



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO**

**LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL:
HACIA LA RENOVACIÓN DE UN IDEAL**

**TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTA
RICARDO ALBERTO ORTEGA SORIANO**

DIRECTOR DE LA TESIS: DR. JAVIER ROMO MICHAUD

(FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM)

COMITÉ TUTORIAL: DR. ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN

(FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM)

DR. ROSALÍO LÓPEZ DURÁN

(FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM)

CIUDAD UNIVERSITARIA, MARZO DE 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A TAVO Y BERE,

POR EL TIEMPO QUE LES HE ROBADO, POR SER EL MOTIVO PARA SEGUIR LUCHANDO...

AGRADECIMIENTO

EXISTEN MUCHAS PERSONAS CON LAS QUE ESTOY EN DEUDA Y QUE DESDE DIFERENTES SITIOS, DE UNA FORMA MÁS O MENOS DIRECTA HAN IMPREGNADO MI VIDA DE AMOR, APOYO, SOLIDARIDAD, CONFIANZA, RESPALDO Y COMPROMISO. DESARROLLAR UN LISTADO TIENE EL ENORME RIESGO DE COMETER INJUSTICIAS ASÍ COMO OLVIDOS O DESCUIDOS IMPERDONABLES, POR LO QUE EN ESTA OCASIÓN HE DECIDIDO PRESCINDIR DE LA TENTACIÓN DE HACERLO. SIN EMBARGO, ME QUEDA MUY CLARO QUE QUIENES FORMAN PARTE DE MI FAMILIA TIENEN MUY PRESENTE (O ESO ESPERO) EL ENORME RECONOCIMIENTO QUE LES TENGO ASÍ COMO EL IMPORTANTE SIGNIFICADO DE SU PRESENCIA EN DIFERENTES MOMENTOS DE MI VIDA; MIS AMIGAS Y AMIGOS SABEN LO MUCHO QUE APRECIO SU APOYO Y CONFIANZA ASÍ COMO EL LUGAR FUNDAMENTAL QUE CADA UNA O UNO TIENE PARA MÍ ASÍ COMO EL RECUERDO PERMANENTE EN ANÉCDOTAS O MOMENTOS ALEGRES O DIFÍCILES; FINALMENTE, EL TRABAJO A FAVOR DE LOS DERECHOS HUMANOS TAMBIÉN ME HA PERMITIDO COMPARTIR CON MUCHAS PERSONAS ESPACIOS PROFESIONALES O ACADÉMICOS DE SOLIDARIDAD, RECONOCIMIENTO Y ADMIRACIÓN. ESPERO QUE TODAS LAS PERSONAS A LAS QUE DIRIJO ESTAS LÍNEAS PUEDAN SENTIRSE INCLUIDAS EN ELLAS COMO YO AL MENOS HE INTENTADO QUE SE ENCUENTREN.

FINALMENTE, Y A MANERA DE EXCEPCIÓN, COMO PARTE DEL MÁS ELEMENTAL Y MERECIDO RECONOCIMIENTO POR EL ACOMPAÑAMIENTO EN LA AVENTURA QUE HA SUPUESTO EL DESARROLLO Y LECTURA DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN, TENGO UNA DEUDA PERSONAL Y PROFESIONAL POR LA GUÍA Y ORIENTACIÓN DEL DR. JAVIER ROMO MICHAUD, DIRECTOR DE ESTA TESIS. ADEMÁS, DEBO RECONOCER QUE LA MIRADA Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR EL DR. ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN HAN PERMITIDO SIN DUDA QUE ESTE TRABAJO SE ENRIQUEZCA DE ALGUNOS DEBATES QUE HUBIESE SIDO UN ERROR NO INCORPORAR. EN ESTE ORDEN DE IDEAS, LOS IMPORTANTES APORTES DEL DR. ROSALÍO LÓPEZ DURÁN ME PERMITIERON AÑADIR DETALLES QUE HAN ENRIQUECIDO LAS IDEAS EXPUESTAS EN ESTE TRABAJO. EN SUMA, LAS ORIENTACIONES QUE HE RECIBIDO DEL COMITÉ TUTORIAL ME HAN PERMITIDO MEJORAR EL CONTENIDO GENERAL DE ESTE ESTUDIO, AUNQUE DESDE LUEGO, LAS LIMITACIONES QUE PUEDAN OBSERVARSE SON RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL AUTOR DE ESTAS LÍNEAS.

NO PUEDO DEJAR DE AGRADECER EL TIEMPO DEDICADO A LA LECTURA, ASÍ COMO LOS COMENTARIOS ATINADOS SOBRE ESTE TRABAJO POR PARTE DE LOS DOCTORES GUILLERMO ESTRADA ADÁN Y LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA. TAMBIÉN APRECIO LA SINCERIDAD DE LOS COMENTARIOS QUE ME FUERAN FORMULADOS POR EL DR. ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ, QUE SIN FORMAR PARTE DEL SÍNODO DEL EXAMEN TOMÓ UN ESPACIO DE SU VALIOSO TIEMPO PARA LEER ESTE ESTUDIO. HE TENIDO EN CUENTA SUS PALABRAS AL MOMENTO DE TRABAJAR EN LA REDACCIÓN FINAL DEL TEXTO. FINALMENTE DEBO AGRADECER A LA DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM, DRA. SOCORRO APREZA SALGADO, POR EL VALIOSO IMPULSO QUE ME PERMITIÓ CONCLUIR CON ESTA INVESTIGACIÓN Y HACER FRENTE A LAS OBSERVACIONES REALIZADAS A MI TRABAJO.

A TODAS Y TODOS, MI MÁS SINCERA GRATITUD.

ÍNDICE

Introducción	7
1. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional: La incorporación de principios y valores políticos y morales en las constituciones modernas	17
1.1. Del culto a la crítica: El papel de la ley en el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional.....	17
1.1.1. La visión dominante de la noción <i>Estado de derecho</i>	19
1.1.2. La emergencia del modelo asociado al Estado Constitucional frente al modelo que se vincula con el Estado de derecho.....	27
1.2. El carácter particular de las normas constitucionales y su relación con las leyes	32
1.2.1. La constitucionalización del ordenamiento: Reconocimiento en la cúspide del sistema de normas constitucionales que informan a todo el sistema jurídico	38
1.2.1.1. Las constituciones constituyen una base de principios y valores morales y políticos positivados	42
2. La noción tradicional de la seguridad jurídica como producto de la aspiración de racionalidad del Estado de derecho.	64
2.2. El Estado de derecho como “el imperio de las leyes” y la noción tradicional de la seguridad jurídica como vinculación entre las ideas de legalidad y certeza.....	68
2.3. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal del racionalismo	74
2.3.1. La noción tradicional de la seguridad jurídica como reivindicación asociada a un elemento intrínseco de justicia.....	75
2.3.2. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal del racionalismo.....	84
2.3.2.1. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal legislativo: Las propiedades paradigmáticas del orden jurídico y de la ley.....	85
2.3.2.2. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal político-democrático.	98
2.3.2.3. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal relacionado con la actividad judicial en el Estado de derecho.	103

3. La crisis de la noción tradicional de la seguridad jurídica en el marco del constitucionalismo moderno.....	109
3.1. La crisis del ideal legislativo asociado con la noción tradicional de la seguridad jurídica	
112	
3.2. La crisis del ideal político democrático asociado a la noción tradicional de la seguridad jurídica.....	128
3.3. Crisis del ideal de la actividad judicial asociado a la noción tradicional de la seguridad jurídica.....	133
1.3.1. Crisis en la pretensión de objetividad y previsibilidad del proceso de interpretación judicial de la Constitución	135
4. La seguridad jurídica en el Estado constitucional.	151
4.1. Hacia la rehabilitación de la seguridad jurídica en las democracias constitucionales.....	153
4.2. Las bases para la construcción de una concepción amplia de la seguridad jurídica en el Estado Constitucional.	158
4.3. La noción tradicional de la seguridad jurídica como concepción restringida de la seguridad jurídica.....	175
Conclusiones.....	185
Bibliografía	196

Introducción

Existen muchas razones que me han inspirado a trabajar en el presente estudio. Algunas de ellas relacionadas con la importancia que, a mi juicio, tiene la incorporación de los derechos humanos en las leyes fundamentales dentro las modernas democracias constitucionales y, por supuesto, de su impacto en la reconfiguración de los sistemas jurídicos, de sus estructuras normativas, así como, desde luego, de los importantes retos y reflexiones que supone todo ello para el pensamiento jurídico.

De igual manera, existe otro grupo de razones que han reforzado mi interés en este tema y que se relacionan particularmente con los puntos de tensión que suelen aparecer cuando hay cambios elementales en los paradigmas de pensamiento¹, sobre todo cuando se ponen en duda estructuras reconocidas como válidas de acuerdo con determinadas concepciones que, en un momento dado, aparecen como dominantes en la arena científica y de ello no puede escaparse el conocimiento del derecho. Me parece especialmente interesante tener este aspecto presente en la medida en que la aparición de nuevas formas de pensamiento, que suponen la redefinición de las dinámicas en que se construyen los sistemas de ideas, muchas veces conviven con viejas estructuras de pensamiento que aparecen de pronto como elementos inamovibles y que restringen de forma importante la renovación y rehabilitación del

¹ Una de las principales obras relacionadas con el surgimiento, mantenimiento y transformación de las ideas es el conocido libro de Thomas S. Kuhn relacionado relativo a la estructura de las revoluciones científicas. En este texto, Kuhn definirá como paradigmas a los “logros científicos universalmente aceptados que durante algún tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales”. Una de las ideas más importantes que expone nuestro autor nos indica que los paradigmas de pensamiento suelen implantarse en el seno de una comunidad científica y en donde la educación, entre otros aspectos, a través de sus “moldes rigurosos y rígidos” hace que determinadas respuestas lleguen a “atenazar profundamente la mente de los científicos” lo cual actúa de manera directa en la consolidación de lo que Kuhn denomina como “ciencia normal”. De esta manera, para Kuhn, la ciencia normal es “la actividad que los científicos emplean inevitablemente casi todo su tiempo se asienta en el supuesto de que la comunidad científica sabe cómo es el mundo”. Así, la propia comunidad científica intentará defender tal suposición e incluso la ciencia normal tratará de suprimir “las novedades fundamentales porque necesariamente son subversivas en lo que respecta a sus compromisos básicos”. Este trabajo intenta constatar la existencia de una profunda crisis en el pensamiento jurídico dominante en los estudios jurídicos de occidente de orientación fundamentalmente normativista que se desarrollan en las democracias constitucionales modernas, como sucede con diversos postulados del positivismo científico. *Cfr.* Kuhn S., Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, ed. electrónica, trad. e intro. de Carlos Solís, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pos. 502/4840, pos. 654/4840.

pensamiento.

Existe finalmente un último grupo de razones, que se relaciona tal vez desde un ámbito más vivencial, que no solo he percibido en los ámbitos teóricos de la academia y la investigación en donde desde hace años participo, sino incluso en contextos prácticos como los referidos a los foros de litigio doméstico, en los que he podido impulsar casos de litigio estratégico, o bien de interacción con autoridades pertenecientes al poder legislativo y judicial a propósito de diversos proyectos de investigación e incidencia que me han llevado a profundizar algunas de las reflexiones que motivan la elaboración de la presente investigación. Primordialmente, y debido a que la protección de los derechos y libertades de las personas muchas veces se ve restringida por concepciones sobre la ley, el derecho, el Estado y, desde luego, del concepto central de análisis de este estudio que es la seguridad jurídica, quizá como síntesis, si se me permite decirlo de las ideas anteriores.

Adicionalmente, quisiera destacar que el presente análisis se basa en una reflexión que de modo preliminar iniciara en el año 2003 a propósito de haber cursado la primera parte del programa de doctorado en Unión Europea y Derechos Humanos en la Universidad de Alcalá de Henares, en España, con el patrocinio de la Universidad de Alcalá de Henares, la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECID) y el Banco Santander Central Hispano, y en el marco de haber obtenido la beca “Miguel de Cervantes Saavedra”, en donde con el propósito de presentar el examen para obtener el Diploma de Estudios Avanzados (DEA) tuve la ocasión de acercarme por primera ocasión al análisis del concepto de la seguridad jurídica. De esa exploración embrionaria puedo afirmar que esta tesis solo conserva el germen de las reflexiones que realizaba por aquellos años, ciertamente importantes, pero ahora puedo aseverar que mucho más limitadas tanto en profundidad como en extensión que las ideas que, imagino, han madurado un poco más para la elaboración de este estudio. Sin embargo, me parece un tema de justicia referir la memoria de aquel trabajo que ha inspirado las líneas de investigación del presente. Además, puedo destacar que las reflexiones que realizaba en dicho momento eran fuertemente influenciadas por una serie de concepciones de cuño un tanto positivista, muchas de las cuáles he tenido que abandonar o reconsiderar a propósito de este trabajo y luego de ingresar a diversos debates que posteriormente reseño. Asimismo, la posibilidad de continuar con esta indagación se ha visto interrumpida en los últimos años, no sin un efecto importante, ya que el paso del tiempo y el desarrollo que he tenido en los campos de la investigación aplicada en derechos humanos, el litigio estratégico, así como mis labores de

investigación y docencia, me han permitido redefinir algunas concepciones que de otra manera difícilmente hubiera podido alcanzar.

Teniendo presentes las anteriores motivaciones, quisiera expresar que el presente proyecto tiene como objetivo central reflexionar sobre la vigencia del ideal de la seguridad jurídica en el Estado constitucional. Reconozco que el propósito de la tesis se encuentra en cierta forma limitado a la comprensión, reflexión y rehabilitación del ideal de la seguridad jurídica, aspecto que podría parecer poco ambicioso y hasta limitado para poder comprender algunos de los principales problemas que enfrentan las democracias constitucionales en nuestros días; sin embargo, a lo largo de los últimos años, en los cuáles he podido profundizar sobre el papel de esa noción en el derecho moderno, he constatado que sus problemas son más complejos que la simplicidad que podría ser referida a la materialización de esta idea: la seguridad jurídica como relación entre legalidad y certeza.

Desde ahora debo advertir que el presente no se inscribe en el contexto de los estudios tradicionales de la dogmática constitucional pues el mismo asume claramente una adhesión a los ideales del constitucionalismo como doctrina que reconoce la importancia de la incorporación de los derechos fundamentales como parte de su objeto de estudio, no solo desde una perspectiva política o ideológica sino, sobre todo, del impacto que su incorporación tiene en relación con el sistema propiamente jurídico, es decir, el que se relaciona con las normas jurídicas del sistema. Esto, asumo, no le resta méritos de científicidad al presente que por lo demás parte del cuestionamiento al paradigma de neutralidad y objetividad que se ha pretendido establecer como base del conocimiento jurídico particularmente en los terrenos de la dogmática constitucional. En estas condiciones, si se me permite decirlo, resulta de especial interés el análisis y la visualización de un concepto que, como sucede con el ideal de la seguridad jurídica, aparece como una suerte de *concepto llave* que permite la articulación de una importante cantidad de elementos observables en el derecho de nuestros días, sobre todo en el punto de vista de las teorías de carácter normativista que se ubican como dominantes, al menos en importantes círculos académicos en el mundo occidental. De dicho modo, un aspecto que podrá ser analizado a lo largo del presente estudio se relaciona con la importante cantidad de conceptos e instituciones que tienen relación con la manera en que solemos pensar en la seguridad jurídica y por qué la comprensión del mismo tiene tanta incidencia en la manera en que las y los juristas entienden muchos ámbitos de la aplicación práctica del derecho.

Por ello, las preocupaciones que se presentan aquí no pretenden constituir solo

disertaciones intelectuales en abstracto, sino que reflejan algunas de las preocupaciones que de forma concreta podríamos tener tanto las personas que trabajamos en el medio académico, como las que acuden a los tribunales demandando su actuación, las y los jueces encargados de emitir decisiones interpretativas y las personas que actúan en la operación cotidiana del sistema jurídico. El objetivo general que me he propuesto intenta contestar en el fondo algunas de las preguntas que tales actores podrían plantearse al enfrentarse con la realidad constitucional de nuestros días. Por ejemplo, ¿por qué la interpretación constitucional de los derechos humanos suscita tantos cuestionamientos entre los juristas, politólogos y estudiosos del Estado?; ¿qué es lo que ocasiona que las y los juristas observen con tanta desconfianza el papel de los juzgadores en el Estado Constitucional y democrático?; ¿podemos seguir considerando la idea de objetividad como un requisito en los procesos de interpretación de la Constitución?; ¿de qué manera?; en los casos en que se interpretan disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, ¿qué papel desempeñan los compromisos políticos y morales de los intérpretes constitucionales?; ¿qué debemos esperar las y los ciudadanos de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales?; y finalmente, ¿es posible seguir hablando de seguridad jurídica en el Estado Constitucional? Las reflexiones que me permito trazar en este estudio intentan enfrentar de alguna manera tales interrogantes.

Si bien el objetivo general que se presenta girará en torno a la situación y eventual necesidad de transformación del ideal de la seguridad jurídica en el Estado constitucional, para alcanzarlo resulta imprescindible clarificar algunos aspectos esenciales que constituyen los objetivos específicos que aquí se persiguen. Cumplir con tales objetivos me permitirá alcanzar el propósito de esta investigación.

Resulta por tanto elemental en este punto clarificar la importancia y las razones por las que consideré significativo estructurar la presente investigación en torno a tales aspectos, ya que ello permitirá también a quien se aproxime a las presentes páginas comprender la forma en que se intenta realizar el abordaje en relación con el problema que me he trazado.

De esta manera, la investigación se ha construido en cuatro apartados. Cada uno de ellos tiene una finalidad específica que pretende haberse delimitado con claridad. Su configuración obedece a algunas premisas metodológicas que vale la pena tener presentes. Si bien el objeto general de la investigación es el análisis del ideal de la seguridad jurídica en el Estado constitucional, ésta no pretende circunscribirse a un análisis estrictamente normativo en relación con dicho ideal. Por el contrario, el estudio que se presenta busca trascender el

estudio meramente normativo relacionado con el funcionamiento del Estado constitucional de derecho para ingresar al análisis tocante a las relaciones que la noción tradicional de la seguridad jurídica plantea respecto a algunos ideales propios de las democracias constitucionales modernas que incluso rebasan la materia de estudio propia de la llamada ciencia jurídica y se inscriben dentro del terreno de las preocupaciones de la filosofía política y moral. De ese modo, la investigación reconocería dos dimensiones de análisis del ideal de la seguridad jurídica: uno relacionado con sus implicaciones jurídicas asociadas al constitucionalismo jurídico, mientras que el otro se relaciona con una vertiente de carácter político y moral que comprende los espacios de reflexión referentes a los ideales del constitucionalismo político. La investigación busca alcanzar una comprensión más amplia del funcionamiento del ideal de la seguridad jurídica entendiendo fundamentalmente la complejidad de los problemas que se presentan en la interpretación jurídica dentro de una democracia constitucional.

En este entendido, el capítulo primero se denomina “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”. El propósito de este apartado consiste en una descripción que da cuenta de un proceso histórico que ha ocasionado, en alguna medida, la modificación del objeto de estudio de las y los juristas en las democracias constitucionales modernas. Así, por ejemplo, se mostrará cómo la incorporación de principios y valores políticos y morales en las constituciones modernas revela la profunda transformación que las leyes han experimentado en el tránsito que va del Estado de derecho o Estado legislativo de derecho hacia el Estado constitucional². Específicamente, el capítulo intenta comprender en qué medida el significado,

² Tengo presente que para ciertas posiciones teóricas no existe en realidad un auténtico cambio de paradigma; más bien tanto el Estado de derecho como el Estado constitucional podrían ser comprendidos dentro de la doctrina denominada como constitucionalismo, y en donde en realidad podrían existir variaciones de grado en algunos de sus elementos, pero que, en lo esencial, no modifican cualitativamente los postulados de dicha doctrina. En realidad, para estas posiciones, las normas constitucionales no difieren del resto de las normas del sistema jurídico y las herramientas de interpretación que utilizan las y los juristas deberían ser aquellas que proporciona la dogmática constitucional. Precisamente por ello, los problemas de la dogmática constitucional podrían ser enfrentados a través de las herramientas analíticas que regularmente utilizan las y los juristas. Para sustentar tal concepción se ha planteado la necesidad de distinguir entre el constitucionalismo como doctrina política frente a la dogmática o jurisprudencia constitucional. El constitucionalismo como doctrina representa el “núcleo del ideal político” en que se basan los “ideales persistentes de la filosofía política de occidente”. Tal y como lo expone el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán “el constitucionalismo es una doctrina sobre la correcta sumisión del gobierno al

la posición y la relevancia de las leyes han cambiado en los sistemas jurídicos a partir de la emergencia de las constituciones modernas, así como de los que se mencionan como procesos de constitucionalización de los ordenamientos. Así pues, se intentará dejar constancia sobre el hecho, el cual revela que el rostro y papel de la ley han cambiado, y que incluso las Constituciones modernas poseen determinadas características conducentes a reconocer que las normas jurídicas constitucionales poseen una específica caracterización que las vuelve particularmente complejas. Esta complejidad no solamente tiene que ver con la estructura específica de las normas constitucionales, particularmente las que reconocen derechos humanos o fundamentales, sino que se relaciona con la incorporación en el derecho positivo de principios y valores políticos y morales dentro del ordenamiento jurídico. Aspectos que sugieren que las características y elementos que se predicaban de la ley en el Estado legislativo de derecho deben también transformarse. Considero relevante realizar esta aproximación externa en la transformación de las leyes como objeto central de muchas teorías jurídicas al ofrecernos el panorama general en donde el ideal de la seguridad jurídica se encuentra inserto. Finalmente, la caracterización de las normas jurídicas constitucionales en una democracia constitucional nos permitirá comprender cómo es que las Constituciones modernas

“derecho. Su único fin es el establecimiento del estado de derecho” [sic]. Precisamente por ello, la doctrina denominada como constitucionalismo se encuentra basada en ciertos dogmas dentro de los cuáles los más relevantes se relacionan con la idea de “limitación jurídica del poder gubernamental”, es decir, sobre la oposición al poder arbitrario, y del hecho según el cual la acción gubernamental es una “cuestión jurídica”. De la doctrina constitucionalista también se desprende la teoría del derecho fundamental (reconocido en la constitución y que contiene los ideales del constitucionalismo) como sustento del resto del sistema normativo. En síntesis, la doctrina del constitucionalismo “no es una teoría política” sino que al igual que las doctrinas propias de la jurisprudencia dogmática “señala cómo debe ser el derecho positivo” y cómo debe aplicarse e interpretarse para alcanzar el “Estado de derecho”. *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, 2ª reimpresión, México, Editorial Fontamara, 2006, pp. 93-95.

La presente investigación reconoce el valor analítico de las dimensiones de estudio propuestas, pero se apartará de algunas de estas concepciones ya que, como se argumentará más adelante, si bien es cierto que podemos reconocer que los postulados existentes entre el Estado de derecho y el Estado constitucional pueden caber dentro de la doctrina del constitucionalismo, lo que también es cierto es que en las democracias constitucionales modernas las peculiaridades que experimentan tales modelos nos obligan a modificar sustancialmente la manera en que se dan respuestas jurídicas dentro de cada uno de estos modelos y respecto a las cuales no puede dar cuenta la dogmática constitucional tradicional. De esta manera, se presentarán algunos elementos que nos deben conducir a sostener la necesidad de rehabilitación de ciertos elementos básicos de la propia dogmática constitucional.

desempeñan un rol relevante en la construcción de una democracia. Así, observaremos detenidamente el papel de las constituciones democráticas como instrumento del desacuerdo social, y no únicamente del acuerdo o consenso básico que se ha presupuesto (aquí denominaremos a esta concepción como la doctrina del consenso aparente), desafiando una concepción dominante sobre el papel de las constituciones en el Estado moderno. Lo anterior de la mano de algunas reflexiones recuperadas de Víctor Ferreres y Jeremy Waldron.

Una vez que esta visión ha sido presentada, el capítulo segundo nombrado “La noción tradicional de la seguridad jurídica como producto de la aspiración de racionalidad del Estado de derecho”, tiene como propósito reflexionar sobre aquello que las y los juristas identifican como el ideal de la seguridad jurídica, así como las razones por las que su defensa constituye una de las mayores preocupaciones de muchas y muchos juristas en nuestros días. Se debe agregar que la comprensión de los elementos de legalidad y certeza como las columnas que sostienen al edificio de la seguridad jurídica en el paradigma del Estado de derecho y su relación con esta forma de comprender al Estado moderno, constituye uno de los elementos medulares de este apartado. Asimismo, uno de los aspectos centrales sobre el que se ha querido profundizar se relaciona con la identificación de aquellas razones que justifican la defensa de este ideal. Para desarrollar lo mencionado parto de la hipótesis que afirma que la seguridad jurídica constituye la gran promesa del racionalismo positivista y que cuando se argumenta a favor de su defensa, se intenta defender una serie de postulados que se reafirman en esta forma de pensamiento. Sin embargo, el estudio me permitió observar que lo que aquí denomino como la *noción tradicional de la seguridad jurídica*, en realidad, no solo ha servido para la justificación de un modelo racionalista del derecho, sino que incluso ha sido reivindicado por diversos autores que quisieran ver en la relación entre legalidad y certeza una representación de justicia intrínseca que debe ser preservada por un sistema jurídico. Cabe señalar que intento reflejar las debilidades de este proceso de argumentación antes de concentrarme en el análisis de su defensa como medio o instrumento de la racionalidad positivista. Al analizar el tipo de promesa que supone la noción tradicional como ideal del racionalismo me concentro en identificar la manera en que la noción tradicional opera como un ideal legislativo, político y asociado a la actuación judicial con el propósito de intentar comprender la relevancia que se le asigna, así como las razones que se esgrimen en su defensa. Ello me permitirá clarificar las razones del arraigo y relación de este ideal de la seguridad jurídica con los elementos del Estado legislativo de derecho o Estado de derecho.

