélope A. y Joseph Raz, Estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía por Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000.
- THORPE, Scott, *Cómo pensar como Einstein. Manera sencilla de resolver problemas imposibles*, Norma, Bogotá, 2009.
- TOLLER, Fernando M., “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: Aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional” en FLORES SALDAÑA, Antonio (Coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit.
- VATTIMO, Gianni, *Adiós a la verdad*, trad. María Teresa D´Meza, Gedisa, Barcelona, 2010.
- _____, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, 5ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2007.
- _____, “Hacer justicia del derecho”, en *Nihilismo y emancipación. Ética, política, derecho*, trad. C. Revilla, Paidós, Barcelona, 2004.
- _____, *Después de la cristiandad. Por un cristianismo no religioso*, trad. C. Revilla, Paidós, Buenos Aires, 2004.
- _____, *Ética de la interpretación*, Paidós, Barcelona, 1991.
- VEGA REÑON, Luis, “Prólogo” en NAVARRO, María G., *Interpretar y argumentar, La hermenéutica gadameriana a la luz de las teorías de la argumentación*, CSIC-Plaza y Valdés, Madrid-México, 2009.
- VERGARA, Oscar, “El sistema jurídico en la teoría pura del derecho”, en VERGARA, Oscar (ed.), *Teorías del sistema jurídico*, Comares, Granada, 2008.
- VERGOTINNI, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, prólogo de Javier García Roca y trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Civitas – Instituto de Derecho Parlamentario - Thomson Reuters, Navarra, 2010.

- VIGO, Alejandro, *Estudios aristotélicos*, Eunsa, Navarra, 2006.
- VIGO, Rodolfo L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Porrúa, México, 2016.
- _____, “El Estado de derecho constitucional y su transición al Estado de derecho convencional” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.), *Control de convencionalidad y decisiones judiciales*, op. cit.
- _____, “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias” en CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José y SANTA MARÍA D'ANGELO, Rafael (coords.), *Derecho natural y iusnaturalismos: VIII Jornadas Internacionales de Derecho natural y III de Filosofía del Derecho*, Pa-lestra, Lima, 2014.
- _____, “Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional” en FLORES SALDAÑA, Antonio (coord.) *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, op. cit.
- _____, *Constitucionalización y Judicialización de Derecho, Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, Porrúa, México, 2013.
- _____, *De la ley al derecho*, 3ª ed., Porrúa, México, 2013.
- _____, “Argumentación constitucional” en ATIENZA, Manuel y VIGO, Rodolfo L., *Argumentación constitucional, Teoría y práctica*, Porrúa-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-IMDPC, México, 2011.
- _____, “Argumentación constitucional”, en Báez Silva, Carlos, et. al. (coord.), *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*, Porrúa, México, 2009.
- _____, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, en DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos (coord.), *Supremacía constitucional*, Porrúa, México, 2009.
- _____, (coord.), *La injusticia extrema no es derecho, De Radbruch a Alexy*, Fontamara, México, 2008.
- _____, “Ética judicial e interpretación jurídica” en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006).
- _____, *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.
- _____, *De la ley al derecho*, 2ª ed., Porrúa, México, 2005.
- _____, *Interpretación constitucional*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- _____, “La teoría jurídica de John Finnis” en *El iusnaturalismo actual*, Fontamara, México, 2003.
- _____, “Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003.
- _____, *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- _____, *Las causas del derecho*, Prólogo de Georges Kalinowski, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
- VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia*

- dencia mexicana*, Escuela Libre de Derecho – Porrúa – Universidad Complutense, México, 2011.
- VILLEY, Michael, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968.
- VIOLA, Francesco, “La crítica dell’ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto”, en JORI, Mario, *Ermeneutica e filosofia analitica*, Giapichelli, Turín, 1994.
- VOLPI, Franco, *Martin Heidegger. Aportes a la filosofía*, edición de Valerio Rocco Lozano, Epílogo de Félix Duque, Maia, Madrid, 2010.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus lógico-philosóficus*, 5ª reimp., versión e introducción de Jacobo Muñoz e Isidro Reguera, Alianza, Madrid, 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8ª. ed., trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2008.
- ZAMBRANO, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, UNAM, México, 2009.
- ZOLO, Danilo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Edhasa, Buenos Aires, 2007.
- ZUCCA, Lorenzo, *et. al.*, *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons, Madrid, 2011.