El tercer apartado, “La crisis de la noción tradicional de la seguridad jurídica en el marco del Constitucionalismo moderno”, parte de la reflexión presentada en la primera sección sobre el tránsito que parece irreversible de las características del Estado de derecho hacia el Estado constitucional de derecho e intenta reflexionar sobre el modo en que la seguridad jurídica como ideal legislativo, político y asociado con la actividad judicial, al intentarse materializar en el Estado constitucional, se enfrenta a una profunda, y a mi juicio insuperable, crisis. Cabe señalar que dicho apartado pretende establecer los argumentos por virtud de los cuales la noción tradicional de la seguridad jurídica simplemente se torna irrealizable bajo los contornos de complejidad del Estado constitucional que es visto como cualitativamente distinto al Estado legal de derecho y no solo como una simple variación de éste dentro de la doctrina del constitucionalismo, aspecto que nos obliga a pensar en la importancia de su transformación. Aquí, las características de las normas jurídicas en el Estado constitucional referidas en la parte final del primer capítulo se combinan con los ideales reivindicados por esta concepción de la seguridad jurídica demostrando la imposibilidad de que sean compatibles.

Finalmente, el cuarto apartado, “La seguridad jurídica en el Estado constitucional”, intentará hacer frente a la crisis descrita en la sección previa. Para ello, se intentan presentar las bases que permitirán una eventual rehabilitación de la seguridad jurídica, reconociendo la valía de sus propósitos, pero cuestionando la manera en que tal noción se propone alcanzarlos. Esta propuesta de rehabilitación se construirá acompañada de una idea básica expuesta por el jurista Neil MacCormick, y a partir de ella se intentará dar vida a una construcción más compleja en que se estima podría darse cabida al cumplimiento de los propósitos fundamentales de la seguridad jurídica que son el combate a la arbitrariedad del Estado, así como la protección de los derechos y libertades de las personas para el adecuado desarrollo de sus respectivos proyectos de vida de conformidad con sus concepciones particulares y plurales.

Todo este camino es posible en tanto que el abordaje del ideal de la seguridad jurídica se ve reflejado, a lo largo del presente estudio, a través del desarrollo de una serie de reflexiones que resultan necesarias para dar cuenta de la complejidad de las cuestiones que este concepto envuelve. Así las cosas, en el camino antes descrito podremos atestiguar, aunque no con la profundidad que requiere un estudio minucioso, algunos de los debates más interesantes que se han suscitado en la teoría jurídica de nuestros tiempos. Me refiero ciertamente al debate entre reglas y principios que protagonizarían los profesores L.H. A Hart y Ronald Dworkin a partir del cual se hará una profunda reflexión sobre la situación que enfrenta la comprensión

de las normas jurídicas en el Estado constitucional moderno. Otro debate que vale la pena tener presente se relaciona con el que el propio Hart sostendría con L. Fuller sobre la existencia o no de una moral interna en el derecho, esencialmente basado en la visión tradicional que se tiene de la seguridad jurídica. Este debate me permitirá mostrar la manera en que la idea de la seguridad jurídica, no solo constituye un ideal del racionalismo del pensamiento positivista, sino que detrás de sí, existen algunos autores que reivindican incluso que tal ideal constituye una aspiración de justicia en sí mismo. Adicionalmente, y para alcanzar los propósitos que me he trazado en el presente estudio, considero fundamental tener en cuenta algunos otros debates de enorme interés para el pensamiento constitucionalista. Me refiero a la discusión relativa al tipo de distinción que existe entre reglas y principios jurídicos y en especial a las objeciones que la teoría del jurista alemán Robert Alexy ha tenido que enfrentar respecto a otros juristas, particularmente, la crítica vertida por Jürgen Habermas. De igual manera, otra cuestión de enorme relevancia que se encuentra relacionada con el propósito de esta investigación es la que ha tenido lugar entre Antonio García Amado y Luis Prieto Sanchís en relación con la metodología para resolver problemas jurídicos en el Estado constitucional cuando existen derechos en juego, debate al que se suma el jurista colombiano Carlos Bernal Pulido. Otro aspecto que me parece fundamental tener presente, presentado de la mano del Dr. Rolando Tamayo, se relaciona con el papel que el Constitucionalismo inglés ha detonado como génesis de la institución de la revisión judicial, determinante en la transformación del Estado de derecho. Adicionalmente, esta investigación debate de manera por demás interesante las tesis expuestas por el propio Rolando Tamayo, así como aquellas que de manera más reciente formuló Luigi Ferrajoli en defensa de la idea del Estado Constitucional como una mejor forma de positivismo jurídico.

Los debates y concepciones a los que he tenido oportunidad de ingresar para la elaboración de la presente investigación me han demostrado, entre otras cosas, que la relevancia del ideal de la seguridad jurídica impacta diversos ámbitos de la vida del derecho que van desde los fines mismos del Estado de derecho hasta su tránsito al Estado constitucional; el papel de las normas jurídicas en el sistema jurídico; las relaciones entre el derecho y la democracia, particularmente en lo relativo a la tensión entre parlamentos y jueces; y finalmente los problemas relacionados con la racionalidad o subjetividad de la decisión judicial en el Estado constitucional. A lo largo de las siguientes páginas intentaré dar cuenta de la manera en que todos estos problemas se relacionan en cierta forma con lo que he denominado aquí como

la noción tradicional de la seguridad jurídica, o bien, cómo la idea misma de la seguridad jurídica se relaciona con todas ellas.

Tengo la expectativa de que el presente estudio pueda contribuir, por supuesto en alguna medida, a la necesaria reflexión que antecede a la renovación del pensamiento. Tengo muy claro que la presente investigación se sitúa más en el punto de partida que en el de llegada dentro del pensamiento constitucionalista de nuestros días. Por ello, los cuestionamientos que puedan surgir de este trabajo seguramente serán más interesantes y profundos que aquello que yo hubiera podido plasmar aquí. Espero que esta investigación sirva como una provocación al debate y la reflexión tan necesaria en estos días.

1. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional: La incorporación de principios y valores políticos y morales en las constituciones modernas

1.1. Del culto a la crítica: El papel de la ley en el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional

La interpretación de los derechos fundamentales en una democracia constitucional presenta una serie de complejidades que generan una multiplicidad de inquietudes e interrogantes que son compartidas, además de por juristas, por sociólogos, politólogos y filósofos políticos. Desde luego, el propósito del presente estudio no se relaciona con dar una respuesta a las más diversas y variadas problemáticas que esta temática presenta, sino con tratar de comprender tan solo algunas de carácter fundamentalmente estructural que se plantean en este ámbito. En particular, y derivado de mi experiencia en el plano académico, así como del litigio estratégico en derechos fundamentales, sostengo la tesis según la cual existen ciertas estructuras de pensamiento, acuñadas principalmente por el pensamiento positivista imperante durante todo el siglo XIX y parte del XX, que de alguna manera complican la comprensión del derecho y su interpretación en las modernas democracias constitucionales³.

³ Me parece que la utilización del concepto democracia constitucional permite la identificación más clara de aquellos modelos a los que me referiré como objeto de la presente investigación. Así, haré referencia de manera indistinta a esta idea ya sea como democracia constitucional o Estado constitucional de derecho, que entiendo como el paradigma teórico que las hace posibles. Dicho de otra manera, el análisis que me propongo desarrollar resulta aplicable a aquellos modelos constitucionales que encuadren en esta concepción con independencia de las variaciones específicas que puedan existir respecto a sus mecanismos de organización, derechos reconocidos, siempre y cuando conserven los elementos definitorios que se asumen aquí. Utilizo para ello el concepto de Michelangelo Bovero recuperado por el Dr. Pedro Salazar en el libro *Democracia Constitucional*. En palabras del propio Pedro Salazar por democracia constitucional puede entenderse: “Aquel régimen (o forma de gobierno) en el que el ejercicio del poder de decisión colectiva (fundado en la atribución de derechos políticos a todos los miembros adultos de la colectividad) se encuentra formal y materialmente limitado”. Solo añadiría, con el objeto de precisar aquello a lo que me refiero en el presente estudio, que se encuentra formal y materialmente limitado por una Constitución que reconoce expresamente un conjunto de derechos fundamentales que son compatibles con la democracia. *Cfr.* Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia Constitucional: Una radiografía teórica*, 3ª reimpression, México, Fondo de Cultura Económica/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013 p. 57. Adicionalmente, puede decirse que una democracia constitucional sintetiza en cierta forma los principales objetivos perseguidos por la doctrina del constitucionalismo respecto a los postulados básicos de la doctrina constitucionalista *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio... op. cit.*, pp. 93-95. Por otra parte, debe destacarse que el uso del término “democracia constitucional” como sinónimo de “Estado constitucional” puede

Tales estructuras de pensamiento de alguna manera observan el desarrollo, evolución y consolidación de los derechos fundamentales, así como sus procesos de interpretación, como una seria amenaza a la democracia o a la *seguridad jurídica* en una sociedad. Lo anterior, me parece que tiene que ver con la inercia de concepciones dominantes, pero también con una resistencia a reconocer que aquello que se reconoce como derecho (al menos en el plano normativista) ha cambiado su rostro de manera profunda y determinante.

La tesis central que me propongo defender ubica a lo que en el presente estudio denominaré *noción tradicional de la seguridad jurídica* como una frontera que limita las posibilidades democráticas de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. En los apartados subsecuentes daré cuenta de la manera en que dicha noción tradicional se ha construido y desarrollado. Sin embargo, antes de estudiar tal concepción, sus principales elementos, las principales consecuencias que produce y, desde luego, las dificultades que plantea para el pensamiento jurídico en el Estado constitucional y su relación con la idea de democracia, resulta necesario comprender e identificar algunos de los principales cambios que se han desarrollado en los principales sistemas jurídicos de orientación constitucional.

Precisamente una de las ideas centrales que inspiran el presente texto tiene como raíz el advertir la manera en que la transformación del pensamiento jurídico desde la noción de *Estado de derecho* hacia lo que considero algo cualitativamente distinto como lo es el paradigma del *Estado Constitucional de derecho* dentro de la doctrina del constitucionalismo⁴, de hecho, debería

ser interpretado como una oposición a la propuesta presentada por Luigi Ferrajoli que permite distinguir al “constitucionalismo político” del “constitucionalismo jurídico”. En el presente trabajo se estima que tal distinción podría llegar a ser útil para efectos analíticos, pero no es necesariamente consistente con un enfoque de “constitucionalismo” como el que se abordará más adelante. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista.” *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 34, 2011, p.19. Para una conceptualización más acabada de los elementos que incorporaría el “paradigma del Estado Constitucional de Derecho”, puede verse con más detalle *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, t.1, pp.801-804.

⁴ De acuerdo con Rolando Tamayo “el constitucionalismo son los intentos por establecer o señalar límites jurídicos a los gobernantes o detentadores del poder de una comunidad política. Encuentro que el constitucionalismo tiene una característica esencial: es una limitación impuesta al gobierno. El constitucionalismo se propone, así, sustituir el gobierno arbitrario y despótico por un gobierno del derecho”. *Cfr.* Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio... op cit.*, p. 91.

Al respecto, estoy de acuerdo en que tanto la concepción clásica del Estado de derecho o Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional podrían reivindicar este ideal, sin embargo, tengo la impresión de que el papel

modificar muchas de las concepciones dominantes sobre el papel que desempeñan quienes desarrollan una función interpretativa en una democracia constitucional, así como de las y los juristas que se encargan del estudio del derecho en ese contexto. Para alcanzar este fin, sin duda complejo, en este apartado me propongo identificar la relación existente entre el paradigma dominante de la noción Estado de derecho y la determinación del objeto de estudio del positivismo jurídico: la ley. Ello con la finalidad de comprender la manera en que a partir de la conformación del moderno Estado constitucional ha variado de modo determinante el objeto de estudio al que las y los juristas se refieren (en especial aquellos de orientación normativista) y por ende, la necesidad de transformar la comprensión de la forma en que operan los procesos interpretativos de las y los operadores jurídicos en la democracia constitucional.

Cabe hacer en primer lugar algunas advertencias para quienes se aproximen al presente texto. A lo largo de las siguientes páginas no me propongo analizar de manera detallada y pormenorizada todas y cada una de las características de los modelos teóricos que son objeto de este apartado (Estado de derecho y Estado constitucional), sino identificar tan solo aquellos elementos que pueden ser relevantes para comprender la manera en que los procesos de interpretación judicial en los Estados constitucionales modernos tienen cabida a fin de advertir mejor algunos de los principales problemas que tienen lugar en este marco.

En el presente apartado me propongo examinar los siguientes aspectos: a) en primer lugar, desarrollaré una breve explicación de los fundamentos y aspiraciones que dieron lugar al modelo llamado Estado de Derecho; b) posteriormente, explicaré cuáles fueron las ideas centrales que conformaron tal visión o manera de comprender tanto la ley como el derecho para posteriormente analizar; c) la manera en que la concepción de la ley propia de esta concepción entró en una crisis profunda frente a la emergencia del modelo de pensamiento propio del modelo denominado Estado constitucional.

1.1.1. La visión dominante de la noción *Estado de derecho*

El ocaso de las monarquías autoritarias y los modelos inscritos en el despotismo ilustrado

que en el modelo del Estado constitucional se asigna a los derechos fundamentales y los problemas que de ello se deducen constituye una diferencia cualitativa y determinante que me permitiría hablar de una auténtica transformación de la concepción de las normas jurídicas en cada uno de estos modelos.

supuso la emergencia de un nuevo modelo de justicia cuyo propósito central se encontraba en la eliminación de la tiranía, la arbitrariedad, los privilegios y las inmunidades propias del esquema planteado por el “antiguo régimen”, en donde la voluntad general del pueblo representado por el parlamento se erigiera como el pilar fundamental de la sociedad⁵.

Así, se instituyó un sistema de pensamiento en donde, junto a la voluntad general, se construyeron diversos postulados como la división de poderes, la libertad y la igualdad, que le dieron sentido a una nueva manera de concebir la organización de la sociedad en donde la idea de ciudadanía tendría un papel central⁶. De igual manera, Habermas y Elías Díaz coinciden en resaltar un aspecto que me parece central para comprender la noción de Estado de Derecho. De acuerdo con estos autores, la dominación política ya no es producto de aspectos religiosos como la autoridad divina, ni viene dada de una apelación ontológica a alguna clase de principios naturales e inmutables; la dominación política se desarrolla a partir de un artificio social encarnado por el imperio de las leyes⁷.

Bajo dichos parámetros no es difícil imaginar el papel que llegarían a desempeñar las leyes en este sistema. Expresión directa de la voluntad del pueblo representada a través del parlamento democrático, la *ley* se convertiría quizá en el estandarte más representativo del combate a la opresión, la arbitrariedad, y en un vehículo para la eliminación de privilegios en la medida en que todas las personas se encontraban sujetas a su voluntad.

La relevancia que adquiriría la ley en el naciente Estado moderno, constituyendo la expresión más clara del ascenso de la burguesía al poder y como resultado de la voluntad general que hemos referido verificó un importante impulso durante los siglos XVIII y XIX al

⁵ De acuerdo con Luis Prieto Sanchís: “la voluntad general representa el más formidable instrumento a favor de la justicia de la ley, y de su obediencia sin condiciones, cancelando la distancia que separa la autonomía de la moral de la heteronomía del Derecho”. Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos*, Madrid, “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, 1998, p. 14.

⁶ Para Charles de Secondant Barón de Montesquieu: “La libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro.” Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, 1ª Reimpresión, Madrid, Tecnos, 1987, p. 107.

⁷ Cfr. Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 595. Y en el mismo sentido Cfr. Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 10ª ed., Madrid, Taurus, 2010. Introducción.

movimiento de la codificación tal y como lo advierte Santiago Nino⁸.

El movimiento de la codificación representó de cierta forma la culminación del postulado racionalista, de origen iusnaturalista, permitiendo por una parte “modificar la actitud de los juristas hacia el orden positivo” y por la otra, generando una “real fascinación sobre los hombres del derecho” en la medida en que los códigos: a) representaron una gran ventaja técnica al ordenar y sistematizar el derecho existente; b) reflejaron los ideales racionalistas de la época, anclados en la concepción de principios últimos, inmutables, y absolutos, propios del pensamiento liberal y; c) se fundaron en la voluntad general al ser producto de la voluntad soberana del pueblo⁹.

Los ingredientes anteriormente descritos generaron las condiciones adecuadas para la consolidación del modelo conocido como “Estado de derecho” o “*rule of law*” para la tradición inglesa. El propósito fundamental de esta concepción se relacionaba con una misión ubicada como el principal blanco de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII en Francia y en Norteamérica: la eliminación del poder arbitrario del Estado¹⁰.

El movimiento de la codificación acompañado con el ideal de la ley como representación de la voluntad general, como ya lo hemos apuntado, permitiría por tanto articular un dogma fundamental para el positivismo jurídico y que sugiere la importancia de una férrea sujeción de personas y jueces al imperio de las leyes, en otras palabras: El Estado de derecho¹¹.

De esta manera, como sostiene el profesor Neil MacCormick, “los códigos y las leyes de la época moderna, representa [rían] una respuesta institucional a la ideología del ‘Estado de Derecho’ como condición para la libertad”¹². Quizá sea por ello que con el nacimiento del Estado moderno se sentarían las condiciones propicias para el cambio de paradigma que

⁸ Nino, Santiago, *¿Es la dogmática jurídica “dogmática”?*, Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal) 1ª Reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 23.

⁹ *Ídem*

¹⁰ Para Joseph Raz, “el derecho inevitablemente crea un gran peligro de poder arbitrario” y por tanto “el Estado de derecho está hecho para minimizar el peligro creado por el propio derecho”. Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho*, Trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 1982, p.279. De igual manera, Cfr. Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio... op. cit.*, pp.100 y 101.

¹¹ El propio Raz afirmaría en un tono sublime que: “El Estado de derecho es la específica excelencia del derecho”. *Ibidem*, p. 281

¹² MacCormick, Neil, “Retórica y Estado de Derecho” *Revista Isegoría*, núm. 21, 1999, p. 279.

supuso el desarrollo de esta concepción.

Podríamos afirmar que existen al menos dos maneras de comprender la noción Estado de Derecho. En primer lugar, una perspectiva amplia de cuño más formalista que reconoce que el Estado de Derecho encarna el hecho de que toda acción gubernamental debería tener “una fundamentación en el derecho, es decir, estar autorizada por el derecho”¹³. Siguiendo a H. L. A. Hart, la noción Estado de Derecho nos conduce a dos ideas primordiales: a) Que las personas regidas por el Derecho deban obedecerlo; y que b) el Derecho debería ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por éste¹⁴.

Dentro de esta visión amplia o formalista de la noción Estado de derecho podríamos distinguir algunos matices teóricos. Primeramente, se encontraría una posición que señalaremos aquí como radical, la cual parecería enfatizar la necesidad de obediencia a las leyes del Estado sin analizar, por un lado, su contenido específico (es decir, si es compatible con principios o valores de justicia) o bien si su origen deviene del pacto democrático representado por la voluntad general (y que asegura que no sea una expresión de alguna forma de tiranía)¹⁵.

Esta concepción de la noción “Estado de derecho” es particularmente coincidente con algunas de las formulaciones de aquello que se ha denunciado como “positivismo ideológico” el cual reconoce la necesidad de obedecer la ley por el simple hecho de ser la ley, independientemente de que tal sistema de reglas cumpla o no con algún postulado de justicia. Incluso este *legalismo ideológico* presenta a la “ley como expresión de la voluntad soberana”, la cual “debe ser la suprema e indiscutible fuente del derecho y sobre ella no cabe control alguno”¹⁶. Al parecer, cuando utilizamos dicha concepción en realidad nos referimos más a un “Estado legal” que a la noción “Estado de Derecho” que me interesa explicar como posición dominante durante el siglo XIX¹⁷.

¹³ Cfr. Raz, Joseph, Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho... op cit.*, p. 265.

¹⁴Esta idea es citada por Joseph Raz. *Ibidem*, p. 267.

¹⁵ Cfr. *Ídem*.

¹⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”, en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado. Derecho Público e Historia Constitucional*, España, Junta General del Principado de Asturias, núm. 4, 2006, p. 33.

¹⁷ Francesc de Carreras en realidad opone la noción de “Estado legal” frente a “Estado de Derecho” en sentido sustancial, que a mi juicio se vincula más con lo que el día de hoy denominaríamos como “Estado Constitucional de Derecho”. Cfr. De Carreras, Francesc, *El Estado de Derecho como sistema*, Madrid, Centro de Estudios

Dejando de lado lo anterior, la idea más representativa de la noción Estado de Derecho que se desarrolló en el ámbito de las tradiciones continentales europeas, si bien presenta aspectos formales en su configuración teórica, de alguna manera incorpora dentro de sus postulados los principales ejes teóricos del pensamiento ilustrado de finales del siglo XVIII.

Antes de analizar ciertas implicaciones de la concepción dominante de la noción Estado de derecho quisiera resaltar que frente a estas concepciones amplias o más formalistas de dicha noción podríamos oponer una visión distinta para distinguir entre un modelo constituido simplemente por leyes frente a otro esquema dotado de contenido material en donde “los derechos fundamentales no están a la libre disposición del legislador, sino que están por encima suyo y se le imponen”¹⁸ De este enfoque me ocuparé al analizar el proceso de emergencia del modelo que se ha denominado Estado constitucional.

En este punto, me interesa particularmente detenerme a revisar algunas de las notas que pueden ser consideradas como características de la perspectiva dominante de la noción Estado de Derecho¹⁹ y de su relación con el papel de la ley. Para ello, resulta importante recordar que el positivismo jurídico aparecerá, tal y como lo sostiene Prieto Sanchís, estrechamente vinculado a un modelo determinado de derecho, en el contexto teórico y cultural que hemos señalado y que “en líneas generales coincide con la fórmula general del Estado liberal de derecho”²⁰. En otras palabras, el positivismo jurídico construyó el andamiaje teórico que mejor explica los postulados de la noción dominante de Estado de derecho y es

Constitucionales, 1996, p. 15. Por otra parte, para el Dr. Rolando Tamayo ambas formulaciones Estado de derecho y Estado Constitucional en realidad se sustentan en los dogmas básicos de la doctrina denominada como Constitucionalismo y que, de alguna manera, sería la ideología jurídica de la dogmática constitucional. *Cfr.* Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio... op. cit.*, p. 93.

¹⁸ De Carreras, Francesc, *El Estado de Derecho... op. cit.*, p. 15. En el mismo sentido, Luigi Ferrajoli identifica dos usos diferentes de la expresión Estado de Derecho. Una expresión utilizada en sentido débil o formal que correspondería con lo que él denomina el modelo paleo-positivista del Estado legislativo de derecho o (Estado legal) un segundo sentido de carácter fuerte o sustancial con el que identifica el Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional) *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2ª ed, Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 13-15.

¹⁹ Esta concepción es la que correspondería con la idea del modelo “paleo positivista del Estado legislativo del Derecho expuesta por Luigi Ferrajoli. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “*Constitucionalismo principialista*”... *op. cit.*, pp.19.

²⁰ Prieto Sanchís, Luis, “Iusnaturalismo, positivismo...”, *op. cit.*, p. 34.

una expresión del mismo²¹,

Con el propósito de dibujar de manera más clara la concepción de la ley que subyace en la explicación positivista de la noción dominante del Estado de derecho, considero relevante utilizar las tres dimensiones propuestas por el profesor Francesc de Carreras que se expresan en: a) El reconocimiento del principio democrático; b) el principio de separación de poderes; y c) el principio de separación jurídica, las cuáles me permitirán de alguna manera organizar los diversos postulados teóricos que se han sostenido en relación con esta noción en función de diversas notas relevantes asociadas a cada una de estas²².

En relación con la noción del principio democrático, debe recordarse que una de las principales tesis de la noción dominante del Estado de derecho afirma que todas aquellas personas que conforman los órganos del Estado (y, desde luego, las y los ciudadanos) deberán encontrarse sometidas a normas previas establecidas por un órgano parlamentario. Esta determinación expresa claramente la necesidad de asegurar entre otros aspectos, la sumisión del poder político a las leyes del Estado²³ y en cierta forma es coherente con uno de los postulados de la tesis positivista que más adelante afirmará la relación entre derecho y la autorización del uso de la fuerza por parte del Estado²⁴.

Por otra parte, y tal como se enunció previamente, la noción dominante del modelo que hemos denominado como Estado de derecho reconoce como parte de la herencia de las revoluciones liberales del siglo XVIII a uno de sus componentes fundamentales: El principio de separación y control entre poderes. De acuerdo con este principio, la existencia del Estado requiere que sus propios órganos se encuentren separados entre sí y que para ello existan disposiciones normativas que determinen tanto su ámbito como sus límites de actuación.

La idea de la separación de poderes tendría como consecuencia fundamental (al menos en la vertiente europea del concepto) un enaltecimiento del papel del legislador como legítimo detentador de la voluntad popular que, como ya hemos resaltado, le conferiría una autorización

²¹ Resulta importante comprender el papel que desarrollaría en el pensamiento jurídico la denominada dogmática jurídica. Además, para mayores referencias de la distinción entre dogmática jurídica y teoría del derecho. *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, “Dogmática Jurídica y Teoría Moral”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm 4, 1996, pp.29-42. Además, *Cfr.* Jori, Mario “I concetti di diritto nel pensiero giuridico positivo”, *Saggi di Meta-giurisprudenza*, Milán, Giuffrè Milan, 1985, pp. 263-299.

²² *Cfr.* De Carreras, Francesc, *El Estado de Derecho... op. cit.*, pp. 20 y 21.

²³ *Ibidem*, p. 14.

²⁴ *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, “Iusnaturalismo, positivismo...”, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

exclusiva en el proceso de creación del derecho. Más adelante explicaremos cómo tal enaltecimiento de la función parlamentaria se relacionará de manera decisiva en lo que constituyen las formulaciones más arcaicas el mito del legislador racional²⁵ y la idea de neutralidad de la ley²⁶ que contribuyeron de manera decisiva a la consolidación de una concepción estatalista y legalista de las fuentes del Derecho²⁷;

Como una consecuencia del reconocimiento a la legitimidad de creación del derecho basada en la expresión de la voluntad popular por parte del parlamento, la idea de la separación de poderes fue llevada al extremo imponiendo a juzgadores una exigencia de aplicación mecánica del derecho²⁸ que evitara la desnaturalización de dicha voluntad e impidiera que los jueces modificaran aquello que el propio pueblo había expresado a través del órgano legislativo y que era, en suma, la expresión más genuina de esa voluntad popular. Fue así que la existencia de un legislador racional (que no sólo expresa la voluntad del pueblo, sino que lo hace sin posibilidad de equivocación, ambigüedad, indeterminación o contradicción, como veremos más adelante) fue el parteaguas para la instalación de una concepción mecanicista o meramente subsuntiva de la interpretación que acompaña la idea imperativista de la norma jurídica como mandato de estructura tripartita donde a un supuesto fáctico se anuda una consecuencia jurídica mediante un nexo deóntico²⁹.

Finalmente, el principio de separación jurídica establecerá como una de sus principales premisas la exigencia de que el ejercicio del poder se limite a la producción y aplicación de normas jurídicas previamente establecidas. En otras palabras, no existe posibilidad alguna para la modificación de la voluntad del pueblo a través del parlamento y este último proporciona al

²⁵ *Ídem*.

²⁶ Aunque la formulación expuesta por Hans Kelsen es posterior a las nociones del positivismo decimonónico que se exponen en este punto, la concepción relativa a la neutralidad de la ley expresa de manera muy clara aquello que puede comprenderse a través de la expresión “neutralidad de la ley” En este sentido, Kelsen afirma que: “En la medida en que la ciencia del derecho tiene, en general, que responder a la pregunta de si un comportamiento concreto es lícito o ilícito, la respuesta solo puede consistir en una declaración con respecto a si esa conducta se encuentra ordenada o prohibida, facultada o no, permitida o no en el orden jurídico que ha de describirse con prescindencia de si quien formula la declaración considera esa conducta moralmente buena o mala, la aprueba o la desaprueba”. Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1996, p.94.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios... op. cit.*, p. 6.

²⁹ *Cfr.* Prieto Sanchís, “Iusnaturalismo, positivismo...”, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

sistema jurídico todas las respuestas que necesita. Como consecuencia de ello, la noción de Estado de derecho expresada por el positivismo jurídico establecerá como una de sus herramientas conceptuales más relevantes aquella que reconoce una pretensión de unidad, coherencia y completitud del sistema normativo³⁰ la cuál puede ser advertida a través de un estudio racional y neutral del derecho³¹ que permita describir de manera clara lo que el ordenamiento jurídico es.

En todo este contexto, no debe resultar extraño advertir que los elementos que según el propio Francesc de Carreras definirían el pensamiento jurídico alemán anterior a 1914 en relación con la noción dominante del Estado de derecho serían los principios de: primacía de la ley; reserva de la ley; legalidad de la administración, así como el de control judicial de los actos de la administración; y el de responsabilidad del Estado por daños causados por hechos ilícitos cometidos por funcionarios públicos en cumplimiento de tareas propias de la administración³².

Como se puede apreciar en los elementos antes citados, el modelo del Estado de derecho durante el siglo XIX y una parte importante del siglo XX elevó a la ley a un papel de enorme centralidad y privilegio con las consecuencias que más adelante advertiremos. Al respecto, resulta particularmente interesante recoger la expresión de Luis Prieto Sanchís relativa a que el siglo XIX puede ser ubicado como “el gran siglo del legalismo”, aspecto que denota la enorme reputación y adeptos que dicha concepción alcanzó en el pensamiento jurídico³³. Quizá ésta sea una de las principales razones que permitirían el enorme e importante desarrollo del pensamiento positivista que sin duda caminó de la mano del modelo dominante de Estado de Derecho, y desde luego la identificación primordial de su objeto de estudio: la ley

³⁰ La Dra. María del Carmen Barranco afirma que: “La herramienta que en la escuela de la exégesis permite presentar el derecho como coherente y pleno es el recurso a la voluntad del legislador” Voluntad que en el conjunto normativo es “siempre única, justa y operativa”. Cuando más adelante se analice la noción tradicional de la seguridad jurídica volveremos sobre esta idea. *Cfr.* Barranco Avilés, María del Carmen, “Sobre el método jurídico tradicional como ficción” en *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor M.G Losano*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 10. Véase también Nino, Santiago, *¿Es la dogmática jurídica...?*, *op. cit.*, pp. 24 y 25. Véase también sobre este particular Prieto Sanchís, “Iusnaturalismo, positivismo...”, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

³¹ En este sentido, y tal como lo afirma Santiago Nino, en principio no habría razón para pensar que el jurista no procede según esos cánones científicos. Seleccionaría a las normas que formarían el objeto de su investigación en [sic] base a criterios que recogen características objetivas de esas normas. *Cfr.* Nino, Santiago, *¿Es la dogmática jurídica...?*, *op. cit.*, pp. 29

³² *Cfr.* De Carreras, Francesc, *El Estado de Derecho...* *op. cit.*, p. 14.

³³ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios...*, *op. cit.*, p. 18.

del Estado.

Me interesa mucho destacar aquí la estrecha vinculación entre los elementos de la doctrina asociada al modelo del Estado de derecho y la consolidación del pensamiento positivista. Lo anterior, porque me parece que una de las apuestas más significativas de la teoría jurídica en el marco del citado paradigma se vinculó de manera especialmente relevante en el ideal de racionalización de los procesos de análisis y estudio del Derecho, pero también, como analizaremos más adelante, en la posibilidad de extender ese marco racional en las labores de las y los operadores jurídicos³⁴.

Como se analizará en el capítulo segundo del presente estudio, esta visión formal propia del modelo asociado al “Estado de derecho” anclada en el pensamiento positivista de cuño racionalista ha generado una serie de convicciones sumamente arraigadas en amplios sectores del pensamiento jurídico. Me parece que una de las principales edificaciones que debemos a la dualidad Estado de derecho-positivismo y que dificultan en nuestros días la interpretación constitucional de los derechos fundamentales se encuentra fuertemente vinculada a lo que en este estudio denominaré como la noción tradicional de la seguridad jurídica.

1.1.2. La emergencia del modelo asociado al Estado Constitucional frente al modelo que se vincula con el Estado de derecho

La noción dominante de la idea Estado de derecho no tenía un pasaporte de perpetuidad en la historia del pensamiento jurídico. Si bien este paradigma estableció una manera particular de entender la ley que, como vimos, respondió al ideario del pensamiento positivista, tal concepción fue sometida a un fuerte cuestionamiento, así como a una serie de postulados que sacudirían en definitiva la viabilidad del llamado Estado legal. Para explicar lo anterior resulta importante identificar algunos de los elementos que son, en cierto modo, responsables de esa crisis.

Es particularmente llamativo el hecho de mirar el desenvolvimiento y consolidación de

³⁴ El profesor Luis Prieto Sanchís ha advertido: “que el derecho y singularmente la ley, representen o deban representar el fruto de una actividad racional, que sirvan o deban servir como instrumento para la racionalización de las relaciones sociales, o ambas cosas al tiempo, son cuestiones y propuestas que no han dejado de estar presentes en muchas fases del pensamiento jurídico; y todo parece indicar que hoy reaparecen de nuevo” Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios...*, *op. cit.*, p. 5.

los distintos modelos de Estado que se generaron, en Francia por una parte y en los Estados Unidos de América por la otra, como resultado de las revoluciones liberales del siglo XVIII. No obstante que en ambos casos se desarrolló una lucha contra regímenes políticos respecto de los cuales se acusaban una serie de demandas basadas en un sentimiento de injusticia, y que en ambos modelos se instituyeron como elementos centrales de las conquistas revolucionarias sendas declaraciones de derechos o *bill of rights*, lo cierto es que ambas perspectivas presentaron una notable diferencia: la manera de entender el papel de la ley en la sociedad.

Podríamos afirmar que mientras que en Francia (y como consecuencia en el mundo continental europeo) el papel de la ley asumió las notas características de la noción dominante del paradigma del Estado de derecho que acabamos de exponer (con los problemas que analizaremos más adelante), que de alguna manera estableció un modelo de “culto por la ley”³⁵ así como respecto las bondades de la legislación, lo cierto es que en los Estados Unidos, siguiendo en buena medida el ejemplo instaurado por el Estado de derecho inglés³⁶, la situación fue diametralmente opuesta por diversas razones.

Sin pretender ingresar a profundidad en un capítulo de la historia jurídica que tenga como telón la parte final del siglo XVIII en Europa y América, es posible establecer algunas notas básicas en relación con la manera en que las revoluciones francesa y norteamericana evolucionaron en relación al papel que tenía la ley en el imaginario de sus juristas. Así, resulta particularmente interesante comprender de manera general algunas de las fuentes que motivaron tales procesos revolucionarios y que a la postre determinarían un rumbo distinto de sus modelos y concepciones sobre el papel del derecho en la sociedad.

³⁵ No debemos olvidar que esta manera de entender el papel de la ley propia del paradigma dominante constituye uno de los rasgos más importantes que articularon en alguna medida el programa racionalista que construyó una visión “científica” del derecho. Siguiendo al propio Sanchís: “el llamado «fetichismo de la ley» propio del positivismo, al margen de que pudiera ser también una ideología, en cuanto tesis teórica pretendía presentarse como una descripción del orden jurídico vigente. Prieto Sanchís, Luis, “Iusnaturalismo, positivismo...”, *op. cit.*, p. 35.

³⁶ Tal y como afirma el Dr. Rolando Tamayo, la concepción del Estado constitucional en Inglaterra es simple, “supremacía del derecho, supremacía que consiste en la igualdad de todos ante el derecho y el predominio del *Common Law* sobre cualquier decisión arbitraria” Además, de acuerdo con nuestro autor “en la lucha por el Estado de derecho la participación de los tribunales fue, como señalé, decisiva. Sin la existencia de tribunales independientes el curso de Inglaterra bien hubiera podido ser otro”. *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción al Estudio... *op. cit.*, pp. 190 y 191.

Mientras que en Francia la revolución se estableció como un proceso tendiente a subvertir el sistema de dominación existente de tal manera que el mismo permitiera la edificación de una sociedad basada en el derrumbe de un soberano unipersonal y autoritario y que eliminara los privilegios que detentaba la clase dominante, en los Estados Unidos, por decirlo de algún modo, el enemigo se encontraba fuera de casa. De esta manera, algunos de los reclamos más fuertes de los colonos norteamericanos se enderezaban en contra del parlamento británico en la defensa de lo que consideraban propiamente como sus derechos naturales³⁷.

Esta situación quizá contribuiría a explicar por qué “la revolución norteamericana no buscara un legislador virtuoso y omnipotente” como sucedió en Francia en donde la proclamación del culto a la ley enarboló la bandera del derrocamiento de la tiranía e instituyó este modelo como un reconocimiento de la voluntad general del pueblo, soberano definitivo del Estado³⁸. Por el contrario, los colonos norteamericanos buscaron limitar al legislador para garantizar la protección de sus derechos³⁹.

Sin pretender ingresar de manera detallada en el modo en que surge el pensamiento constitucional que se ha desarrollado hasta nuestros días (aspecto que, desde luego, rebasa por mucho el propósito del presente estudio), me parece interesante resaltar que uno de los aspectos que a mi juicio contribuyeron para sentar las bases de lo que hoy identificamos claramente como el constitucionalismo moderno se vincula con una concepción particular de la posición de la ley en el sistema jurídico. En efecto, se ha sostenido que las bases de lo que aquí hemos denominado como Estado Constitucional de derecho (o incluso Democracia Constitucional desde otra perspectiva) se forjarían a partir de la institución conocida como la revisión judicial norteamericana (*judicial review*), misma que es consistente con una concepción

³⁷ Para Fioravanti, los revolucionarios franceses observaron en la experiencia constitucional la oportunidad de establecer las bases de la voluntad popular a través de la unidad política del Estado, mientras que para los colonos norteamericanos el ideal de constitución se fijó como reglas inviolables que determinaban la acción política del Estado. Fioravanti, Mauricio, *Apuntes de historia constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 1996, pp. 86-90. Desde otra perspectiva distinta, Habermas siguiendo a Thadden afirma que la Revolución Americana fue, “por así decir resultado de los acontecimientos, la Revolución Francesa la hicieron los protagonistas con plena conciencia de estar haciendo una revolución”. Cfr. Habermas, Jürgen, *Factidad...*, *op. cit.*, p. 592

³⁸ Cfr. Es importante recordar aquí por ejemplo la enorme desconfianza de la revolución francesa hacia el poder de los jueces. Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p.26.

³⁹ Prieto Sanchís, Luis, “Iusnaturalismo, positivismo...”, *op. cit.*, p.55.

crítica de la ley en oposición del modelo denominado como “culto a la legislación”⁴⁰.

En este punto, vale la pena advertir que para Rolando Tamayo y Salmorán, la institución denominada como revisión judicial tiene su fundamento embrionario en el constitucionalismo inglés y la *Glorious Revolution*, particularmente a partir de las ideas relacionadas con la existencia de mecanismos jurídicos de control gubernamental a través de la limitación de las competencias de los órganos del Estado; la institución de la división de poderes, y la supremacía del derecho a través de la defensa de éste por parte de los tribunales, todos ellos con la finalidad de eliminar la arbitrariedad del poder político. Así, “las ideas del derecho natural, los ideales políticos de la ilustración, la tradición jurídica del Common Law, la práctica judicial de las colonias inglesas habrían de constituir el ideario del constituyente norteamericano”.⁴¹ En este punto, y si se me permite recuperar algunos elementos de una idea del propio Dr. Tamayo, podríamos afirmar que mientras que el modelo del Estado de derecho encarnado por el desarrollo del modelo francés, centró su atención en la igualdad y el imperio de la ley, el modelo de Estado constitucional en realidad, como veremos, pondría mayor

⁴⁰ En la sentencia del Caso *Marbury vs Madison*, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos John Marshall elaboró una argumentación que sintetizaría algunos de los postulados más relevantes de lo que tiempo después constituiría el pensamiento constitucionalista moderno. En dicha sentencia, se estableció que: “Las facultades de la legislatura están definidas ilimitadas; y para que esos límites no se confundan, ni olviden, se escribió la constitución. ¿Con qué propósito se limitaron esas facultades, y con qué propósito se asentaron esos límites por escrito, sin cualquier tiempo pudieran ser traspasados por aquellos a quienes intentó restringir? La distinción entre un gobierno, Con límites o sin ellos, queda abolida si esos límites no se constriñen a las personas a quienes se les impone, y si tanto las leyes permitidas como las prohibidas son igualmente obligatorias. Es una disyuntiva demasiado clara para hacer controvertida, que o bien la Constitución prevalece sobre todo acto legislativo que la contraría, o bien que la legislatura puede modificar la Constitución mediante una ley ordinaria”. *Cfr.* Resumen de la sentencia del Caso *Marbury vs. Madison* (1803) Guzmán Orozco, Guillermo (Selección, traducción y prólogo) *Fallos históricos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2000, pp. 84 y 85. De acuerdo con el Dr. Tamayo y Salmorán, la decisión del juez Marshall en realidad se encuentra basada en tres principios: “El poder judicial conoce de todas las controversias que puedan plantearse en ocasión de la aplicación del derecho; la constitución es, por definición, regla de competencia y, por tanto, no puede ser contrariada sin que el acto que la contraríe sea ultra vires; la única garantía de los derechos humanos la constituyen el control judicial de los actos del legislativo y de la administración”. *Cfr.* Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio... op. cit.*, pp. 238 y 239.

⁴¹ *Cfr.* Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio... op. cit.*, pp. 192 y 193.

atención al problema de los derechos y las libertades, a través de su protección judicial⁴².

Más allá de situar una polémica sobre si el modelo del Estado Constitucional presenta diferenciaciones solo de grado con el modelo del Estado de derecho, y que ambos se sitúan dentro de la denominada doctrina del constitucionalismo como pareciera ser la tesis del Dr. Tamayo (aspecto que discutiremos más adelante), visión de la que me aparto en este estudio, lo que me interesa en este punto es referir cómo a partir del desarrollo de la institución judicial norteamericana es posible revelar una posición crítica de la ley que no es elevada a un nivel de culto, como sucedería en el modelo continental europeo, más anclado a la perspectiva del Estado legislativo o a lo que aquí he llamado modelo dominante de la noción Estado de derecho.

A partir de esta posición crítica sobre la ley, sumada a una serie de procesos históricos relevantes fundamentalmente en Europa y particularmente al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en especial en lo relativo a la consolidación de modelos rígidos de Constitución y desde luego a una importante difusión de la idea de control constitucional, es que se generarían las condiciones necesarias para crear una profunda crisis del modelo dominante del Estado de derecho en sentido formal o Estado legal de derecho⁴³. En palabras del Dr. Joseph Aguiló

⁴² *Ibidem*, p. 196.

⁴³ Es importante hacer notar que el caso europeo presentó en el modelo de Tribunal Constitucional de Hans Kelsen, una visión particular de la idea de control constitucional como aspecto relevante para una sociedad democrática. Esta versión presenta algunas peculiaridades entre las que pueden destacarse: Como bien advierte Pedro Salazar, a) la idea de un Tribunal Constitucional se encontraba inserta en lo que sería la primera formulación de un modelo de democracia constitucional, pero con el problema de que para Kelsen el estudio de una teoría jurídica marchaba separada del estudio de una teoría de la democracia; b) Por otra parte, el modelo de Tribunal Constitucional Kelseniano presentaba diversas variantes en relación con lo que el modelo de control constitucional norteamericano. Entre otras diferencias, en el modelo de Kelsen, el propósito del Tribunal se relacionaba con asegurar la estabilidad del Estado y no la protección de derechos fundamentales o valor alguno; el propósito del Tribunal consistía en identificar los casos de *inconstitucionalidad formal* entendidos como la oposición de las normas inferiores a la Ley Fundamental del Estado, las cuáles podrían ser constitucionales si se reformara esta última; e incluso el propio Kelsen observaría la existencia de cierto tipo de cláusulas de contenido ambiguo o indeterminado como un potencial peligro en la medida que conferiría a los juzgadores un mayor poder en oposición al parlamento democrático. Para un análisis más profundo del modelo constitucional de Hans Kelsen, Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, “Notas sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Núm. 28, abril de 2008, p. 188. También resulta interesante la polémica que sobre el particular sostuvieron Schmitt y Kelsen. Cfr. Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre

Regla, esta crisis post positivista se produciría con la transformación del ideal del Estado de derecho por el del Estado Constitucional de derecho, o lo que es lo mismo, el tránsito del *imperio de la ley* al imperio de la Constitución⁴⁴.

De esta manera, el virtual destronamiento de la ley de su sitial de culto generó un creciente cuestionamiento, el cual fue cada vez más recurrente, en relación con los idearios de las distintas alternativas racionalistas derivadas de las construcciones positivistas al tiempo en que se acusaba al programa formal-normativista de “ser incapaz de poder afrontar los nuevos desafíos sociales que le planteaban los cambios sociales de inicios del Siglo XX”, por lo que estos elementos impusieron un grave problema de legitimidad del paradigma jurídico del Estado de Derecho que, a juicio de César Landa, “puso en evidencia la confrontación entre la norma jurídica y la realidad social⁴⁵”.

1.2. El carácter particular de las normas constitucionales y su relación con las leyes

Tengo particular interés en intentar comprender la manera en que el desarrollo del pensamiento constitucionalista ha reconocido una importante variación en el objeto de estudio de las y los juristas. De esta manera, si la concepción dominante del Estado de derecho se ajustó a las claves del pensamiento positivista, resulta especialmente importante identificar en qué medida la construcción del modelo denominado Estado constitucional ha generado una importante transformación en la situación que enfrenta el derecho en nuestros días y en qué medida dicha transformación requiere una nueva teoría del derecho que sea capaz de dar cuenta de manera adecuada de los principales problemas que supone la variación de su objeto de estudio.

La tesis particular que aquí se defiende en realidad partiría de asumir que el significado que hoy en día tiene la expresión constitución⁴⁶ incorpora una serie de aspectos particulares

el guardián de la Constitución en Crítica Jurídica”, *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, ISSN 0188-3968, núm 16, 1995., pp. 113-147.

⁴⁴ Aguiló Regla, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 666.

⁴⁵ Landa, César, “Crisis del Positivismo Constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Año VI, núm 6, p. 107.

⁴⁶ Recupero aquí un planteamiento metodológico expuesto por Rolando Tamayo y Salmorán, relativo a la importancia que tiene la asunción de un concepto de constitución en la medida en que la determinación de los

que van desde el pleno reconocimiento normativo de las constituciones⁴⁷, fundamentalmente de carácter escrito aunque no necesariamente, y que distinguiría cualitativamente a las normas constitucionales de otro tipo de reglas del sistema jurídico. Esta tesis en realidad supondría que las normas constitucionales poseen una serie de propiedades que no sólo constituyen una diferencia cuantitativa o de grado respecto a la concepción tradicional de las normas jurídicas, sino que tal distinción es en realidad de tipo sustancial o cualitativo.

Con este propósito, en el presente apartado me interesa destacar aquellos caracteres fundamentales que adquiere el pensamiento constitucionalista en nuestros días y entender hasta qué punto tal aproximación en realidad plantea una redefinición del papel de la ley en nuestros sistemas jurídicos. Me parece que esta situación se presenta en al menos dos vertientes: a) La que reconoce que las normas constitucionales constituyen en sí mismas normas jurídicas con diferencias cualitativas (y no sólo cuantitativas o de grado) con las leyes del Estado⁴⁸ y; b) la que plantea la relación de la constitución con las leyes del Estado (y fundamentalmente a partir de la idea del control constitucional de las leyes).

Para comprender los cambios suscitados en el objeto de estudio de las y los juristas a partir del desarrollo del pensamiento constitucional moderno, las dos vertientes antes referidas y relacionadas con la diferenciación en la concepción de las leyes y en relación con las mismas, expondré al menos tres ámbitos en donde tal modificación tiene relevancia: a) Respecto al proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales; b) respecto a la idea de

usos con que es empleada o comprendida una expresión permite comprender los “usos paradigmáticos” de ese concepto. *Cfr.* Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio... op. cit.*, p. 20 y 21.

⁴⁷ De acuerdo con Luigi Ferrajoli, en los ordenamientos que cuentan con constituciones rígidas, la garantía del derecho es posible gracias a la específica complejidad de su estructura formal caracterizada por una doble artificialidad, que se compone “no sólo por el carácter positivo de las normas producidas” sino por su sujeción al derecho “que es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho”. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 4ª ed., España, Editorial Trotta, 2004, p.19.

⁴⁸ Con esta tesis me aparto de los conceptos formales o procedimentales de Constitución ya que, a diferencia de lo aquí expuesto, existen algunas teorías que parten de una concepción formal de constitución, intentado hacer a un lado elementos “valorativos o emotivos” del concepto de constitución y que afirman que ésta esencialmente desempeña una función orientada a conferir facultades a través de un primer acto constituyente. De esta manera no existen normas constitucionales en sentido material que no sean normas que confieran facultades o que no sean parte de las condiciones de tal facultamiento. Todo lo que exceda esta caracterización, de acuerdo con Tamayo y Salmorán, “son prédicas sociales, idearios políticos, palabras de un texto, etc.” *Cfr.* Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio... op. cit.*, , pp. 260 y 261.

principios como un tipo particular de normas jurídicas y; c) respecto a la incorporación de principios y valores políticos y morales en las disposiciones iusfundamentales.

Las bases del pensamiento constitucionalista contemporáneo

Sería injusto (e incorrecto) afirmar que el pensamiento constitucionalista contemporáneo es monolítico y pacífico en la construcción de sus postulados⁴⁹. Por supuesto, no constituye la intención de este ensayo presentar una pormenorizada categorización de las distintas variantes del conjunto de autores y posiciones que modelan al día de hoy el constitucionalismo contemporáneo ni sus intrincadas polémicas y debates⁵⁰.

Debo precisar que el presente trabajo utilizará como referente para la identificación del concepto de constitución la idea según la cual la constitución, más que un fenómeno social (que sin duda lo es, pero de ello no me ocuparé en este estudio, aunque en algún momento se realizarán algunas consideraciones que pudieran presuponerlo⁵¹), constituye ante todo una norma jurídica, aunque no exclusivamente orientada a ser la base del reconocimiento de facultades de todo el orden jurídico histórico de un Estado como sostendrían ciertos enfoques de cuño positivista⁵². De esta manera, este trabajo parte de la premisa de asumir la noción de constitución, en términos generales, desde el *Modelo axiológico de la constitución como norma*⁵³. El

⁴⁹ Al respecto puede verse el interesante análisis sobre los enfoques del constitucionalismo moderno de cuño naturalista y positivista expuesto por Luigi Ferrajoli. Cfr. Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo principialista...", *op. cit.*, pp.15-53

⁵⁰ Sobre este aspecto resulta interesante la clasificación expuesta por Paolo Comanducci en relación a que existen diferentes perspectivas del significado de la interpretación constitucional en función de la existencia de diversas concepciones sobre el significado del objeto denominado "Constitución" que a su vez nos remiten a los diferentes enfoques teóricos sobre este tema. Cfr. Comanducci, Paolo, "Modelos e interpretación de la Constitución" en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, pp. 41-70.

⁵¹ Sobre la transformación y diferentes usos del concepto constitución, e incluso su consolidación como constitución escrita, resulta fundamental el trabajo del profesor Rolando Tamayo y Salmorán. Cfr. Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio... op. cit.*, pp. 19-83.

⁵² *Ibidem*, p. 260 y 261.

⁵³ El propio Comanducci ha propuesto distinguir las concepciones empíricas de la constitución (situadas más como expresión del ser que del deber ser) designando a tales modelos con la noción "Constitución como orden", frente a la consideración, que es la que seguiré en el presente estudio, de constitución como norma. De igual

propósito del este apartado pues, se relaciona con una identificación más o menos general de las bases más importantes de esta forma de pensamiento en contraste con el modelo formal o restringido de la noción Estado de derecho⁵⁴.

Sigo a Comanducci en esta identificación con una organización diferente de los elementos expuestos⁵⁵, la idea del constitucionalismo de las reglas en realidad operaría como la derivación y transformación de la noción Estado de derecho o Estado legal que fue revisada de manera precedente y ha tenido un fuerte desarrollo fundamentalmente a partir de la consolidación de los modelos democráticos establecidos en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, y en América, como parte de la transición de las dictaduras o gobiernos autoritarios que asolaron a la región, sobre todo durante la segunda mitad del siglo XX.

El pensamiento constitucionalista antes citado advierte características relevantes relacionadas a la idea de constitución como norma, así como del vínculo de ésta con las leyes del Estado. Sin la intención de ser exhaustivos en esta idea, referiré algunos de los aspectos fundamentales que ya nos conceden reconocer ciertas distinciones con el enfoque y posición de las leyes en el Estado legal y de las características particulares de la norma constitucional.

manera, distingue los enfoques descriptivo o axiológico que pueden asumir los enfoques referidos. Así las cosas, no me interesa, como se observará a lo largo del presente trabajo, asumir una postura meramente descriptiva de la Constitución, ya que tal perspectiva no resultaría coherente con lo que a mi juicio debe establecer las bases de una nueva teoría constitucional en oposición al positivismo tradicional, aspecto que explicaré más adelante. *Ídem*. En cuanto al papel que debería adoptar la ciencia jurídica respecto al derecho, me parece adecuado el enfoque metodológico propuesto por Luigi Ferrajoli, en el sentido de reconocer que es propósito de la ciencia jurídica más que descriptivo debe orientarse hacia un “papel crítico y proyectivo en relación con su objeto, desconocido para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista” Ello implicaría reconocer al mismo tiempo una tarea científica y política de la ciencia del derecho. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías... op. cit.*, pp. 28 a 34.

⁵⁴ No puede dejarse de lado, que el reconocimiento de principios y valores políticos y morales como elementos de conexión entre el derecho y la moral, así como de otras tesis de lo que se ha denominado como “constitucionalismo principialista o argumentativo”, en contraste a una suerte de “constitucionalismo garantista” de cuño positivista, ha sido objeto de un fuerte cuestionamiento por un sector de la doctrina que defiende fundamentalmente la posibilidad de construir una teoría ius constitucionalista como una forma de consolidación del positivismo jurídico. Este cuestionamiento ha permitido, por ejemplo, que autores como Luigi Ferrajoli, afirmen que asumir un enfoque que reconozca principios y valores políticos y morales como parte de las constituciones modernas, nos conduce al riesgo de “una regresión premoderna del Derecho y de la cultura jurídica, generados por sus implicaciones pragmáticas” *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo Principialista... op. cit.*, p. 21.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 52.

En relación con los rasgos particulares de la Constitución como norma podemos observar que el paradigma axiológico de la constitución reconocerá: a) El carácter determinante de la Constitución como “vértice de la jerarquía de las fuentes del derecho”; b) La distinción cualitativa de las normas constitucionales con las leyes en general y no como una simple distinción de grado, es decir, las constituciones modernas incorporan tanto principios como reglas jurídicas⁵⁶ y que; c) este conjunto de reglas se ha instituido con el propósito de proteger los derechos fundamentales, así como de asegurar la democracia por lo que no se trata de un instrumento neutro sino de uno que afirma y defiende tanto principios como valores políticos y morales sustantivos.

El primer aspecto (la constitución como vértice de las fuentes) en buena medida generará una serie de consecuencias en el sistema jurídico a través de lo que se identifica como la constitucionalización del ordenamiento, mientras que tanto el segundo como el tercero (incorporación de principios jurídicos en la Constitución y exigencia de protección y garantía de los derechos humanos y la democracia) generan la necesidad de poner en duda algunas de las bases de la teoría positivista y comprender el papel que desempeña el discurso político y moral en el derecho.

Por otra parte, los aspectos mencionados tienen un impacto fundamental en los procesos de control constitucional de las leyes. Lo anterior es así en la medida que: a) El

⁵⁶ Debo señalar que en relación con la idea de “principios” entiendo por aquellos solo a aquellas reglas que mediante un acuerdo (o acuerdo aparente) democrático forman parte de la Constitución. De esta manera, no entiendo como principios jurídicos en la presente tesis a aquellas reglas que de manera implícita puedan ser deducidas del propósito general del sistema jurídico de acuerdo con sus propósitos políticos o morales (que sería la concepción de Ronald Dworkin). El presente únicamente entiende la noción de principios como aquellas formulaciones que se han expresado en la Constitución con características particulares y cualitativamente distintas de las normas jurídicas en sentido tradicional y que incorporan elementos políticos y morales como parte de las obligaciones jurídicas. Según Robert Alexy “Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser... La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.” Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83. Me aparto en este punto de la descripción de Comanducci que refiere que los principios jurídicos pueden ser reconstruidos incluso prescindiendo del texto de la Constitución, expresión que claramente hace referencia a la noción de Dworkin antes referida. Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación...”, *op. cit.*, p. 52

reconocimiento de la Constitución como vértice del sistema genera un efecto de irradiación⁵⁷ a todo el sistema jurídico que obliga a las y los jueces a interpretar las leyes en función de las normas constitucionales; b) el reconocimiento de principios y valores políticos y morales como normas jurídicas positivas funciona como un puente que vincula de manera irremediable al derecho y a la moral⁵⁸; c) el proceso de control constitucional abre la puerta para la ruptura del sistema de subsunción lógica que suele ser utilizado en los procesos de aplicación de las leyes para dar cabida a una interpretación constitucional a través de un sistema de balanceo y ponderación como el propuesto por Robert Alexy (y que desde luego, no prescinde por completo de la subsunción como la parte final de ese proceso, como se explicará más adelante); y d) la existencia de un severo cuestionamiento de la legitimidad democrática del

⁵⁷ Según Robert Alexy: “Los derechos fundamentales han alcanzado una influencia que va más allá de la relación entre el ciudadano y el Estado. Han adquirido un efecto de irradiación sobre el entero sistema jurídico”. Cfr. Alexy Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª edición, Madrid Fundación coloquio jurídico Europeo, 2009, p. 46. Cfr. Alexy, Robert; *Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad; The Spanish Constitution in the european constitutional context*, trad. de David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, p. 1507.

⁵⁸ Como lo sostiene Comanducci en la descripción del modelo que he asumido como telón de fondo del presente estudio: a) Los principios constitucionales son principios morales positivizados (que no moral positiva), y ello lo explicaré también más adelante); y b) La justificación de los procesos interpretativos no puede dejar a un lado la interpretación de los principios morales positivados. Cfr. Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación...”, *op. cit.*, p. 53. De esta manera, esta investigación reconoce la relevancia de mantener la tesis positivista en el ámbito metodológico en relación con la separación entre el derecho y la moral. Sin embargo, a diferencia de lo expuesto por diversos autores de cuño positivista, asumir la tesis de la separación no supone pasar por alto lo que en la teoría jurídica se conoce como “la tesis de la incorporación” o “positivismo incluyente”. Bajo esta forma de pensamiento podría afirmarse que: a) Existen ciertos principios políticos y morales que se han positivado en los ordenamientos jurídicos; b) Las remisiones del derecho a la moral son de carácter limitado y no conducen siempre a que en la aplicación del derecho interviene activamente la argumentación moral. Según Juan José Moreso, sería necesario agregar una tesis adicional en donde la diferencia práctica del derecho va de la mano de su estructura institucional. Desde esta última posición, la estructura institucional del derecho implicaría que no todos los operadores jurídicos aplicarían de la misma manera argumentos morales para la aplicación del derecho. Me parece que incluso prescindiendo de esta tesis, una concepción positivista incluyente puede ser compatible con un modelo axiológico de la constitución, en la medida en que es el acuerdo fundamental o el aparente acuerdo fundamental de la sociedad el que define cuáles son los valores que deben ser reconocidos como parte del ordenamiento jurídico, pero una vez incorporados, resulta indiscutible que la constitución presenta una defensa por tales valores, independientemente de cuál será su significación definitiva. Cfr. Moreso, José Juan, *Ethica More Iuridico Incorporata*, México, Fontamara, 2013, pp.61 a 69.

proceso de control constitucional de las leyes en la medida que se otorga a los poderes judiciales un poder contra-mayoritario a la voluntad general del pueblo expresada en la decisión de los parlamentos democráticos.

Como puede apreciarse, los puntos anteriormente expuestos, relacionados con el carácter particular de las normas constitucionales, así como con los procesos de interpretación en el contexto del control constitucional de las leyes, establecerán las bases de la transformación de la concepción positivista arraigada en el ideal del Estado de derecho o Estado legal de derecho. A continuación, me detendré en la explicación de los principales aspectos referidos de acuerdo con la organización que me he propuesto.

1.2.1. La constitucionalización del ordenamiento: Reconocimiento en la cúspide del sistema de normas constitucionales que informan a todo el sistema jurídico

Me parece que la expresión “constitucionalización del ordenamiento” de alguna manera simplifica una serie de ideas relevantes del pensamiento constitucional contemporáneo que, en cierto modo, nos ayudan a comprender algunos de los aspectos centrales de esta forma de pensamiento. Me interesa exponer tales concepciones en la medida en que las mismas suponen una modificación relativa a la concepción de las leyes en lo general y de las disposiciones constitucionales en lo particular.

El término “constitucionalización del ordenamiento” suele ser utilizado cuando se intenta advertir: a) Una particular concepción que se tiene de la Constitución; b) la posición que la Constitución juega en relación con el resto del ordenamiento; o bien, c) una serie de atributos que presentan las normas jurídicas que la componen o el documento entendido en su integridad en donde los derechos fundamentales juegan un papel esencial.

En primer lugar, la expresión “constitucionalización del ordenamiento” constituye la expresión más clara del tránsito que va de la concepción meramente política de la idea de Constitución hacia su pleno reconocimiento normativo. En otras palabras, del importante cambio conceptual que supone pasar de una concepción formal en donde la constitución adquiere sólo una función nominal y en donde evidentemente no constituye una auténtica fuente de regulación normativa (Constitución nominal), o bien de ser identificada como una mera “consagración formal de un puro sistema de dominación” (Constitución semántica) hasta el momento en que se le reconoce como un documento jurídico que tiene la capacidad de

“regular y dominar” el proceso político real en un Estado⁵⁹.

Dicho de otro modo, la transformación del ideal constitucional ya no solo pretende reconocer a la ley fundamental del Estado o constitución escrita como un instrumento que consagra el ideario económico, político y social en donde queden plasmados los intereses de una sociedad diferenciada o un programa político que puede o no cumplirse en la realidad, sino que por el contrario hace hincapié en sus efectos normativos, reguladores: prescriptivos⁶⁰.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli debe evitarse que la Constitución sea una mera fachada y que por tanto los enunciados contenidos en ella sean tan sólo una expresión que no tenga efectos jurídicos inmediatos⁶¹. Desde esta perspectiva, la transformación de los Estados constitucionales modernos, no se encuentra tanto en los textos constitucionales en sí mismos como, en el significado o valor que se les asigna a dichos ordenamientos normativos, de acuerdo a lo sostenido por Zagrebelsky⁶².

En segundo lugar, la idea de “constitucionalización del ordenamiento” nos remite a la posición que despliega el texto constitucional en relación con el resto del ordenamiento jurídico, y me atrevería a señalar, vinculado con todas las instituciones y actores políticos del Estado. De esta manera, se suele reconocer que un ordenamiento jurídico constitucionalizado se encuentra seriamente caracterizado, como establece Guastini, por una “Constitución extremadamente invasora, entrometida (persuasiva e invadente) capaz de condicionar tanto la legislación como a la jurisprudencia, y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”. Siguiendo esta idea resulta evidente que la constitucionalización de un ordenamiento es una cualidad que puede ser apreciada de manera gradual, por lo que no cabe en este punto llevar a cabo juicio absolutos sobre ello⁶³.

De alguna manera, la segunda forma de comprender esta idea puede ser un reflejo de la tercera. A mi juicio, la expresión “constitucionalización del ordenamiento” también puede ser

⁵⁹ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios... op. cit.*, p. 32.

⁶⁰ El reconocimiento de la fuerza vinculante de los enunciados constitucionales parece ser concluyente respecto a esta afirmación. Guastini, Ricardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo*, 2ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 52.

⁶¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 851.

⁶² “Los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las Constituciones, en los códigos, en las leyes...Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia.” Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 9.

⁶³ Guastini Ricardo, “La constitucionalización...”, *op. cit.*, p.49

utilizada para establecer una serie de atributos de la Constitución en su integridad, o bien de las normas jurídicas que la componen. Entre otros aspectos, podríamos notar que advertir la existencia de un ordenamiento jurídico constitucionalizado nos conduce a pensar en modelos de constituciones rígidas que prevean medios de garantía o defensa, que adquieran un carácter plenamente vinculante, que sus disposiciones puedan ser aplicadas directamente, y que las mismas desplieguen frente a sus intérpretes exigencias de interpretación conforme o bien de sobre-interpretación de sus disposiciones⁶⁴.

Entre los atributos que suelen ser considerados para identificar un ordenamiento jurídico constitucionalizado, un sector de la doctrina ha reconocido la particular relevancia que desempeña la incorporación de los derechos fundamentales en cualquier constitución democrática. De esta manera, hablar de la Constitucionalización del ordenamiento solo será posible en la medida en que en la misma se incorporen todos aquellos principios políticos que caracterizan a un Estado constitucional y democrático⁶⁵. Esta postura ha sido cuestionada por un sector importante de la doctrina constitucionalista que particularmente observa la defensa y compromiso con determinados valores políticos y morales como una vertiente de lo que se denomina como el constitucionalismo ideológico en oposición al teórico⁶⁶.

Estas tres aproximaciones a la noción “constitucionalización del ordenamiento” reflejan, por una parte, la imagen que adquieren las disposiciones constitucionales en una democracia constitucional, pero de alguna otra forma, también suponen una serie de exigencias hacia los órganos encargados del control judicial de la misma. De esta forma, resulta necesario pensar a grandes rasgos en jueces constitucionales que en primer lugar, reconozcan que todas las disposiciones constitucionales suponen obligaciones a cargo del Estado y que dejen de lado una visión meramente política del texto constitucional; en segundo término, que dichos jueces que reconozcan la existencia de leyes en función del contenido de las disposiciones

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 50-58.

⁶⁵ Tres de ellos se encuentran relacionados con la dignidad, la libertad y la igualdad mientras que otros tres relacionados con la estructura, la finalidad democrática y el principio social del Estado. De acuerdo con Robert Alexy, tales principios pueden encontrarse en la Ley Fundamental Alemana. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005 p. 31.

⁶⁶ Sobre el análisis del Constitucionalismo como ideología, puede observarse el análisis que más adelante se desarrollará sobre la propuesta de Paolo Comanducci. *Infra*. p. 3.

constitucionales, particularmente de los derechos fundamentales⁶⁷ y; en tercer lugar, que adopten una serie de exigencias interpretativas en relación con las disposiciones constitucionales.

Los efectos de la incorporación de las diferentes ideas que se sintetizan bajo la idea de la constitucionalización del ordenamiento suponen, como hemos visto, importantes cambios en una multiplicidad de aspectos que se relacionan con el papel tanto de quienes crean derecho como de quienes lo aplican; de la tensión existente entre democracia y la constitución, así como de la concepción de las leyes en el Estado de Derecho y la que se asume dentro del Estado Constitucional. Resulta evidente que comprender todas estas transformaciones escapan de manera definitiva a los modestos objetivos de la presente investigación. Sin embargo, lo que me parece preciso resaltar es que a través de los distintos aspectos que se expresan cuando se hace alusión a la constitucionalización del ordenamiento, claramente se puede advertir por una parte que las disposiciones constitucionales adquieren una serie de particularidades como reglas jurídicas del Estado y, por el otro, que resulta determinante advertir el impacto que tales normas adquieren en función del resto de las disposiciones jurídicas del sistema.

En la medida en que hablar de la “constitucionalización del ordenamiento” supone una modificación del papel y concepción de las leyes en el ordenamiento estatal, tales aspectos son relevantes para que más adelante se pueda comprender la manera en que esta modificación afecta a la concepción tradicional de la seguridad jurídica que más adelante analizaremos y por tanto, la necesidad de articular una serie de concepciones particulares sobre el papel de la ley en una democracia y de la Constitución en relación con las leyes del Estado.

⁶⁷ Como sostiene Robert Alexy: “Si antes valía decir: derechos fundamentales solo en el marco de las leyes, ahora se quiere decir: leyes solo en el marco de los derechos fundamentales” *Cfr.* Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales...” *op. cit.*, p. 34.

1.2.1.1. Las constituciones constituyen una base de principios y valores morales y políticos positivados⁶⁸

Como se ha podido observar, el papel y la concepción de la ley en el Estado constitucional han planteado una serie de importantes cambios respecto al modelo precedente: el del Estado de derecho o Estado legal de derecho. Quizá uno de los principales cambios en esta concepción se sitúa en el ámbito del carácter particular y específico que adoptan las normas o reglas constitucionales.

De esta manera, en la presente investigación se defiende la tesis relativa a que en las constituciones modernas una importante cantidad de disposiciones constitucionales, particularmente las que contienen derechos fundamentales (disposiciones iusfundamentales), tienen la estructura de principios jurídicos⁶⁹ en oposición a la estructura que conforman las reglas del tipo clásico⁷⁰.

Como se podrá imaginar quien se aproxima a este texto, la expresión “principios” es utilizada en una importante cantidad de contextos jurídicos prácticos como “sentencias,

⁶⁸ Este será uno de los rasgos más cuestionados por el pensamiento positivista en tanto supone un punto de conexión (aunque sea contingente) entre el derecho y la moral. El propio Ferrajoli ha cuestionado a Habermas o Atienza, por ejemplo en función de reivindicar que los derechos fundamentales contenidos en las constituciones modernas tienen un contenido ético-político. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo Principialista... op. cit.*, p. 22. No obstante lo anterior, existe un reconocimiento cada vez más amplio relacionado a que las constituciones modernas han incorporado conceptos de carácter político y moral. A manera ejemplificativa, en una de las críticas que se han presentado contra el propio Ferrajoli, Juan José Moreso refiere que: “Es una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales (cuando prohíben los tratos inhumanos o degradantes, o excluyen los tratos discriminatorios, o establecen los derechos fundamentales, en general), entonces parece que incorporan la moralidad en el Derecho. Y parece que para saber qué prohíbe la Constitución española cuando excluye los tratos degradantes deberemos recurrir a la argumentación moral” Cfr. Moreso, Juan José “Juan, Ferrajoli o el constitucionalismo optimista.” *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 31, 2008, pp. 285.

⁶⁹ En este sentido, Carlos Bernal Pulido reconoce el carácter de la Constitución en relación con dos ideas: a) Que la Constitución es una entidad lingüística y b) que las disposiciones constitucionales establecen principios que se entienden como mandatos de optimización y se aplican por medio de ponderación. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo..* Madrid, Editorial Trotta/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 302.

⁷⁰ Por normas en el sentido clásico se puede entender a aquellas prescripciones que cuentan con un supuesto de hecho, una consecuencia jurídica y un nexo de causalidad o del deber ser. En relación con la idea de la norma jurídica “prototípica”, Cfr. Atienza, Manuel, *El Sentido del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 2001, pp. 62-65.

utilizadas escritos forenses, críticas del derecho en vigor”, así como en contextos jurídicos teóricos relativos a la descripción del derecho vigente en un determinado contexto, por ejemplo⁷¹.

De igual manera es bien sabido que durante los últimos años la utilización del concepto “principios” se ha prestado para analizar una cantidad amplia y heterogénea de elementos que se incluyen bajo esta denominación⁷² al tiempo de que incluso en algunos contextos de carácter crítico han sido referidos como “uno de los últimos y más vistosos artificios fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas”⁷³.

En efecto, es importante aclarar que existe una multiplicidad de propuestas clasificatorias de los principios en función de diversas características relacionadas con sus fines⁷⁴; su estructura⁷⁵; su ubicación en el ordenamiento jurídico, entre muchas otras, que sin embargo no resultan relevantes para la presente investigación⁷⁶.

Precisamente por ello, y con el propósito de delimitar el alcance de aquello que se reconocerá como principios jurídicos contenidos en las constituciones modernas en el contexto de este trabajo: En primer lugar se expondrá la distinción entre los llamados principios explícitos y aquellos de carácter implícito explicando las razones por las que el presente estudio se compromete con los primeros y no así con los segundos; en segundo lugar,

⁷¹ Carrió, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p 9.

⁷² *Ibidem*, p 10.

⁷³ Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios... op. cit.*, p. 47. En el mismo sentido, Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación. Colección Derecho procesal de los derechos humanos*, México, Ubijus/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos/ Centro de Estudios de Actualización de Derecho, 2014, p. 81. La distinción propuesta por Ferrajoli entre principios directivos o directivas en oposición a principios regulativos o imperativos muestra también una interesante idea que cuestiona la idea expuesta por Alexy relacionada con una caracterización indiferenciada entre los diferentes tipos de principios que de acuerdo con Ferrajoli conlleva a un debilitamiento normativo de los mismos. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 41.

⁷⁴ Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991.

⁷⁵ Cfr. Alexy Robert, *Teoría de los derechos... op. cit.*, pp. 83 y 84.

⁷⁶ Por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero basan su clasificación en los criterios expuestos por Carrió y Guastini relacionadas con los principios sin que aquí interese profundizar en éstos. Cfr. Carrió, Genaro, *Principios jurídicos... op. cit.* y Cfr. Guastini, Riccardo, “Principi del diritto”, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990.

se expresará la idea que aquí se defiende en relación a que la concepción de los principios que resulta más plausible es aquella que los visualiza desde una perspectiva estructural, o lo que es lo mismo, como un tipo específico de reglas o normas jurídicas, por lo que entre reglas y principios existe una distinción cualitativa y no sólo de grado o cuantitativa; y, una vez precisado lo anterior se analizará la manera en que los mismos han incorporado una amplia gama de “principios y valores” políticos y morales al derecho positivo.

Principios explícitos y principios implícitos

En un célebre apartado de su libro *Taking Rights Seriously (Los derechos en serio)*, y a propósito de una de las más profundas críticas a la versión del positivismo expuesta por Herbert Hart relativa a la idea de que en los sistemas jurídicos no solo existen reglas sino también principios⁷⁷, Ronald Dworkin expresa a través de la presentación de los casos *Riggs v. Palmer* y *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, en términos generales, las razones por las cuáles resultaba indispensable abandonar la concepción del positivismo que reduce la idea del derecho a la de normas jurídicas⁷⁸. Sin pretender ingresar al análisis particular de este debate, me interesa deducir de la explicación de Dworkin una primera distinción relacionada con la manera en que se suele utilizar la expresión principios jurídicos. Trataré de sintetizarla a continuación.

Dworkin expone ambos casos como una demostración de lo que habitualmente llevan a cabo los jueces cuando resuelven casos jurídicos y de alguna manera, en función de tal demostración, intenta comprobar la forma en que las respuestas del positivismo jurídico, y en especial la versión del mismo expuesta por Hart, fracasan en su intento de explicar cómo se encuentran conformados los sistemas jurídicos⁷⁹.

⁷⁷ “Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo. Mi estrategia se organizará en torno al hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”. *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 2009, p. 72.

⁷⁸ Utilizaré la traducción al español. *Ibidem*, p. 72-83.

⁷⁹ Los postulados que la teoría de Dworkin defiende de acuerdo con el profesor Genaro Carrió, pueden ser resumidos de la siguiente manera: a) El derecho de una comunidad es un agregado de reglas y principios; b) los principios no exigen un comportamiento específico; c) los principios no son aplicables a la manera de todo o nada; d) los principios poseen una dimensión de *peso* o *importancia*; e) el test de origen o *pedigree* no sirve para

Según nuestro autor, en el caso *Riggs v. Palmer* el tribunal de apelaciones en *New York* tuvo que decidir “si un heredero designado en el testamento por su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado a su abuelo”⁸⁰. Por otra parte, en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* la pregunta a resolver por parte de un tribunal en *New Jersey* consistía en determinar si un fabricante de automóviles podría “limitar su responsabilidad en caso de que el coche sea defectuoso” en virtud de la existencia de un accidente derivado de tal defecto, cuando el propio fabricante y *Henningsen* habían suscrito un contrato en donde se reconocía que “la responsabilidad del fabricante por los defectos se limitaba a reparar las partes defectuosas”⁸¹.

En el primer caso, el tribunal de apelaciones de *New York* impediría el acceso del heredero del testamento argumentando la existencia de una máxima en derecho, según la cuál: “A nadie se le permitirá sacar partido 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”⁸².

En el segundo caso, el tribunal reconocería una serie de principios que van desde la idea de que una persona que suscribe un contrato sin leerlo (en ausencia de fraude) no puede evadir luego sus consecuencias; o bien, que existe un principio fundamental en la determinación de la responsabilidad vinculado a la libertad de contratación y finalmente, uno que reconoce que: “en una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y en donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, el pasajero 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” que obliga a los tribunales a examinar de manera cuidadosa si los intereses del consumidor y el público han sido equitativamente tratados”⁸³.

identificar los principios (La regla de reconocimiento funciona solo respecto de las reglas); f) el agregado de reglas y principios en que consiste el derecho excluye la discreción judicial; g) no solo las reglas imponen derechos y obligaciones. Esta función también es cumplida por la operación combinada del conjunto de principios; h) las directrices o principios que integran el derecho solo son identificables como partes de él en función de su impacto efectivo o probable en el proceso de adjudicación. *Cfr.* Carrió, Genaro R., *Principios jurídicos... op. cit.*, p 65.

⁸⁰ Dworkin, Ronald., *Los derechos en... op. cit.*, p. 73.

⁸¹ *Ídem.*

⁸² *Ídem.*

⁸³ *Ibidem*, p. 74.

Con los casos anteriormente citados, Dworkin reconoce la existencia inobjetable de aquello que él designa como principios jurídicos en al menos dos aspectos: a) Como un tipo particular de normas jurídicas que se distinguen estructuralmente de las reglas jurídicas; y b) Como un tipo particular de normas jurídicas cuyas determinaciones constituyen una obligación y por tanto no resultan optativas, con independencia de que los mismos no puedan ser deducidos de una regla de reconocimiento.

El primer aspecto de esta concepción, es decir, el que reconoce a los principios jurídicos como un tipo particular del género señalado como reglas jurídicas en sentido amplio será abordado más adelante, en virtud de que el mismo constituye la base de lo que el día de hoy se considera la fuente característica de las normas constitucionales.

El segundo aspecto, por el contrario, me permite establecer la distinción entre lo que denominaré los principios explícitos y los de carácter implícito. Para explicar con mayor detalle esta distinción, resulta relevante acercarse a la idea según la cual, Ronald Dworkin intenta refutar por un lado la tesis de la discreción judicial y, por el otro, la regla de reconocimiento expuesta por Hart, en función de considerar que los principios jurídicos a) Son reglas jurídicas obligatorias; b) que por lo tanto deben ser utilizadas por las y los juzgadores y su empleo no es orientador u optativo, y que; c) los mismos no pueden ser identificados por la regla maestra expuesta por Hart⁸⁴.

A mi juicio, resulta fundamental advertir que para Dworkin, el reconocimiento de los principios jurídicos como reglas obligatorias del sistema se encuentra fuertemente vinculada con la tesis de la vinculación entre derecho y moral. De esta manera, Dworkin intenta justificar tal vinculación en función de dos argumentos principales: a) De un lado, una razón de tipo metodológico que reconoce las limitaciones conceptuales que, para la distinción entre reglas jurídicas de aquellas que no lo son, plantean el empleo un mecanismo limitado como a su juicio sucede con la regla de reconocimiento de Hart y del otro; b) una tesis según la cual los principios jurídicos constituyen entidades que no pueden ser derivadas de alguna de las fuentes del derecho (reconocidas comúnmente por las y los juristas y que corresponderían a la concepción de las fuentes sociales del derecho), sino que se ubican en el ámbito de la moral.

En cuanto a la primera cuestión, que desde luego no es objeto del presente análisis,

⁸⁴ En este sentido, Dworkin afirma que: “Mi conclusión es que, si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra.” *Ibidem*, p. 99.

simplemente valga decir que para Dworkin una muestra del defecto de la regla de reconocimiento *hartiana* puede visualizarse con la manera artificiosa en que el jurista inglés intenta demostrar que las normas consuetudinarias pueden ser identificadas como derecho por tal regla. A juicio de Dworkin, el hecho de que una regla de reconocimiento admita que puedan ser reconocidas como reglas jurídicas obligatorias aquellas normas que sean aceptadas por una comunidad (de manera consuetudinaria) y que por tanto no sean identificadas por el criterio de validez, socava la “pulcra estructura piramidal” de la teoría en donde sólo la regla maestra del sistema puede ser identificada por la aceptación de la comunidad y no deba ser deducida por un criterio de validez o *pedigree*, como él lo llama⁸⁵. Según Dworkin, si la regla de reconocimiento fracasa en la posibilidad de identificar el derecho en este ámbito, esto demuestra que es posible señalar como derecho a reglas jurídicas, como la costumbre, y extiende ello a los principios, que no son susceptibles de identificación por tal regla maestra.

En relación con la segunda idea, es decir, con la imposibilidad de identificar a los principios jurídicos dentro de alguna de las fuentes formales, pues se precisa para ello acudir a la moral de una sociedad, Dworkin plantea, lo que a mi juicio corresponde al núcleo de lo que aquí denominaré como una concepción amplia de los principios jurídicos o la tesis de los principios implícitos frente a la noción más restringida o que podríamos nombrar como la de los principios explícitos⁸⁶.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁸⁶ Quisiera precisar que, en la distinción entre principios explícitos e implícitos, me aparto del uso que algunos autores como Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero hacen de estos conceptos. Dichos juristas coincidirían con lo que referiré en el presente escrito como “principios explícitos”, es decir aquellos “formulados expresamente en el ordenamiento” pero difieren de lo que aquí llamaré “principios implícitos”: *Cfr.* Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Principios jurídicos... op. cit.*, pp. 106 y 112. Esta idea ha sido explicada de manera más clara por el propio Atienza cuando refiere: “Es cierto que trazamos (Ruiz Manero y él) también una distinción entre principios explícitos e implícitos, pero en relación con dicha categoría escribíamos lo siguiente: En nuestra opinión, dicha cualidad (el que los principios implícitos puedan formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales) no es su justicia intrínseca (esto es, los principios se extraen sin más de la moral social, como a veces parece dar a entender Dworkin), ni son simplemente pautas que gozan de arraigo social, sino su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes”. *Cfr.* Atienza, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, p. 79. El propio autor se refiere a lo señalado en: *Cfr.* Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996. p. 36. Me parece que el uso que ellos hacen, tal como lo explicará más adelante, del concepto “principios implícitos” tiene

De acuerdo con la concepción amplia o la tesis de los principios implícitos⁸⁷, este concepto no sólo se referiría a la estructura especial de un tipo particular de normas jurídicas distinta a las “reglas de todo o nada” (concepción que se relaciona con la concepción tradicional de la norma jurídica) y que han sido positivadas a través de alguna de las llamadas fuentes sociales del derecho, sino que se extendería a aquellas reglas obligatorias cuya existencia ha que indagarse en aspectos muy diversos y cambiantes, que coincidirían –según Dworkin– con las “prácticas morales contemporáneas”⁸⁸. En otras palabras, para el jurista y filósofo norteamericano lo que determina que un principio exprese una norma jurídica obligatoria es más una cuestión de “conveniencia y oportunidad, que tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo”⁸⁹.

Como puede observarse, el empleo que se hace en este sentido propuesto por Dworkin de la noción “principios” nos conduce a asumir una concepción pre-lingüística y axiológica del derecho y en particular de las normas legislativas del sistema, incluida la constitución, que de alguna manera prescinde del contenido semántico de las mismas. Bajo esta concepción no resultaría muy difícil comprender la imagen de un juez (como el juez Hércules de Dworkin) que desarrolla una acción meramente cognitiva o de descubrimiento de significados preexistentes (para encontrar la única solución correcta) en un imaginario de “principios implícitos”, en un mundo compuesto de manera indisoluble por la moral y el derecho. Sin que tenga mucho tiempo para detenerme en este debate, quiero resaltar simplemente que no es ésta la concepción de principios a la que me referiré en el presente estudio.

más relación con la tesis de las “normas adscritas de derechos fundamentales” en los términos que han desarrollado Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido. No cabe detenerme en ello en este momento.

⁸⁷ Un uso que me parece más afortunado sobre la manera en que aquí se emplea el concepto de principios implícitos podemos encontrarla en una conferencia pronunciada por Herbert Hart, y que recuperaré más adelante. En efecto, Hart ha sostenido que Dworkin, “junto con Pound... rechaza la idea de que un sistema jurídico consista únicamente en reglas explícitas dotadas de autoridad y subraya la importancia de los principios implícitos no formulados” Hart, Herbert. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño” en Moreso José Juan y Pompeau Casanovas (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, p. 342.

⁸⁸ Según Dworkin, es posible constatar la existencia de un principio cuando: a) Se cuenta con respaldo institucional; b) se determina de alguna concepción de la responsabilidad institucional; c) de la interpretación de la ley; d) de la fuerza persuasiva de los precedentes judiciales y la relación de todo ello con “con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de estándares semejantes” *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Los derechos en... op. cit.*, p. 95.

⁸⁹ *Ídem.*

Lo que sí vale decir al respecto es que, me parece, una importante cantidad de las críticas que se han vertido sobre el pensamiento constitucional moderno reposan en la implicación, en muchas ocasiones, automática de que toda forma de constitucionalismo conduce de antemano esta concepción amplia de los principios jurídicos⁹⁰. Me parece que tal implicación automática es inadecuada ya que, como intentaré explicar en lo que sigue, una versión más plausible del constitucionalismo puede ser alcanzada en la medida en que se adopte una versión más restringida de los principios como la que supone a los mismos como “principios explícitos” o que han sido formulados expresamente en el ordenamiento jurídico⁹¹.

Que se haga el deslinde anterior, no significa que el debate sobre los principios implícitos deba ser cancelado en el contexto de un Estado constitucional, simplemente que la relevancia de este debate no será materia del presente análisis dado que el mismo podría distraer la atención de los temas que en primer lugar deban abordarse. Incluso, y de manera preliminar, las bases de una teoría de la *seguridad jurídica en el Estado Constitucional* como la que se propone desarrollar el presente estudio, podría ser compatible con una determinada perspectiva de los principios que no suponga asumir una tesis meramente cognoscitivista de los mismos. Intento dejar enunciado el planteamiento (que desde luego no se encuentra resuelto) antes de dar paso a un tema central de la presente investigación que es lo que aquí se denomina como principios explícitos.

El ejemplo asociado a los principios implícitos es el siguiente: En el marco de la acción

⁹⁰ Cfr. Quizá a esto se refiere Juan Antonio García Amado cuando advierte que: “la Constitución no es un artefacto lingüístico y comunicativo, sino una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independiente en gran medida de las palabras, y por tanto, no sometida a los límites detonadores y conformadores de éstas”. Cfr. García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 242. En el mismo sentido y en algo de lo que abundaré más adelante, Carlos Bernal Pulido reconoce que “La tesis de la institucionalización de los derechos fundamentales en la Constitución de la moral crítica en forma de derechos fundamentales no conduce necesariamente a la idea de una Constitución [metafísica] que subyace y funciona de forma independiente del texto constitucional. Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...”, *op. cit.*, p. 304.

⁹¹ Más adelante argumentaré cómo los principios explícitos incorporan no únicamente un aspecto de carácter estructural cualitativamente distinto de las reglas de todo o nada, ya que las constituciones modernas han utilizado esta vía para la incorporación de principios y valores políticos y morales como normas positivas. Esta es una de las tesis que serán fuertemente cuestionadas por la doctrina de orientación positivista. Cfr. Ferrajoli Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p.22.

de tutela T-97072014 instaurada en contra de Coomeva E. P. S, la señora Julia⁹² manifestó que padecía “una enfermedad terminal que compromet [ía] gravemente sus funciones vitales” y que en el año 2008 la Fundación Colombiana de Cancerología “Clínica Vida” le había diagnosticado que tenía “cáncer de colon”. Posteriormente, la evolución de la enfermedad progresó de tal manera que le había hecho perder 13 kilos de peso y había “deteriorado su estado funcional y calidad de vida” por lo que el especialista tratante ordenó “suministrarle el mejor cuidado de soporte por cuidados paliativos”⁹³.

En este contexto, y frente a la muerte de la peticionaria durante el curso de la acción de la tutela, la Corte Constitucional de Colombia tenía que determinar la constitucionalidad del derecho de las personas a solicitar la aplicación de la eutanasia activa⁹⁴ con el propósito de que, a partir de ella, pudiesen morir con dignidad⁹⁵. El principal aspecto que determinó la Corte Constitucional se relaciona con la pregunta de si existía en Colombia un derecho constitucional a “morir con dignidad”⁹⁶. La pregunta resulta particularmente interesante, fundamentalmente porque ninguna disposición de la Constitución de Colombia del año 1991 reconoce expresamente el derecho a “morir dignamente”.

Es precisamente en este ámbito en donde encontramos dos explicaciones posibles

⁹² A quien se le denomina solo de esta manera para resguardar su identidad. Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E. P. S de 15 de diciembre de 2014: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-970/2014, expediente T-4.067.849, consultada el 1 de enero de 2016, véase <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>

⁹³ *Ibidem*, parágrafos 1-7.

⁹⁴ La Corte Constitucional Colombiana desarrolla en esta sentencia una magnífica investigación relativa a las distintas modalidades que puede asumir la “eutanasia”, es decir, “el acto deliberado para dar fin a la vida de un paciente” en aquellos casos en que la persona padece una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico. *Cfr. Ibidem*. II. Consideraciones y fundamento de la Corte. 3. Precisión terminológica sobre los distintos procedimientos para garantizar el derecho a morir dignamente, parágrafos. 3.1-3.2.13.

⁹⁵ La Corte Constitucional Colombiana determinó conocer del fondo de la cuestión no obstante que la peticionaria había fallecido durante el procedimiento a través del desarrollo de la distinción del concepto hecho superado (que implica que el objeto materia de la controversia había desaparecido por virtud de la acción remediadora de las autoridades) frente al concepto hecho consumado (que mantenía la jurisdicción de la Corte para conocer toda vez que la pérdida del objeto de la controversia se debía fundamentalmente a los hechos que se reclamaban como violatorios de derechos humanos). Más allá de lo interesante de la figura, no es el momento para detenernos en este análisis. *Ibidem*. II. Consideraciones y fundamento de la Corte, parágrafos. 2.1 – 2.10.

⁹⁶ *Cfr. Ibidem*. II. Consideraciones y fundamento de la Corte, parágrafos. 5.1.- 5.3.

respecto a la presunta existencia de este derecho. La primera de ellas, es referida por la propia Corte Constitucional al referirse al precedente más significativo desarrollado por esa misma corporación unos años antes, en 1997 y en donde ese tribunal constitucional resolvió que: “el deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el de la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (...) el derecho a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente”⁹⁷.

Bajo esta postura, la resolución del año 1997 asumió la tesis de los principios explícitos, reconociendo por una parte la existencia de un derecho constitucional a vivir en forma digna⁹⁸, y como una posición cubierta constitucionalmente el reconocimiento de una norma constitucional adscrita a ésta, que es el reconocimiento del principio el de “morir dignamente”⁹⁹. Pese a lo polémico que pudiera ser el debate sobre los límites de la interpretación constitucional, nadie podría negar que lo que la Corte Constitucional efectivamente hace es verificar un proceso de interpretación amplia del derecho a la vida (principio explícito) que otorga cobertura constitucional al derecho a morir dignamente.

El problema de la utilización de los principios implícitos aparecerá con la modificación del criterio constitucional adoptado por la Corte Constitucional en la sentencia de 2014. En tal oportunidad la Corte determinó que: “así las cosas, el derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, independiente pero relacionado con la vida y otros derechos. No es posible considerar la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía, así como tampoco es dable entenderlo como una parte del derecho a la vida”¹⁰⁰. En este razonamiento

⁹⁷ *Cfr. Ibidem.* Parágrafo 5.3. p. 29.

⁹⁸ El artículo 11 de la Constitución colombiana reconoce de manera por demás sucinta que: El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte. De esta manera, una primera operación interpretativa es el reconocimiento de “vida digna” como norma adscrita de derechos fundamentales de dicha disposición. “Constitución Política de Colombia de 1991”, 1 de enero de 2016, http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm

⁹⁹ Más adelante explicaré con más detalle la idea de las posiciones de derechos fundamentales y su relación con las normas de derechos fundamentales directamente estatuidas y las normas de derechos fundamentales adscritas. *Cfr. Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad del Externado, 2014, p. 126-129.

¹⁰⁰ *Cfr. Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E. P. S de 15 de diciembre de 2014: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-970/2014, expediente T-4.067.849, consultada el 1 de enero de 2016, véase <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>, parágrafo 5.3, 29.*

resulta evidente la decisión del tribunal colombiano de acudir a una serie de principios y valores inferidos del ordenamiento constitucional, pero no estatuidos abiertamente por éste.

Con este mismo argumento, la Corte recordó que el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos en el Estado colombiano partía de la integración de al menos los siguientes elementos: a) Tener como eje central la dignidad humana, como “valor central del sistema y principio de principios” (cualquier cosa que ello signifique)¹⁰¹; b) la posibilidad de traducir una demanda en derechos subjetivos¹⁰² y; c) la existencia de consensos (en principio de dogmática constitucional) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho que apoye una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico¹⁰³, todo ello en el contexto de una evaluación flexible por parte de los jueces.

Me parece que en esta segunda oportunidad, la Corte Constitucional se adhiere al reconocimiento de un derecho fundamental por la vía de la concreción de una serie de principios implícitos que, como sostiene Dworkin, no podrían ser rastreados a través de las fuentes formales del derecho, y cuya indagación necesariamente tendría que hacerse en función del conocimiento de alguna forma de expresión de la moral cambiante de la sociedad. Como puede observarse, este enfoque resulta particularmente problemático y, por ello, lo dejaremos fuera del objeto de análisis del presente estudio, sin que lo mismo signifique que su profundización debe contribuir al desarrollo de una teoría de los derechos.

Precisamente por lo anterior es que existen múltiples razones para adoptar a los propósitos del presente estudio una concepción de constitucionalismo que se limite al reconocimiento de los principios explícitos o expresamente reconocidos en los textos legales como un concepto central de una democracia constitucional. Sin abundar demasiado en ello, asumir una posición de este tipo permite: a) Dejar a un lado (como se ha podido apreciar) un aspecto particularmente debatido y complejo como lo es la tesis de la vinculación entre la moral y el derecho; b) impulsar el análisis, más interesante y relevante, de la manera en que la

¹⁰¹ *Cfr.* Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros, y Edwin Campo Vega (personero de El Arenal (Bolívar)) contra Electrocosta S.A. E.S.P. de 17 de octubre de 2002: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-881/2002, expediente T -542060 y T-602073, véase <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>

¹⁰² *Cfr.* Acción de tutela Luis Armando Neira en contra del Municipio de Florencia-Coordinador del Área de Bienestar Social y Talento Humano de 17 de marzo de 2003: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 227/2003, expediente T-669050, véase <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-227-03.htm>

¹⁰³ *Ídem.*

política y la moral se han positivado en las constituciones modernas y, en consecuencia, advertir los principales retos que se presentan para una teoría de la interpretación constitucional más sofisticada y, ¿por qué no?; c) dejar a salvo algunas tesis metodológicas del positivismo jurídico que con una debida reformulación podrían proporcionar una perspectiva útil para comprender al derecho en la era de las democracias constitucionales (me refiero sobre todo a la tesis de las fuentes sociales y a la idea de la discrecionalidad judicial).

Los principios jurídicos como un tipo particular de reglas jurídicas.

Existe un ámbito en el empleo de la noción de principios que resulta particularmente relevante para esta investigación. Dicha versión se relaciona con las formulaciones normativas que de manera explícita han sido incorporadas en el ordenamiento jurídico (generalmente en el ámbito constitucional, y con fuerte intensidad en el ámbito de los derechos fundamentales, como veremos más adelante), pero que poseen cualidades esencialmente distintas a las reglas comprendidas en sentido tradicional. Quizá una de las aportaciones más importantes para la teoría de los derechos fundamentales es la que identifica a los principios jurídicos como un tipo particular de las reglas jurídicas¹⁰⁴ o como señala de manera categórica Robert Alexy, “la distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas¹⁰⁵. Es precisamente esta concepción de los principios la que importa de forma primordial para los efectos de la presente investigación.

Vale la pena recordar que, en general, cuando se habla de reglas y principios en el sentido que se expone ahora, en realidad no se discute el sentido prescriptivo de ambos tipos de formulaciones al imponer alguna prohibición, obligación o autorización (dicho de otra manera, que ambos tipos de reglas pueden ser reconducidos a una forma de expresión imperativa de carácter condicional hipotético¹⁰⁶) y mucho menos que en ambos tipos de formulaciones se pueda llevar a cabo la importante distinción entre disposición, como

¹⁰⁴ Según Dworkin, una primera distinción entre los principios y normas sería que los principios no determinan de manera inmediata consecuencias jurídicas, de la manera en que las normas sí lo hacen. Además, sostiene que los principios jurídicos no se comportan como las norma jurídicas y ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”. Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en... op. cit.*, p. 75 y 77.

¹⁰⁵ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... op. cit.*, p. 82.

¹⁰⁶ Cfr. Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad... op. cit.*

enunciado o expresión lingüística en la que pueden estar contenidas diversas normas, y norma como el significado que se adscriba a las disposiciones normativas¹⁰⁷. En realidad, la fuente más relevante de discusión entre las y los juristas se relaciona en advertir si entre estos pretendidos tipos de reglas existe una diferencia cualitativa o estructural o una diferencia cuantitativa o de grado.

Quienes reconocen que entre reglas y principios existe una diferencia estructural o cualitativa, defienden la tesis según la cual los principios jurídicos son un tipo de regla jurídica que “ordenan que algo sea realizado” en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas reales¹⁰⁸ y, de manera más reciente, se añadirían las epistémicas¹⁰⁹ existentes. En otras palabras, que el cumplimiento de los principios jurídicos responde a lo que se denomina como un “mandato de optimización”.

Los que asumen esta posición reconocen además que los conflictos que puedan suscitarse entre principios jurídicos no pueden ser resueltos por el sistema tradicional de resolución de antinomias jurídicas prescritos para las “reglas de todo o nada”, sino que se requiere de un procedimiento especial que puede ser sintetizado bajo el concepto de la ponderación entre principios jurídicos¹¹⁰. Este sistema de pensamiento se encuentra fuertemente vinculado con el reconocimiento de una propiedad particular que poseen los

¹⁰⁷ De acuerdo con Carlos Bernal Pulido esta distinción ha sido expresada a través de diversas denominaciones por diversos autores entre los que se encuentran Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero que distinguen entre oraciones jurídicas (disposiciones) y los enunciados jurídicos (normas); Carlos Santiago Nino, que distingue entre texto o acto lingüístico (la disposición) y la proposición normativa (norma); José Juan Moreso que plantea la distinción entre prescripciones o reglas prescriptivas (disposición) y el significado de las prescripciones (normas) *Ibidem*, p. 104.

¹⁰⁸ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...* *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁹ Con el propósito de evitar que el empleo de los principios se traduzca en una concepción que pretenda anular los márgenes de acción del legislador y de competencias de la jurisdicción ordinaria, el profesor Bernal Pulido propone introducir a la conocida expresión de Robert Alexy la expresión de las posibilidades epistémicas en la aplicación del mandato de optimización. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...”, *op. cit.*, p. 324.

¹¹⁰ De acuerdo con Carlos Bernal: “Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales”. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, ISSN 0211-5743, núm. 77, mayo- agosto de 2006, p. 52.

principios y que no tienen las reglas: la dimensión del peso¹¹¹. De esta manera el hecho de que, en un caso particular, frente a la colisión entre principios, deba preferirse uno respecto del otro, más que una cuestión de validez, se relaciona con una cuestión de peso, la cual determina que en ciertas circunstancias existan razones que tornen derrotables ciertos principios frente a otros.

Por otra parte, son aquellos autores que sostienen un enfoque que puede ser caracterizado como positivista en algún sentido, quienes en general se adhieren a la idea según la cual la distinción entre reglas y principio constituye solo una diferencia de grado y no cualitativa¹¹². De acuerdo con ellos, dicha distinción se plantea fundamentalmente en los ámbitos de generalidad y mayor indeterminación que presentan los principios jurídicos en relación con las reglas, por lo que no es verdad que los mismos presenten una diferencia cualitativa con los primeros, por lo que derivado de lo anterior sería posible que tanto reglas

¹¹¹ De acuerdo con Dworkin: “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”. *Cfr.* Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 77. También en el mismo sentido: Según Robert Alexy, cuando dos principios colisionan, en la medida que uno impone una conducta determinada que permite algo mientras que otro prohíbe eso mismo, no significa declarar como inválido uno de los principios en conflicto, sino que es preciso determinar las circunstancias particulares en que uno precede al otro. Según este autor eso es lo que se afirma cuando se sostiene que los “principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”. *Cfr.* Alexy Robert, *Teoría de los derechos... op. cit.*, p. 89.

¹¹² *Cfr.* Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 112. De acuerdo con Luigi Ferrajoli, la distinción entre principios y reglas es de carácter no estructural, sino más bien “de estilo” ya que más allá de reconocer que las constituciones modernas han incorporado a través de los principios constitucionales un énfasis retórico de “indudable relevancia política”, así como explicitan la titularidad de derechos en las normas constitucionales, según el profesor italiano, “cualquier principio que enuncia un derecho fundamental -por la recíproca implicación que liga a las expectativas en que consisten derechos, con las obligaciones o prohibiciones correspondientes- equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición. *Cfr.* Ferrajoli Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p.39. Para ello, es importante revisar el concepto de derecho subjetivo y el tipo de obligaciones que con éste se imponen. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris... op. cit.* Por otra parte, una de las ascepciones que utilizan Carlos Alchurrón y Eugenio Bulygin respecto al empleo del vocablo “principios” se relaciona con la amplitud o indeterminación semántica en la determinación de las propiedades que resultarían relevantes para el análisis de un caso. *Cfr.* Alchurrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, pp. 106- 107.

como principios puedan ser aplicados mediante el sistema de subsunción¹¹³. En todo caso, cuando aceptan la idea relativa a la ponderación de principios constitucionales, en realidad lo que suponen es una suerte de operación asociada a una limitada discrecionalidad judicial en el marco del procedimiento amplio de subsunción que de acuerdo con ellos es aplicable a toda regla¹¹⁴.

De igual manera, algunas de las explicaciones que niegan la distinción cualitativa de los principios jurídicos respecto a las reglas, también pondrán en cuestión la idea del mandato de optimización que le resultaría aplicable a los primeros y que implicaría plantear respecto a los mismos una especie de validez *prima facie*. Tales autores asumen que los principios y las reglas requieren como cualquier norma jurídica de un presupuesto de validez que no admite graduación¹¹⁵.

Me parece que las anteriores ideas sintetizan los aspectos más relevantes, aunque no los únicos, de uno de los debates centrales en el constitucionalismo moderno. Quizá su centralidad

¹¹³ Para Moreso la ponderación constituiría tan solo una especie del modelo genérico de la subsunción. Una de las principales críticas de este autor contra el modelo de la ponderación es que el mismo no establezca componentes racionales y genere un incremento en el subjetivismo judicial, por lo que el principal riesgo que enfrenta el modelo de la ponderación se relaciona con una suerte de lo que el denomina particularismo. *Cfr.* Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios...”, *op. cit.*, pp. 115-118.

¹¹⁴ Por ejemplo, Ferrajoli afirmaría que los célebres casos *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* y *Riggs v. Palmer* utilizados por Dworkin (y que analizamos previamente al revisar las características estructurales de reglas y principios) podrían ser fácilmente resueltos a través del sistema de subsunción de reglas y no de ponderación de principios. Según este autor, lo que el identifica como el debilitamiento normativo de los principios constitucionales como consecuencia de afirmar la distinción cualitativa entre reglas y principios también ha favorecido “el desarrollo de una inventiva jurisprudencial puesta de manifiesto en la creación de principios que no tienen ninguna base en la carta magna”. *Cfr.* Ferrajoli Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p.43.

¹¹⁵ Así por ejemplo, cuando Juan Antonio García Amado analiza el conocido caso Titanic resuelto por el Tribunal Constitucional Aleman, presentado en alguna oportunidad por Robert Alexy, en relación a un semanario satírico al expresar que un oficial era “un asesino nato” y un “tullido” y en donde dicho tribunal tenía que determinar los límites entre el derecho al honor y la libertad de expresión, sostiene que la obligación de los jueces no consistía en ponderar entre uno y otro derecho, sino de simplemente reconocer si alguna posición estaba o no cubierta por alguna forma de interpretación de las disposiciones jurídicas en cuestión. Por ello, la función de los jueces en un modelo constitucional no es la de reconocer una suerte de validez *prima facie*; es la de identificar la validez definitiva que determina que una posición esté o no cubierta por el alcance previo de una norma y, en su caso, proceder a la subsunción correspondiente. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...” *op. cit.*, pp. 307-317.

no estriba solo en determinar los contornos del sistema normativo propio del Estado constitucional en oposición a aquellos que se reconocían al paradigma del Estado de Derecho o Estado legal sino acaso, y de manera más relevante, el de poder establecer la necesidad de redefinir los enfoques mediante los cuales las y los juristas nos acercamos al derecho. Desde luego, las anteriores líneas no presuponen la intención de resolver los conflictos teóricos, metodológicos e incluso epistemológicos que, como se puede apreciar, derivan de las posiciones que con sus respectivas variantes y matices se sostienen en el centro de las concepciones antagónicas presentadas. Por el contrario, tan solo me he permitido presentar un breve bosquejo de aquello que a mi forma de ver constituye el centro de una importante discusión que el día de hoy tiene lugar, además de los ámbitos académicos, en el foro judicial, así como en los distintos espacios de participación en donde ello se discute.

La intención del presente estudio es pues, simplemente llamar la atención del hecho de que cuando se asume una clara posición que reconoce el carácter estructuralmente diferente entre reglas y principios se dicen muchas cosas sobre la manera en que se comprende al derecho en una democracia constitucional, así como de la forma en que es posible aproximarse a tal objeto, y no la de dilucidar ni resolver el debate anteriormente expuesto. De igual manera, se dice mucho respecto al carácter particular de las normas constitucionales en relación con la concepción tradicional de las normas jurídicas y, por supuesto, respecto a la manera en que las y los jueces deben resolver los casos en cuestión en donde tales normas aparecen. Estas implicaciones en especial serán objeto de análisis en el tercer apartado, en la medida que contribuyen a la crisis que, como enunciaremos más adelante, experimenta la *noción tradicional de la seguridad jurídica*. Sirvan estas líneas para afirmar que cuando en el presente trabajo haga referencia a la idea de los principios jurídicos, nos referiremos a un tipo particular de normas jurídicas que explícitamente han sido instituidas en el ordenamiento jurídico.

La incorporación de principios y valores políticos y morales en las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

Más allá de la estructura de las reglas jurídicas que hemos revisado previamente, así como de entender que las reglas de un sistema jurídico constitucional moderno tienen una fisonomía que bien puede corresponder al menos (sí no de manera exclusiva) con la estructura de los principios jurídicos (en términos estructurales), resulta relevante comprender otro aspecto

propio de la incorporación de principios jurídicos específicamente concernientes a disposiciones sobre derechos humanos en las constituciones modernas: Me refiero a la incorporación de aspiraciones políticas y morales en el derecho positivo¹¹⁶.

Resulta fundamental reconocer que la incorporación de principios y valores políticos y morales en la ley fundamental, en especial en las constituciones modernas,¹¹⁷ reúne importantes marcos de complejidad que los estudios jurídicos no pueden resolver con las herramientas analíticas o semánticas que regularmente las y los juristas se encuentran dispuestos a utilizar. Así pues, los derechos fundamentales constituyen el paradigma de la complejidad del objeto normativo en el Estado constitucional y democrático moderno que incorpora por un lado una mayor complejidad semántica- estructural y, por el otro, que constituye en su interior el reflejo de un complejo sistema de aspiraciones políticas y morales generalmente de orientación muy diversa. Trataré de explicar lo anterior.

Con el propósito de analizar las tensiones existentes entre democracia y constitución, Víctor Ferreres expone una interesante propuesta sobre las particularidades que envuelve la interpretación constitucional primordialmente en el ámbito de los derechos y las libertades

¹¹⁶ En este punto, podríamos afirmar que resultan aplicables a esta idea las tesis del “positivismo incluyente” de acuerdo con el profesor Javier Angulo. “La historia y evolución de los derechos humanos da cuenta de que son normas que expresan valores morales y jurídicos. Por un lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se inspiró en valores morales, por otro, expresó bienes jurídicos. *Cfr.* Angulo Nobara, Javier, “El derecho a la salud en México. La construcción jurídica de los derechos humanos”, en Ortega Soriano, Ricardo Alberto, Sánchez, Domínguez, Perla Dalila, Robles Zamarripa, José Ricardo y Cruz Rojo, Amalia (coords.), *De las palabras a la realidad: Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales como derechos exigibles. Reflexiones Contemporáneas*. México, Fascículo 1 CDHDF, 2013.

¹¹⁷ Por ejemplo, para Giorgio Pino las constituciones modernas presentan las siguientes características: “a) son fruto de compromisos entre diversas fuerzas políticas que expresan visiones diversas de la sociedad b) tienen por lo general una connotación pluralista, que deriva de su pacto y compromiso: de modo que asumen el pluralismo (la diversidad de las concepciones del bien, de la vida buena, de la libertad, de las relaciones sociales) no solo como un dato de hecho, sino también como un valor para ser preservado, y quizás el único (meta-valor) que es más importante que los otros; c) deben aplicarse, potencialmente, a toda la sociedad: una constitución es, casi, literalmente, un proyecto orgánico de fundación de un orden social, y d) están pesados para durar mucho tiempo.” *Cfr.* Pino, Giorgio, “Principios, ponderación y la separación entre Derecho y moral. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus críticos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, Madrid, 2011, p.217.

fundamentales¹¹⁸. A juicio de Ferreres, la Constitución presenta el mismo tipo de indeterminaciones que cualquier otro texto legal, como lo serían los problemas de ambigüedad o vaguedad, “aunque quizá de manera más frecuente que lo habitual”¹¹⁹.

En realidad, las particularidades de la interpretación constitucional no se generan, según Ferreres, en esos espacios en donde cualquier tipo de textos comparte los problemas de la indeterminación del lenguaje; sino que tienen lugar esencialmente debido a dos problemas que la Constitución, a diferencia de cualquier otro texto legal, presenta en lo particular. Tales peculiaridades se generan en función de que las Constituciones, en especial en el ámbito de derechos y libertades fundamentales incluyen eso que Jeremy Waldron ha designado como *conceptos esencialmente controvertidos*¹²⁰, así como una importante cantidad de complicaciones relacionados con las colisiones entre principios jurídicos, por lo que ambos problemas sí revelarían peculiaridades en la interpretación constitucional¹²¹.

La idea que recupera Waldron, después resaltada por Ferreres, en realidad es obtenida por parte del primero del pensamiento de W.B Gallie, y la misma ha tenido una enorme influencia en la teoría política¹²². La idea de los conceptos esencialmente controvertidos no hace referencia propiamente a una cuestión de intensidad de las controversias sobre ciertos conceptos, sino que a partir de la misma podrían decirse al menos dos cuestiones: a) Lo primero es que la controversia sobre el significado de un término se relaciona con el corazón de la materia sobre la que se relaciona. Ello desaparecería la distinción existente entre un supuesto núcleo de certeza de un término y la penumbra del mismo. El corazón mismo de la expresión, por así decirlo, sería una cuestión nebulosa; b) El desacuerdo se halla en buena medida respecto a paradigmas conceptuales rivales, o que compiten por detentar la validez del

¹¹⁸ Cfr. Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*, 2ª ed., México, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

¹¹⁹ *ibidem*, p. 23.

¹²⁰ Según Waldron: “*What does essential add to contestability as defined above? It is not just an intensifier. To call a concept essentially contested is not merely to say that the disagreements which surround its meaning are intractable and irresolvable*” Cfr. Waldron, Jeremy, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, California, California Law Review, 1994, vol. 82, p. 529.

¹²¹ Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional ... op. cit.*, p. 27.

¹²² Cfr. Waldron, Jeremy, *Vagueness in Law and Language ... op. cit.*, p. 529.

término en cuestión¹²³. Esto de alguna manera implica “tomar partido en la cuestión” y quien no se percate de tal problemática en realidad no entendería la funcionalidad del planteamiento¹²⁴.

Según Ferreres, siguiendo a Waldron, la controvertibilidad sería parte del concepto e incluso apuntará que el carácter controvertible del mismo le aporta utilidad al enriquecer “el debate más general en el que se hace uso del concepto”¹²⁵. Incluso en la parte final de su exposición Waldron afirmará de manera contundente que el carácter esencialmente controvertido de algunos términos, lejos de socavar la legitimidad de la ley, debería ser considerado como el punto central de su despliegue y afirma que “en nuestra sociedad podemos no estar de acuerdo con muchas cosas, pero podemos tal vez estar de acuerdo en esto: Somos una mejor sociedad porque seguimos discutiendo algunas cuestiones, que aquello que podríamos ser si nuestros argumentos fueran artificiales o estipulativamente conclusivos”¹²⁶.

La incorporación de las disposiciones esencialmente controvertidas en las constituciones modernas se ha insertado fundamentalmente por virtud de las normas jurídicas del tipo de los principios jurídicos. Si bien, el análisis que presenté previamente hacía referencia solo al carácter estructural de la distinción entre las normas del tipo “todo o nada” y los principios jurídicos, lo cierto es que, a mi juicio, los principios jurídicos que se encuentran en la Constitución, y fundamentalmente los referidos a derechos humanos, incorporan una segunda dimensión de complejidad que trasciende el ámbito de lo meramente estructural en su carácter de normas jurídicas. Esto es, la complejidad que se relaciona con su carácter de disposiciones esencialmente controvertidas.

Así, esta doble dimensión de las disposiciones constitucionales (principalmente las que contienen derechos humanos), por un lado, la que se relaciona con su estructura asociada a los

¹²³ Waldrón utiliza el ejemplo de la democracia. No se trata solamente de pensar en casos límite que podrían ser considerados como marginales como, sostiene, pasaría con el caso de Kuwait (en donde asumo que para el propio Waldron estaría en el límite), sino que la democracia directa tendría como paradigma el caso de Atenas en la Grecia Clásica, y tendría en la penumbra el modelo representativo norteamericano contemporáneo, mientras que pensar en la democracia representativa establecería como paradigma el caso Norteamericano y revelaría en la penumbra al caso ateniense. *Cfr.* Waldron, Jeremy, *Vagueness in Law and Language ... op. cit.*, p. 529.

¹²⁴ *Ídem.*

¹²⁵ Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional... op. cit.*, p. 28.

¹²⁶ *Cfr.* Waldron, Jeremy, *Vagueness in Law and Language ... op. cit.*, p. 540.

problemas de los principios jurídicos (en su forma), y por el otro, su carácter de disposiciones esencialmente controvertidas (en su contenido), nos conduciría a coincidir con la tesis de Ferreres en relación a que los problemas particulares en los textos constitucionales, que se distinguen de los problemas que enfrenta el resto de los ordenamientos legales, se expresarían en los problemas asociados al carácter controvertible de las disposiciones, por una parte, y de la enorme cantidad de colisiones entre principios jurídicos por la otra, siendo en muchos casos dichos dos problemas inseparables en este tipo de enunciados normativos. En otras palabras, la indeterminación de las disposiciones constitucionales atraviesa por este tipo de problemas¹²⁷.

Así, de acuerdo con Ferreres, la existencia de las colisiones de principios y la inconmensurabilidad de los valores en el plano constitucional, se agravan cuando las fuertes tensiones entre principios constitucionales no son sino el reflejo de “importantes divisiones de opinión política en el seno de la sociedad”. Incluso, señala, tales divisiones en la opinión de importantes grupos de la sociedad se reflejan en las constituciones a través de aquello que Karl Shmitt denominaba como “compromisos de fórmula dilatoria” que tenían el propósito de “aplazar provisionalmente una decisión controvertida” sobre la que no podía alcanzarse un acuerdo en el momento constituyente. Esto, de acuerdo con el autor, reflejaría la existencia del pluralismo político que una sociedad posee, distinto del pluralismo moral que se manifestaría a través de la “adhesión por parte de la ciudadanía a un conjunto complejo de valores morales¹²⁸”.

Ahora bien, respecto a esto último me parece que la idea central en Ferreres tiene que ver con la siguiente cuestión: ¿Qué grado de consenso social refleja una constitución democrática?. Tengo la impresión de que la respuesta del mismo autor expone una importante problemática que quizá valdría la pena revisar con mayor atención. Aunque este aspecto será desarrollado a la luz del análisis de la crisis de la noción tradicional de la seguridad jurídica en el apartado tres del presente estudio, me parece por lo menos importante dejar planteado un debate sobre ello.

En su texto, Ferreres afirma que en torno a los principios constitucionales el grado de consenso varía en amplitud (extensión) y profundidad (intensidad). Incluso en la expresión que revisamos anteriormente, la existencia de “compromisos de fórmula dilatoria” a los que se refiere podrían conducirnos a explicitar aquellas circunstancias en las que no se ha alcanzado ni siquiera un acuerdo básico. Así las cosas, podríamos afirmar que las constituciones

¹²⁷ Cfr. Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional... op. cit.*, pp. 30-36.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 36.

democráticas en primer término no podrían ser consideradas, sin más, como el resultado de los acuerdos básicos alcanzados por la sociedad como muchas veces se ha afirmado¹²⁹. Lejos de lo anterior, en realidad los documentos constitucionales quizá deberían ser considerados la expresión más clara de los posibles niveles de consenso alcanzados, así como de los efectivos niveles de desacuerdo sociales¹³⁰ que reclaman de la misma un debate permanente a ser desarrollado por la propia sociedad¹³¹. Mirar a la constitución desde un presupuesto metodológico del desacuerdo o de lo que aquí llamaré “acuerdos aparentes”, me parece que es coherente con un reconocimiento del texto constitucional como punto de partida en donde el sitio de llegada deberá ser la efectiva constatación de los auténticos niveles de consenso democrático que en efecto se han alcanzado, sin simular que existen acuerdos en donde no los hay. Mirar a la constitución desde la perspectiva del consenso, en cambio nos obliga de alguna manera a considerarla como un lugar de llegada en donde el debate democrático ha sido previo y la existencia de los desacuerdos sociales es visto como una amenaza para el ideal democrático del Estado, así como para la noción tradicional de la seguridad jurídica. No se trata de negar los auténticos niveles de consenso expuestos por Ferreres, de lo que se trata es de que los mismos no enmascaren el pluralismo político y moral de una sociedad democrática.

¹²⁹ Commanducci, Paolo, “Modelos e interpretación...”, *op. cit.*, p. 48.

¹³⁰ En este punto, estaría de acuerdo con Jeremy Waldron en cuanto a la idea según la cual, las decisiones políticas fundamentales en una sociedad democrática serían motivo de desacuerdos, y que los derechos fundamentales son parte de esas decisiones políticas que motivan desacuerdos profundos. Sin embargo, y a diferencia de lo que sostiene Waldron, en relación a que esto sería parte de los argumentos que revelan que los derechos fundamentales no deberían estar atrincherados en una carta constitucional, en realidad, en mi opinión, esto no es así. Por el contrario, si pensamos en una Constitución como un sitio en donde se plasman tanto los acuerdos como los desacuerdos fundamentales de una sociedad y que la estructura de los principios jurídicos no solo contribuye funcionalmente a resolver las contradicciones que existen entre tales normas jurídicas, sino que precisamente una concepción de este tipo hace posible la vigencia de un Estado democrático en donde convive un amplio pluralismo político y moral, entonces podríamos pensar que la fórmula del desacuerdo expuesta por Waldron es justamente una razón más a favor de la idea de una Constitución en donde se expresen los derechos fundamentales como principios de actuación de todo el orden jurídico, con toda la complejidad que ello implique. *Cfr.* Waldron Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, 2012, pp. 221-223. Para un estudio extenso del debate entre Waldron y Dworkin en relación con el paradigma constitucional y la democracia *Cfr.* Virgüez Ruiz, Santiago, *Revista de derecho público*, Los Andes, núm. 35, julio-diciembre de 2005, pp. 7-8. Dicho autor se refiere a la versión castellana del texto de Waldron. *Cfr.* Waldron, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, Madrid. Ed. Marcial Pons, 2005.

¹³¹ Quizá aquí resulte importante recordar el valor democrático del desacuerdo fundamental que se encuentra inserto en las disposiciones esencialmente controvertidas. *Cfr.* Waldron, Jeremy, *Vagueness in Law... op. cit.*, p. 540.

Mi argumento en este sentido sería el siguiente: Quizá mirar a la Constitución como un instrumento producto del consenso, pueda acaso ocultar y generar una visión adulterada de la pluralidad política y social característica de los modernos Estados Constitucionales democráticos. Tal vez, el reconocer a la Constitución como la base de los desacuerdos políticos y morales que las sociedades reconocen como fundamentales, nos pueda permitir reconocer la importancia de: a) Tomar con seriedad el carácter esencialmente controvertido de las disposiciones constitucionales; b) no enmascarar ni ocultar que tal desacuerdo en realidad es la expresión más profunda de la pluralidad política y social de una sociedad democrática y; c) Identificar la existencia de acuerdos reales y aparentes que nos permitan reconocer los niveles efectivos de consenso que las sociedad posee. Lo anterior, no significa que las Constituciones deban ser vistas solo como un campo de batalla político, moral o ideológico, por el contrario, la corroboración de la existencia de los consensos sociales simplemente será el producto de haber constatado el efectivo nivel y profundidad de su alcance, y de la importancia que tiene el texto constitucional en el reconocimiento de una sociedad plural en lo político y lo moral.

De cualquier manera, lo hasta ahora expuesto, nos conduce a comprender que las constituciones modernas han incorporado, a través de los principios políticos y morales que las contienen, una dimensión adicional a la complejidad de los procesos semánticos en las tareas interpretativas. Su visualización como *conceptos esencialmente controvertidos* que hemos constatado de la mano de Ferreres y Waldron, en relación con los conflictos surgidos de la colisión de los principios constitucionales en disputa, me parece que nos debería conducir a una seria reflexión sobre las teorías de la interpretación constitucional y a redimensionar la manera en que tales principios constitucionales actúan entre sí, así como en relación con las demás leyes y el ideal tradicional de la seguridad jurídica.

Como se puede observar, y tal como lo ha expuesto Ferreres, los problemas de la interpretación constitucional no pueden seguir siendo vistos únicamente como problemas en la indeterminación del lenguaje. Las implicaciones que para la noción tradicional de la seguridad jurídica supone la incorporación de aspectos políticos y morales en las constituciones modernas será analizado, como he apuntado, a la luz de la crisis de los ideales relacionados con el Estado constitucional.

2. La noción tradicional de la seguridad jurídica como producto de la aspiración de racionalidad del Estado de derecho.

Durante muchos años, he escuchado a una enorme cantidad de juristas, filósofos políticos y de la democracia, y en general a una multiplicidad de personas que incluso tienen poco acercamiento a temas jurídicos hablar con un entusiasmo desbordado cuando hacen referencia a la noción de la *seguridad jurídica*. Se ha dicho, por ejemplo, que “la libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad”¹³²; que la seguridad jurídica asume perfiles definidos como presupuesto del Derecho”¹³³; o que, “entre los valores que puede asegurar [el sistema jurídico] ninguno es tan importante como la certeza jurídica”¹³⁴ o incluso de manera más sencilla o elemental, que refieren a la seguridad jurídica como la clarificación de “las reglas del juego” que permiten la libertad de las personas¹³⁵. De esta manera, en diversas ocasiones me he preguntado de manera insistente, qué es exactamente aquello que se intenta decir cuando se hace referencia a la noción de la *seguridad jurídica* y por qué resulta tan importante para las y los juristas tratar de preservarla.

A mi juicio, la seguridad jurídica representa la gran promesa del racionalismo positivista. En ella se sintetizan una multiplicidad de aspectos que reflejan una representación conceptual, teórica, metodológica e incluso ideal del derecho, y acaso, una importante definición sobre su propósito central dentro de una sociedad. De ahí que me parece que su empleo en diferentes contextos de alguna manera se traduce en una reivindicación de un conjunto de ideales que representan y dan forma a esta dimensión del pensamiento. Precisamente en este apartado intentaré reflexionar sobre el conjunto de ideales que se revelan en el marco de esta gran promesa a la que dibujaré bajo la denominación de la *noción tradicional de la seguridad jurídica* (o simplemente la noción tradicional)¹³⁶.

¹³² Montesquieu, *Del espíritu...* *op. cit.*, p. 107.

¹³³ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad jurídica” 2ª ed., en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (Eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 483.

¹³⁴ Cfr. MacCormick, Neil, “Retórica y Estado...” *op. cit.*, p.7.

¹³⁵ Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM/CNDH, 2004, p.

¹³⁶ La primera vez que utilicé esta expresión e incluso realicé una importante exploración sobre la misma fue a partir del trabajo para obtener el Diploma de Estudios Avanzados en el marco del programa de doctorado “Unión Europea y Derechos Humanos” impartido por la Universidad de Alcalá en el 2005. El germen de aquella

Para lograr tal finalidad, en primer término, expresaré los elementos centrales de aquello que a mi juicio conforma la noción tradicional de la seguridad jurídica y su relación con los ideales asociados con el Estado de derecho o Estado legal de derecho. Esta presentación intentará explicar las razones por las que ambos conceptos se implican recíprocamente. Una vez clarificados tales elementos y las diversas implicaciones que plantean para el pensamiento jurídico, expondré las razones por las cuales sostengo que la noción tradicional constituye la gran promesa del racionalismo positivista frente a la idea de que tal concepción impone una serie de aspectos intrínsecos de justicia. Posteriormente, explicaré la medida en que dicha concepción, como ideal del racionalismo, actúa en forma de: a) Un ideal legislativo (que determina las propiedades ideales de la ley como centro de la atención de los juristas); b) un ideal político (en la medida en que su empleo presupone el mayor reconocimiento al principio democrático encarnado por el legislador que representa la voluntad general) y finalmente; c) como un ideal para la función judicial (en la medida que presupone la posibilidad de expectativas razonables en las decisiones judiciales).

Tales elementos me permitirán clarificar las principales razones por las que las y los juristas se afianzan con tanto ahínco a la noción tradicional. Esto también me dejará mostrar, en el apartado siguiente, la manera en que tales ideales se ven fragmentados con la modificación de la ley como componente central del sistema, frente a los cambios que suponen las concepciones relativas al Estado constitucional que ya se han prefigurado.

2.1. La identificación de la noción tradicional de la seguridad jurídica.

Para entender el papel que desempeña la noción tradicional de la seguridad jurídica en la concepción dominante del Estado de derecho, o Estado legislativo de derecho, me parece importante reflexionar sobre la importancia de eso a lo que se pretende aspirar cuando alguien

investigación, el paso de los años en la investigación aplicada de los derechos humanos y el litigio estratégico en materia de derechos humanos, me permiten presentar una versión que considero más completa y acabada de aquella versión inicial, que determinaba las primeras intuiciones sobre esta temática pero que espero haya madurado con el tiempo. Las ideas centrales de aquel trabajo constituyen, por mucho, la base del presente desarrollo. Esta investigación tiene por ello una deuda muy especial con la Dra. María del Carmen Barranco Avilés que dirigió aquella investigación que me permitiría obtener en ese entonces la suficiencia investigadora. *Cfr.* Ortega Soriano, Ricardo Alberto, *La interpretación de los derechos fundamentales y el concepto seguridad jurídica*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares.

se refiere al ideal de la seguridad jurídica y por qué ello conforma una aspiración tan poderosa en la cultura jurídica contemporánea para posteriormente referir algunas de las conexiones de este concepto con lo que definí como la concepción dominante del Estado de derecho.

Como podremos abundar en el presente apartado, de manera general, la búsqueda de un ideal de *seguridad* no debe parecernos particularmente extraña en el marco del desarrollo del Estado Moderno. Desde Tomas Hobbes, quien incluso aparece en escena mucho antes de la consolidación de los postulados de Estado de Derecho que aquí serán revisados, es posible advertir la relevancia del ideal o aspiración de seguridad que entre otros objetivos generaría un pacto social capaz de permitir la continuidad del *status civilis* frente al *status naturalis*¹³⁷. En épocas más recientes, ese ideal de seguridad, transformado por ejemplo en seguridad humana o ciudadana, se ha identificado como la posibilidad de asegurar a las personas que el Estado actúe para reducir los temores frente al miedo y las amenazas de manera tal que las personas puedan vivir con mayor libertad, sin preocupación o sin miedo¹³⁸.

Sin abundar más en ello, parecería que uno de los propósitos centrales del papel del Estado moderno, aunque quizá alcanzado y comprendido de diversos modos, se relaciona con una expectativa de seguridad en una multiplicidad de ámbitos de la vida de las personas, por lo que no resulta extraño identificar esta búsqueda con los propósitos del denominado Estado de Derecho¹³⁹.

En el capítulo previo, identifiqué la importante conexión existente entre la concepción dominante del Estado de derecho y lo que en términos generales puede reconocerse como el denominando culto a la legislación. Esta conexión, como podremos apreciar en el presente apartado, tiene importantes implicaciones en la configuración de lo que, como he sostenido, reconoceré bajo el apelativo de la *noción tradicional*.

¹³⁷ Así las cosas, se plantea como evidente el deber del Estado y del Derecho en la protección de la sociedad. Cfr. Cassirer, Ernst, *La filosofía de la ilustración*, 3ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 292.

¹³⁸ Cfr. Ortega Soriano, Ricardo y Robles Zamarripa, José Ricardo, “Estudio introductorio. Desarrollo humano, seguridad humana y derechos humanos: Tres miradas hacia un punto de encuentro.”, en Ortega Soriano, Ricardo, Robles Zamarripa, Ricardo, Ascencio, Ana Karina (coords.), *Seguridad Humana, Una Apuesta Imprescindible*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2015, p. 15.

¹³⁹ El propio Montesquieu reconocerá que: “es necesario que el gobierno sea de tal modo, que ningún ciudadano pueda temer a otro ciudadano; la libertad es la ausencia de temor y de preocupación: *seguritas*. Cfr. Starobinski, Jean, Montesquieu, *Breviarios del Fondo de Cultura Económica*, trad. de Tomás Segovia, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p.118.

Como observamos en dicho apartado, bajo los elementos característicos del Estado de derecho se estableció un gran impulso a la apuesta racionalista del positivismo jurídico. Como se expuso en su oportunidad, la concepción dominante del Estado de derecho estableció una serie de promesas a la sociedad, las cuáles estuvieron ancladas en los conceptos de: a) El reconocimiento del principio democrático, es decir, la idea de la sujeción del poder al derecho, y particularmente a la soberanía popular expresada a través de las leyes del parlamento expedidas previamente; b) el principio de separación de poderes, particularmente como sujeción de los jueces a un enaltecido legislador democrático que a su vez parece traer consigo la idea de su racionalidad en perjuicio del primero y; c) una concepción estatalista o legalista de las fuentes del derecho a partir del principio de separación jurídica en el marco de una presuposición a la completitud y coherencia del sistema, entre muchos otros aspectos¹⁴⁰.

Dentro de esta concepción pues, es que aparecerá la noción tradicional de la seguridad jurídica. Precisamente, y como reconoce Pérez Luño, uno de los objetivos fundamentales (presupuesto y función indispensable) de todo ordenamiento jurídico en un Estado de derecho se relaciona con la aspiración de seguridad jurídica¹⁴¹. Me interesa particularmente en este punto, identificar la relación existente entre la noción tradicional de la seguridad jurídica y la concepción dominante de Estado de derecho e intentar comprender así la fuerza de tal amalgamamiento, e incluso, adelanto, los aspectos que originan su crisis en las democracias constitucionales modernas.

De manera preliminar, propongo identificar a la noción tradicional de la seguridad jurídica en función de la vinculación de dos conceptos: los ideales de la legalidad y la certeza jurídica¹⁴². A partir de lo anterior, resultará esencial comprender sus implicaciones e interacciones como los ejes de esta construcción. En realidad, y como se puede observar, tal relación supone una elaboración conceptual bastante sencilla (aunque con implicaciones más profundas) respecto a la manera de comprender tanto al derecho como su relación con el Estado. Precisamente por ello, a continuación, analizaré tales elementos intentado conectar tal

¹⁴⁰ *Supra* 1.1.1. La visión dominante de la noción “Estado de derecho”.

¹⁴¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad...” *op. cit.*, p. 482.

¹⁴² Una manera distinta de expresarlo es la que refiere el profesor de la Universidad de Alicante Ricardo García Manrique, que afirma a propósito de su trabajo. Enteremos por seguridad jurídica “la certeza respecto del contenido de las normas jurídicas vigentes y respecto del hecho de que las normas jurídicas vigentes serán aplicadas de acuerdo con su contenido.” *Cfr.* García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 1989. p. 14.

explicación, en la medida de lo posible, con las implicaciones conceptuales que aparecen con la idea de Estado de Derecho.

2.2. El Estado de derecho como “el imperio de las leyes” y la noción tradicional de la seguridad jurídica como vinculación entre las ideas de legalidad y certeza.

En uno de los estudios que constituyen todo un referente sobre la idea de Estado de derecho, aparecido en el centro del régimen franquista como una expresión de disidencia política y académica, Elías Díaz¹⁴³ ya dejaba de manifiesto dos de las principales aspiraciones de esta concepción o forma de entender al Estado: a) Una primera concepción del Estado de derecho construida en oposición a las dictaduras, Estados absolutos o regímenes autoritarios y; b) la idea de que no todo Estado con un orden jurídico puede ser llamado Estado de Derecho. Para Elías Díaz, hablar de un auténtico imperio de las leyes presupone el efectivo sometimiento del poder del Estado a la ley, pero no cualquier clase de leyes, sino aquellas que constituyen la expresión de la voluntad general del pueblo¹⁴⁴. De esta manera es posible sustituir la idea del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, lo cual genera también otra idea importante, y es que los criterios de sometimiento del poder son la expresión de un proceso legislativo entendido como proceso racional y no se basan en criterios ontológicos, religiosos o fundamentalistas¹⁴⁵.

Precisamente por ello, hablar de Estado de derecho presupone un componente muy claro de sometimiento del poder político a una pretendida voluntad racional del pueblo expresada en un legislador democrático. En tales condiciones resulta evidente que el producto de tal proceso de creación de las normas jurídicas en un sistema jurídico permitiría asumir en las leyes las características de racionalidad que se han atribuido a sus autores. De esta manera, la tesis esencial de la que parte Elías Díaz parece ser muy clara en cuanto a que: “el Estado de

¹⁴³ Cfr. Díaz, Elías, *Estado de Derecho... op. cit.*

¹⁴⁴ *Ibidem*, Introducción.

¹⁴⁵ Para un estudio detallado de la expresión “imperio de la ley” resulta particularmente interesante la aproximación de Francisco Laporta en dos textos. Cfr. Laporta, Francisco, “Imperio de la Ley. Reflexión sobre un punto de partida de Elías Díaz” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm 22, 1999 y Cfr. Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm 22, 1999, pp. 321-330.

derecho es el Estado sometido al derecho; es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de derecho consiste así fundamentalmente en el imperio de la ley¹⁴⁶”.

Uno de los propósitos fundamentales que serán reivindicados en el contexto de un modelo como el aquí presentado se traduce directamente en un pretendido beneficio a las personas o individuos que viven en una sociedad con tales características. De esta manera, puede afirmarse que el modelo del Estado de derecho como imperio de las leyes actúa fundamentalmente en la protección de las personas y sus derechos frente a las posibles arbitrariedades del poder político. De alguna manera, tales postulados son consistentes con una dimensión individualista de los derechos de las personas propia de la concepción clásica del Estado liberal que reivindica los ideales de libertad y autonomía de éstas¹⁴⁷.

En lo que respecta al Estado de derecho, a diferencia de los modelos autoritarios o dictatoriales, la aplicación y cumplimiento de las leyes no se encuentra sujeta al capricho de los gobernantes, sino que adquiere límites definidos por la legalidad del Estado, aspecto que evita el ejercicio abusivo o desproporcionado del poder y permite asegurar a las personas que sus proyectos de vida no serán afectados por el poder ilimitado o descontrolado del propio Estado que en teoría se instituye para su beneficio¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Una revisión muy interesante sobre la idea del gobierno de las leyes es desarrollada por Ricardo García Manrique, quien identifica el empleo de esta expresión en diferentes momentos. Así, la famosa expresión de Platón (en las Leyes) reconociendo a la ley como vehículo de salvación de las ciudades y los hombres o la expresión de J.Harrington en la República de Océana referente a la idea de asumir mejor un imperio de las leyes y no del hombre. *Cfr.* García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor...”, *op. cit.*, p. 17 De acuerdo con García Manrique, la indicación de que Harrington fue el primero en utilizar esta fórmula se encuentra en: *Cfr.* Laporta, Francisco, “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, en Díaz, Elías y Colomer, José Luis, *Estado, justicia y derechos*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 105-132.

¹⁴⁷ Por otra parte, una crítica muy interesante (aunque fuera del ámbito del presente estudio) del Estado liberal como expresión de los intereses de la burguesía y no necesariamente a favor de los grupos especialmente desprotegidos podemos encontrarla también en Elías Díaz. *Cfr.* Díaz, Elías, *Estado de Derecho... op. cit.* I. Estado liberal de derecho.

¹⁴⁸ Una idea que Cassirer recupera del pensamiento de Rousseau advierte precisamente en este sentido que: “Cuando domina el mero poder, cuando rige uno o un grupo de individuos, imponiendo sus mandatos a la totalidad, es necesario y tiene sentido fijar límites a ese poder usurpado; porque se halla siempre expuesto al peligro del abuso del que hay que precaverse. Es verdad que tales medidas de precaución suelen ser en el fondo inefectivas, porqué cuando falta la voluntad de legalidad como tal, las leyes fundamentales, tan previsoras como se

De esta forma, la protección que un sistema jurídico basado en el imperio de las leyes puede garantizar a las personas se realiza a través de la seguridad jurídica. Dicho de otra manera, Estado de derecho y seguridad jurídica parecerían constituir nociones equivalentes.

Quien mejor lo ha expresado, a mi juicio, es Joseph Raz siguiendo una idea de Hart, quien afirma que la noción de Estado de Derecho nos conduce a dos aspectos: a) Que las personas regidas por el derecho deben obedecerlo y; b) que el derecho debe ser de tal manera que las personas puedan ser guiadas por él¹⁴⁹.

Es así como el ideal de la seguridad jurídica generará condiciones claras como instrumento para la protección de la autonomía política e igualdad (en el plano formal) a favor de las personas que, en la medida en que viven en un Estado con leyes establecidas con antelación y que son aplicadas de manera rigurosa de acuerdo con su contenido, pueden “proyectar con razonable seguridad sus acciones y anticipar sus consecuencias”. Tal y como Francisco Laporta lo anticipa, “El derecho como orden estático de normas y como orden dinámico de actos de aplicación de esas normas, es para los seres humanos una circunstancia que afecta profundamente (aunque a veces inadvertidamente) sus vidas, relaciones personales, su libertad, sus bienes¹⁵⁰. Por consiguiente, la expresión de la noción de legalidad (bajo el establecimiento de normas previas producto de la voluntad general) y certeza (de que tales normas serán aplicadas de manera rigurosa y objetiva) operan como los ejes fundamentales de protección de las personas frente a esa circunstancia (el derecho) que tiene el potencial de afectar o dañar profundamente el proyecto de vida de las personas.

De acuerdo con lo anterior, me parece que son tres los elementos que actúan directamente en la vinculación del Estado de derecho y la noción tradicional de la seguridad jurídica: a) El primero de ellos, es el que puede advertirse de las características formales de las leyes en particular y del ordenamiento jurídico en lo general; b) el segundo, es el que reconoce

quiera, con las que se trata de vincular al soberano, no pueden impedir que este las interprete en su sentido y las administre a su placer”. Cassirer, Ernst, *La filosofía... op. cit.*, p. 292.

¹⁴⁹ Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad... op. cit.*, p.267.

¹⁵⁰ Esta idea es recuperada en una reflexión de Francisco Laporta al analizar la proyección del ideal relacionado con el imperio de las leyes con la autonomía de las personas. Para Laporta un esquema como el anterior, debería permitirnos advertir la existencia de un contexto pasivo o paramétrico (el carácter estático de las normas del sistema) y otro estratégico (menos predecible y sujeto a condiciones de imprevisibilidad. Esta distinción es recuperada de John Elster (Sour Grapes, 1983) en relación a la decisión y aplicada a las condiciones de funcionamiento del sistema jurídico. Cfr. Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión... op. cit.”, p. 138.

una legitimidad política a las leyes como expresión de la voluntad general y su pretensión de racionalidad y; c) el tercero, el que somete a la judicatura al contenido de las leyes queridas por el legislador democrático.

En cuanto al primero de tales elementos, es decir, las características formales que se identifican con las leyes, es preciso recordar que el establecimiento de leyes generales capaces de vincular a todos los gobernados e incluso al monarca hará posible alcanzar la idea de seguridad jurídica de las personas. Tal aspecto constituyó el primer paso para la construcción de un ideal de seguridad jurídica que se implantó con gran fuerza en el pensamiento jurídico desde finales del siglo XVIII¹⁵¹.

Como analizamos en el apartado anterior, el proceso de codificación del que hablaba Santiago Nino, que se generó con posterioridad a las revoluciones liberales del siglo XVIII en Europa, permitió el establecimiento de normas generales. No resulta difícil comprender que tal mecanismo actuó en dos sentidos: a) En la posibilidad de clarificar el contenido de las prescripciones o limitaciones que el Estado imponía a las personas a través de una única fuente de producción de las leyes y; b) el que tales disposiciones generales se constituyeran como un mecanismo frente a la arbitrariedad de los regímenes despóticos o autoritarios de la época. En pocas palabras, con ello pudo asistirse al nacimiento de la exigencia de legalidad del sistema jurídico.¹⁵²

Esta exigencia de la legalidad conecta, como advertimos previamente, con otro componente del Estado de derecho. El acatamiento de la ley no se determina solo por las exigencias formales de un ordenamiento jurídico (que analizaremos más adelante) compuesto por leyes generales, abstractas, claras, estables, con una vigencia definida en el tiempo en un sistema que es coherente y no contradictorio¹⁵³, sino que esta exigencia se encuentra justificada

¹⁵¹ De nueva cuenta, la noción de Montesquieu que a mi juicio apuntalaría esta concepción de la seguridad jurídica nos permite ilustrar esta afirmación. De esta manera, “La libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro.” Montesquieu, *Del espíritu...* *op. cit.*, p. 107.

¹⁵² Una expresión de legalidad “entendida como tal” afirmaría Rousseau. *Cfr.* Cassirer, Ernst, *La filosofía...* *op. cit.*, p.292.

¹⁵³ Estos elementos, entre algunos otros, fueron establecidos bajo el concepto de la moral interna del derecho en una tesis defendida por Lon Fuller en una interesante polémica con Herbert Hart. Más adelante señalaremos algo

en la medida en que tales leyes resultan la expresión más clara del legislador democrático. La relevancia de este ámbito de la legalidad no resulta menor en la medida en que se basa en el argumento democrático como fundamento de legitimidad del propio sistema político. De esta manera, la legalidad se traduce esencialmente en el cumplimiento y aplicación de la voluntad del pueblo en los casos que el derecho deba regular ya sea frente a las y los ciudadanos o al propio poder político que se encuentra igualmente limitado frente a este soberano¹⁵⁴. Por lo anterior, puede afirmarse que el fundamento de la legalidad se vincula con el principio de sujeción a las normas establecidas por el órgano que representa la voluntad del pueblo; que no es otra cosa que la exigencia de una legitimidad democrática¹⁵⁵.

Una idea que a mi juicio no debería perderse de vista es justamente que esta exigencia de pensar a la legalidad no implica una suerte de exigencia de obediencia frente a cualquier clase de leyes. Como observamos en el apartado anterior, es posible advertir un uso del Estado de derecho en términos estrictamente formales, en donde lo relevante sería que la ley sea la emanación de las decisiones del Estado, aunque tales productos no se identifiquen con el ideal de separación ni el ideal democrático de la ley como expresión de la voluntad popular. En mi opinión la concepción dominante del Estado de derecho abandona completamente esta visión, requiriendo una serie de requisitos formales en la elaboración de la leyes, pero además, que el origen de tales leyes sea precisamente una expresión de la voluntad general. Más adelante analizaremos aquello que sucede cuando a esas limitaciones en el origen democrático y la forma de las leyes se suman algunas limitaciones materiales al legislador democrático, particularmente en función de las exigencias provenientes de los derechos fundamentales.

sobre este particular. Sin embargo, notas interesantes en el contexto de este debate pueden observarse en *Cfr.* Vega Gómez, Juan, *El debate Hart- Fuller. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Dickinson, 2014, pp. 17-35.

¹⁵⁴ Francisco Laporta afirma que “la ley es la ley porque es una emanación de la voluntad general expresada en el órgano de decisión que representa o reproduce esa voluntad general”. Me parece que la exigencia de legalidad trasciende un mero sentido de obediencia formal y revela una suerte de pretensión de obediencia en función del respeto del contrato social que la doctrina liberal presupone como base de esta construcción. *Cfr.* Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...”, *op. cit.*, p. 323.

¹⁵⁵ Según Rousseau, “es la voluntad general expresada por la ley la que garantizará a todos y cada uno la seguridad, que es una libertad renovada, y una propiedad jurídicamente garantizada que sustituye a la simple posesión. No es menos cierto que tanto libertad como propiedad pueden ser limitadas por la ley. La única garantía que se le ofrece al individuo es de que la voluntad general no puede actuar sino con medidas aplicables a todos”. Jardín, André, *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 60-61.

El tercer elemento que vincularía a la noción tradicional de la seguridad jurídica con la idea dominante del Estado de derecho constituye a mi juicio una consecuencia del modelo anterior. En esta exigencia, lo que se reivindica es el cumplimiento del postulado de legalidad en la aplicación de las normas generales aprobadas por el parlamento. Esta cuestión, en realidad revela una condición indispensable en la consolidación de la noción tradicional de la seguridad jurídica y no es otra cosa que el ideal de certeza o previsibilidad de las decisiones en la medida en que se encuentran sujetas a tal exigencia de legalidad.

Por tanto, a partir de la identificación de la relación existente entre la noción tradicional de la seguridad jurídica y la concepción dominante del Estado de Derecho, podemos observar una doble dimensión en la materialización del ideal de la seguridad jurídica que puede ser apreciada a partir de lo que Pérez Luño identifica como una serie de exigencias tanto objetivas como subjetivas. Las primeras (las objetivas), asociadas con la noción de la legalidad, se traducirían en la necesidad de que el sistema jurídico cuente tanto con una corrección estructural, o lo que es lo mismo, una adecuada formulación de las normas del ordenamiento jurídico, como con una corrección funcional que se vislumbra en que el derecho sea cumplido por sus destinatarios y aplicado de manera adecuada por los órganos encargados de dicha cuestión. Por otra parte, las exigencias subjetivas se revelarían particularmente en la noción de certeza, e implicarían la traducción de ésta en una proyección de las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales apuntadas en la dimensión objetiva. En otras palabras, la certeza jurídica no sería otra cosa que la posibilidad que tienen las personas en un sistema estructurado de leyes democráticas de prever el sentido de una decisión judicial que se apega a la legalidad¹⁵⁶.

Como puede apreciarse, hablar de la idea de Estado de derecho presupone en este esquema de pensamiento la adopción de la noción tradicional como una consecuencia necesaria y uno de los mayores propósitos a alcanzar. Detrás de este concepto además de la posibilidad de que las personas estén a salvo de la arbitrariedad del poder político, se hallaría una mayor satisfacción del ideal de autonomía que a su vez les permitiría prever de manera adecuada el curso de sus actos y la consecuencia de los mismos.

Ahora bien, debe resaltarse que para comprender de manera adecuada el impacto que tiene este concepto en la construcción del pensamiento jurídico moderno, no basta con establecer esta aproximación inicial sobre el propósito y funcionamiento conceptual de esta

¹⁵⁶ *Cfr.* Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad...”, *op. cit.*, p. 483

idea, pues es preciso advertir una serie de ideales que se encuentran asociados con su empleo y arraigo. En este contexto, considero necesario identificar la manera en que este ideal se refleja en la protección de las personas y el ideal de autonomía antes señalado¹⁵⁷, más allá de la expectativa que en principio se proyecta sobre el papel del Estado y qué reflejaría que dicha noción tradicional se manifieste claramente en una serie de ideales que resultan atractivos para las y los juristas así como para los teóricos del Estado en particular.

Esta reflexión me permitirá reconocer que detrás de la noción tradicional de la seguridad jurídica se halla un ideal legislativo; un ideal político y un ideal sobre la función que realizan las y los jueces. Dicho de otra forma, esta aproximación me permitirá reconocer en la noción tradicional una apuesta racionalista compleja y no necesariamente la reivindicación de un valor moral. Precisamente por ello, y antes de exponer los ideales a los que me he referido, quisiera expresar por qué me interesa por ahora dejar de lado la reivindicación de la seguridad jurídica como un ideal de justicia.

2.3. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal del racionalismo

Como he apuntado previamente, me parece fundamental para los propósitos del presente estudio identificar la relevancia de la noción tradicional de la seguridad jurídica como un ideal del racionalismo y no propiamente como una expectativa de justicia, es decir, como la posibilidad de entender a la seguridad jurídica como un valor moral en sí mismo. Lo anterior es así, en la medida en que, si la empresa que determina el hecho de que la estructura del derecho tiene en su configuración una serie de cualidades que lo vuelven intrínsecamente justo, pues entonces ello implicaría la necesidad de buscar la preservación de dicha noción tradicional, aspecto que precisamente tornaría inútil el desarrollo de la empresa que nos hemos trazado. Dicho de otra manera, en primer término intentaré comprender por qué existen fuertes razones para negar que el principal arraigo de la *noción tradicional* entre las y los juristas se debe a su comprensión como un ideal de justicia (lo cual además resultaría abrumador por el esfuerzo

¹⁵⁷ Es importante recordar que la idea misma de autonomía nos conduce a reconocer a las personas como entidades racionales que tienen la capacidad para tomar sus propias decisiones. *Cfr.* Fuentes Pérez, Dalia Berenice. “Principios y aplicación de los derechos de las y los niños: Autonomía de la voluntad. Interés superior y prioridad” en Estrada, Adán, Guillermo, E. y Fernandez de Casadevante Romani, Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual*. México, Editorial Porrúa y Facultad de Derecho de la UNAM, 2014, p.351.

de pensar en su reformulación sin atacar tal expectativa) que en cambio sí presupone la posibilidad de construir alrededor de ella una serie de ideales y expectativas de cuño racional.

2.3.1. La noción tradicional de la seguridad jurídica como reivindicación asociada a un elemento intrínseco de justicia

En un influyente texto intitulado *The Morality of Law*¹⁵⁸, el jurista Lon L. Fuller establece una controvertida tesis en la que reivindica, entre otros aspectos, la idea según la cual un sistema jurídico que contemplara una serie de requisitos o elementos formales tenía implícito un valor de justicia. En efecto, de acuerdo con Fuller un sistema jurídico en donde las normas fueran: a) generales; b) claras; c) tuvieran estabilidad; d) plantearan un cumplimiento posible; e) cumplieran con el principio de irretroactividad; f) no generaran contradicciones en el sistema; g) fueran públicas y, h) quienes tuviesen la obligación de impartir justicia lo hicieran de manera consistente y regular, presentaría una “moralidad interna” que tiene la propiedad intrínseca de generar un valor de justicia.¹⁵⁹

De acuerdo con Fuller, la moral interna del derecho operaría como un “orden funcional” sirviendo a su vez de guía para orientar la conducta de los ciudadanos¹⁶⁰. De esta manera, para él, deberíamos reconocer que “el derecho considerado simplemente como orden, contiene en si mismo una moral implícita”, e incluso afirmar que “la moralidad de ese orden debe ser respetada si nosotros creamos cualquier cosa que pueda ser llamada derecho, incluso mal derecho¹⁶¹”. Según este filósofo jurídico un sistema de reglas que cumple con los ocho elementos de la moral interna del derecho expresaría el ideal según el cual, la coherencia y el bien tienen una mayor coherencia que la coherencia y el mal¹⁶².

¹⁵⁸ Cfr. Fuller, L. Lon, *The Morality of Law*, New Haven and London, Yale University Press, 1967.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 39 En el mismo sentido, la explicación del profesor Ricardo García Manrique al referirse a las tesis que identifican a la seguridad jurídica como valor recuperando los 8 elementos de la tesis de la moralidad interna del derecho de Fuller. Argumentos que serán analizados más adelante. Cfr. García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor...”, *op. cit.*, p. 6

¹⁶⁰ Cfr. Vega Gómez, Juan, *El debate... op. cit.*, p. 31

¹⁶¹ El párrafo citado textualmente refiere: “*Law, considered merely as order, contains, then, its own implicit morality. This morality of order must be respected if we are to create anything that can be called law, even bad law*” Cfr. Fuller, Lon, *Positivism and fidelity to law. A reply to professor Hart*. Harvard Law Review, Vol. 71, 1958, p.645.

¹⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 636.

Fuller sostendrá una importante polémica con L. H. A. Hart. sustentada en diferentes ámbitos relacionados con la posición fundamental de los enfoques positivistas que expresan la importancia de sostener la tesis de la separación entre derecho y moral. De esta manera, Fuller adoptaría una postura catalogada como una suerte de iusnaturalismo procedimental y afirmaría, en lo tocante a la idea de la moral interna del derecho, la existencia de ocho maneras de fallar en la creación de leyes, las cuales son en realidad el espejo de los ocho ideales o elementos de la excelencia legal que todo sistema debería esforzarse en alcanzar¹⁶³, y que no son otros que los de la “moral interna del derecho”¹⁶⁴.

Sin pretender ingresar a fondo en los múltiples recovecos del debate Fuller-Hart, una nota que me parece fundamental para el análisis que ahora nos ocupa se relaciona con algunas notas del propio profesor Hart que servirían para alimentar una discusión importante con Fuller. La primera tendría que ver con la idea en donde el propio jurista inglés concedería, de alguna manera a Fuller, que el derecho contiene “un mínimo de derecho natural”¹⁶⁵; la segunda se relaciona con la afirmación según la cual los jueces pueden legislar en la zona de penumbra de las normas jurídicas, ante la falta de cualquier otro estándar, y que cuando efectivamente realizan tal acto de legislación pueden ser guiados por las propias nociones del juez de aquello que consideren como lo que “debería ser”; es decir, sus propias concepciones morales). Sin embargo, según Hart esto podría ser válido incluso en el supuesto de una sociedad que “fuese devota de los fines más malvados”¹⁶⁶. Finalmente, Hart también negará que exista una mayor afinidad entre la coherencia y el bien respecto a la coherencia del mal, con lo cual descalifica de

¹⁶³ Cfr. Macleod-Cullinane, Barry. *Lon L. Fuller and the enterprise of law*, Legal Notes Libertarian Alliance, Reino Unido, ISSN 0267-7083, núm. 22, 1995, p.3.

¹⁶⁴ Con el propósito de mostrar tales fallas Fuller recurre al cuento del Rey Rex que falla de manera obvia al dictar leyes *ad hoc* frente a formulaciones generales. De igual manera, fallaría al no publicar las mismas o no ponerlas a la disposición de las personas a las que van dirigidas. Existiría un abuso al emitir legislación retroactiva que no permita guiar la actuación de las personas eliminando el efecto prospectivo de la legislación, fracasaría igualmente al desarrollar leyes incomprensibles cuando las mismas son contradictorias o cuando las reglas requieren aspectos que sobrepasan las posibilidades de cumplimiento por parte de las personas, cuando se introducen cambios frecuentes que afectan la estabilidad e impiden a las personas orientarse. Finalmente se falla cuando no existe congruencia entre las leyes publicadas y su aplicación por parte de los órganos encargados de hacerlo. Cfr. Fuller, L. Lon, *The Morality... op. cit.*, p.39.

¹⁶⁵ Cfr. Escudero Alday, Rafael, *Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller*, Madrid, Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 19, 2002, p. 316.

¹⁶⁶ Cfr. Fuller, Lon, *Positivism and fidelity... op. cit.*, p. 635.

manera tajante la pretensión de Fuller relativa a que el solo cumplimiento de los elementos propios de la moral interna del derecho, contribuyen de manera implícita al desarrollo de la justicia¹⁶⁷.

Para los propósitos del presente estudio, el debate Hart- Fuller respecto a la idea relativa a la “moral interna del derecho”, me parece que permite ubicar al menos dos ideas relevantes, dejando por ahora de lado el debate más general sobre la relación entre derecho y moral: a) la primera, en donde los elementos relacionados con dicha moral interna coincidirían esencialmente con la noción tradicional de la seguridad jurídica; b) la segunda, el debate relativo a si dicha concepción (la moral interna del derecho o, su equivalente, la noción tradicional de la seguridad jurídica) posee un valor intrínseco de carácter moral relacionado en cierta manera con un ideal de justicia. Esta segunda idea me parece sumamente interesante pues refleja una concepción bastante recurrente en algún sector de la doctrina jurídica.

No solo la postura de Lon Fuller intenta justificar que la noción tradicional de la seguridad jurídica constituye un valor en sí mismo que debería ser preservado por su afinidad o posibilidad intrínseca de realización de la justicia. Existe una variedad de autores que de cierta forma asumen alguna versión de la tesis relativa al valor moral de la seguridad jurídica, tal y como lo advierte el profesor de la Universidad de Barcelona, Ricardo García Manrique, en un magnífico trabajo a propósito del análisis y cuestionamiento de los argumentos mediante los cuales se defiende la “tesis del valor moral de la seguridad jurídica”, es decir, la tesis según la cual se reconoce que existe algo “intrínsecamente bueno en la técnica normativa en la que consiste el derecho¹⁶⁸”.

En el texto referido, García Manrique distingue entre dos posiciones generales relacionadas con el propósito de la seguridad jurídica. La primera en la cual se reconoce el

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 637.

¹⁶⁸ Entre los autores que refiere García Manrique se encuentran Radbruch, Elías Díaz, Felipe González Vicén. De esta manera, dicho autor resalta la tesis de Radbruch en la que afirma que: “Toda ley positiva lleva un valor en sí misma, independientemente de su contenido: es siempre mejor que la falta de la ley porque crea seguridad jurídica” Según Radbruch solo las leyes extraordinariamente injustas no podrían ser derecho. Elías Díaz habla también del valor de la seguridad en oposición a la arbitrariedad y a la total inseguridad del “no derecho”. De alguna manera, Elías Díaz coincide con Fuller en la distinción entre moral interna, que en palabras del propio Díaz significaría una cuestión de “primer orden” frente a la moral externa, o la referida a los propósitos sustantivos o materiales de un sistema jurídico, que de acuerdo con Elías Díaz significaría un segundo orden de la seguridad jurídica. *Cfr.* García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor...” *op. cit.*, p.9.

carácter intrínseco de justicia que aporta (tesis del valor moral de la seguridad jurídica) y la segunda que la reconoce como un instrumento para la realización de algunos otros fines¹⁶⁹. La presente investigación reconoce que la segunda de estas posiciones resulta más clara respecto al conjunto de ideales que se representan cuando se piensa en la seguridad jurídica y que generan un fuerte arraigo entre las y los juristas. Sin embargo, me parece importante al menos dejar planteados los elementos que relacionan a la seguridad jurídica con una aspiración moral, los cuales, como ya he explicado, me parecen menos prometedores para explicar su asiento en la conciencia jurídica moderna.

En efecto, parece importante observar de manera sintética los principales argumentos que se han esgrimido a favor del valor moral de la seguridad jurídica y señalar las razones presentadas por García Manrique que nos conducirían, de manera preliminar, a descartarlas. Una vez expuesto esto, pienso que no tendremos ningún problema para entender las razones por las que la esta investigación reconoce en la seguridad jurídica, en el mejor de los casos, un valor instrumental como elemento de la racionalidad.

Según el profesor español, existen fundamentalmente tres argumentos que intentan justificar el carácter moral de la noción tradicional de la seguridad jurídica¹⁷⁰. El referido a la idea de la autonomía personal; el que afirma que la defensa de este concepto propicia el desarrollo de la justicia material y, el que le reconoce como un elemento que en sí mismo asegura al menos una justicia formal¹⁷¹.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 12-13.

¹⁷⁰ Una noción muy parecida a la defendida por Fuller, relacionada con el valor moral de la seguridad jurídica puede ser identificada también en autores como Uberto Scarpelli y Thomas Campbell quienes sostienen, por ejemplo, que: “el positivismo jurídico es la concepción conforme a la cual la actividad de aplicación de los operadores jurídicos (y para Scarpelli también la labor de la ciencia jurídica) debe y se trata de un expreso deber moral, conforme a su rol institucional- identificar e interpretar el Derecho conforme a los criterios de legalidad y certeza propios del sistema jurídico de implantación positivista”. *Cfr.* Ruiz, Miguel Alfonso, “Positivismo ideológico e ideología positivista”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. A (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, p.465. Para mayor referencia, pueden observarse las referencias que el propio Ruiz Miguel identifica como base de esta idea: *Cfr.* Scarpelli, U., “Cos’è il positivismo giuridico”, 2a ed., *Introduzioni e cura* di Alfonso Catania e Mario Jori. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, Milán, pp.191-192. Existe traducción al Español. Scarpelli, Uberto, “Qué es el positivismo Jurídico”, en Rentería, Adrián, *Filosofía Analítica y Filosofía del Derecho en Italia*, México, Editorial Cajica, 2006. p. 207. *Cfr.* Campbell, Thomas, *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot, Dartmouth, 1996, p. 89.

¹⁷¹ García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor...” *op. cit.*, p. 20

En cuanto al primer argumento, el de la autonomía personal, se suele afirmar que la noción tradicional de la seguridad jurídica asegura a todas las personas sujetas a las leyes de un Estado una mayor capacidad de predicción que le permite tomar decisiones y planificar su vida de mejor manera¹⁷². Al respecto, quizá lo que valga resaltar en términos generales es que el ideal de autonomía de las personas debería significar muchas más cosas que las posibilidades cognitivas o de discernimiento de los ciudadanos para tomar decisiones en función del conocimiento previo de las leyes del Estado. De esta manera y de acuerdo con García Manrique, quien recupera dos elementos del concepto de autonomía personal establecidos por el profesor Joseph Raz, se afirma que el ideal referido requiere que las personas posean la independencia necesaria para poder tomar sus propias determinaciones, y que adicionalmente cuenten con una adecuada gama de opciones morales disponibles, entre las cuales poder elegir¹⁷³. Precisamente por ello, parece claro que la noción de la seguridad jurídica tendría, en cuanto al ideal de autonomía, alcances mucho más modestos. En consecuencia, no es posible aceptar la tesis según la cual la seguridad jurídica constituye una condición suficiente para asegurar el principio de autonomía¹⁷⁴.

Un segundo argumento que se explora en el texto que ahora revisamos, presentaría a la seguridad jurídica como una condición necesaria para favorecer el principio de autonomía política. El argumento es construido por el profesor de la Universidad de Barcelona, a partir de una afirmación de Francisco Laporta al analizar la expresión del *imperio de las leyes* que revisamos en la teoría de Elías Díaz¹⁷⁵. Este argumento parece mucho más interesante que el anterior y especialmente pertinente para los propósitos de esta investigación al apoyar la tesis

¹⁷² *Ibidem*, p. 22.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 24.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 22-26.

¹⁷⁵ La afirmación utilizada por García Manrique es la tesis de Elías Díaz que afirma que: “con el imperio de las leyes es posible una sociedad injusta, pero sin el imperio de la ley es imposible una sociedad justa”. En otras palabras el imperio de las leyes (la noción tradicional de la seguridad jurídica) es condición necesaria para alcanzar la justicia. *Ibidem*, p. 20 Elías Díaz afirma que: “La contraposición y superación de la pura arbitrariedad (o la falta, sin más, de normas) a través de la legalidad, significa ya la posibilidad de una primaria, aunque ya imprescindible y esencial, zona de seguridad jurídica. La legalidad engendra seguridad: el Derecho establece y delimita el campo dentro del cual, en una determinada sociedad, los ciudadanos pueden sentirse seguros sabiendo con certeza a qué atenerse en relación con sus derechos y deberes”. *Cfr.* Díaz, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus Humanidades, 1992. Un análisis sobre las implicaciones de esta idea en *Cfr.* Laporta, Francisco, “Laporta, Imperio de la ley. Reflexión sobre...” *op. cit.*, pp. 133-145.

según la cual la noción tradicional de la seguridad jurídica constituye un medio racional y no un elemento intrínseco de la justicia.

Según nuestro autor, este sería el argumento de otros autores que reconocerían a la seguridad jurídica como condición necesaria, pero no suficiente del respeto a la autonomía, como Waldron¹⁷⁶; que afirmarían que una deliberada falta de respeto por el *rule of law* afectaría directamente la dignidad humana, como Raz¹⁷⁷; o bien que en dicha regla, aunque se imponen límites bastante débiles a la estructura básica de la administración, tales límites no serían en absoluto despreciables, como afirmaría Rawls¹⁷⁸.

De acuerdo con García Manrique, reconocer que la seguridad jurídica es una condición necesaria, mas no suficiente para proteger la autonomía de las personas, permitiría rechazar la idea de que la seguridad jurídica posee un valor intrínseco para la realización de la justicia. Esta afirmación resulta contundente en razón de que las “condiciones necesarias para la realización de una acción moral no participan necesariamente de la cualidad moral de la acción¹⁷⁹”. Dicho de otro modo, la seguridad jurídica si bien puede estar al servicio de ciertos ámbitos de protección de la autonomía, también podría estarlo en relación con la generación de esquemas de carácter opresivo en contra de las personas. De esta manera, si tenemos en el centro el ideal

¹⁷⁶ Me parece muy interesante el comentario presentado por el propio Waldron quien reconoce que un sistema jurídico que cumpliera con leyes universales, conocidas, establecidas previamente y congruente, podría también mantener la barbarie y la opresión en su sustancia. Por ejemplo, cita el caso del Estado Islámico de Irán al cual le atribuye tales características. Cfr. Waldron, Jeremy, *The rule of law in Contemporary Liberal Theory*, Ratio Juris, 1989, pp.93-94.

¹⁷⁷ El derecho es capaz de asegurar “marcos estables y seguros para la vida y la acción, ya sea estabilizando las relaciones sociales, las cuales si no fuera por el derecho, podrían desintegrarse o desarrollarse de forma errática y de manera impredecible”; o bien “mediante una política de autolimitación, hecha con el propósito de que el derecho sea en si mismo una base estable y segura para la planeación individual. El estado de derecho es la específica excelencia del derecho”. Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad...* op. cit., p.281.

¹⁷⁸ Waldron refiere en Rawls que: “*The consistent application of even unjust laws has the virtue that “those subject to them at least know what is demanded and they can try to protect themselves accordingly”*”. Cfr. Rawls, John, *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971, p. 59 y Waldron, Jeremy, *The rule of law...* op. cit., pp.93-94.

¹⁷⁹ El ejemplo que utiliza nuestro autor me parece interesante y lo retomo: “Si estoy moralmente obligado a visitar a un familiar enfermo (acción moral), y si la única forma de llegar hasta él (condición necesaria) es tomando el tren, tengo el deber moral de tomar el tren; lo que se sigue de aquí es que ‘tomar el tren para visitar un familiar enfermo’ es una acción moral, pero no se sigue que ‘tomar el tren’ sea una acción moral en cualquier caso.” Cfr. García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor...”, op. cit., pp. 26-28.

de la autonomía, la seguridad jurídica *per se* no contribuye a alcanzarla en cualquier contexto por lo que deberíamos descartar al menos respecto a esta idea que la seguridad jurídica no constituye un valor en sí mismo.

El segundo argumento al que hace referencia García Manrique se relaciona con lo que en términos generales podría considerarse como la tesis de la predisposición a la justicia, que brevemente apunté anteriormente. De acuerdo con esta tesis, quien respeta la moral interna del derecho (la noción tradicional de la seguridad jurídica) se encuentra predispuesto a alcanzar la justicia material¹⁸⁰. Este argumento no es otro que la expresión ya referida en este escrito en relación a que un sistema de reglas que cumple la moral interna del derecho enuncia claramente el ideal según el cual la coherencia y el bien tienen una mayor correspondencia que la coherencia y el mal¹⁸¹. Uno de los aspectos en donde puede verse con más claridad la posición de Fuller en oposición a la de Hart se relaciona con el ejemplo del régimen Nazi. Para el primero, dicho régimen al incumplir con los postulados de la moral interna del derecho no debería ser considerado como derecho. En oposición, Hart afirmará que en Alemania existía un sistema jurídico no obstante lo profundamente injusto que pudiese calificarse, es decir, el incumplimiento de los postulados de un sistema jurídico no le retiraba el calificativo de derecho¹⁸².

En general, podrían sintetizarse los argumentos esgrimidos por Fuller para defender la conexión de la moral interna del derecho con la moral externa o justicia material como:

- a) **El argumento histórico:** Según Fuller no existen ejemplos históricos que demuestren que pueden existir graves violaciones a la justicia material en consonancia con un sistema jurídico que cumpla con los elementos de la moral interna del derecho; Según García Manrique este argumento se descalifica en dos sentidos; El primero en función de que el hecho de que no hayan existido en el pasado ejemplos no significa que en el futuro puedan acontecer y el segundo, que de acuerdo con García Manrique sí existen tales ejemplos¹⁸³.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹⁸¹ *Cfr.* Fuller, Lon, *Positivism and fidelity...* *op. cit.*, p. 636.

¹⁸² Fuller refiere sobre una idea de Hart: “*Under the Nazis there was law, even if it was bad law*”. *Cfr.* Fuller, Lon, *Positivism and fidelity...* *op. cit.*, pp. 646.

¹⁸³ *Cfr.* García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor...”, *op. cit.*, p. 37.

- b) El argumento de la imprecisión.** Se basa en que la imprecisión de los términos favorecería la injusticia. Este aspecto podría ser descartado fácilmente si pensamos que las constituciones modernas contienen una serie de demandas de justicia formuladas esencialmente a través de principios con amplios grados de indeterminación¹⁸⁴.
- c) El argumento de la publicidad.** De acuerdo con esta posición, Fuller afirmó que en la medida en que la mayoría de los destinatarios de las reglas asumen una concepción correcta de lo justo y que las normas jurídicas requieren del acuerdo de sus destinatarios, la publicidad juega un papel importante que obliga a legislar en el marco de ese escrutinio público. En realidad esta afirmación requeriría afirmar que una mayoría social siempre se encuentra en posesión de una “concepción correcta de la moral” y que, desde este punto de vista, esa mayoría estuviera dispuesta a rechazar normas que son abiertamente injustas. No parecería ser, por tanto, que exista una necesaria conexión entre seguridad jurídica o la moral interna del derecho y la justicia material o moral externa¹⁸⁵.

El tercer argumento rescatado por García Manrique plantea que por lo menos la moral interna del derecho tendría conexión con el respeto a la justicia formal. El argumento parecería construirse desde las ideas según las cuales: a) La aplicación del derecho sin distinción corresponde con la esencia de la justicia¹⁸⁶ o de la idea según la cual; b) una norma abominable puede ser justamente aplicada si la misma se aplica de acuerdo con su contenido¹⁸⁷. Me gustaría añadir que esta concepción de la justicia formal, podría ser explicada en los términos expuestos

¹⁸⁴ El ejemplo de Fuller se refiere esencialmente a lo difícil que fue para las autoridades del Afrikaner imponer las leyes discriminatorias en Sudáfrica. Este argumento, parecería apuntar a la idea de que la imprecisión plantea un potencial de injusticia. *Ibidem*, p. 39.

¹⁸⁵ Aquí el ejemplo presentado es aquel según cual Fuller afirma que previo a los juegos olímpicos de Berlín el régimen Nazi estableció una regla según la cual todos los judíos deberían colocar un cartel en su establecimiento en donde se refiriera que se trataba de un “comercio judío”. El argumento era pues, que tal disposición no provenía de ninguna regla formal y que la aplicación de la misma se hacía siempre que no hubiera algún evento internacional ya que, supone Fuller, el régimen nazi reconocería que tal regla era susceptible de recibir críticas. *Ibidem*, p. 40 y 41.

¹⁸⁶ García Manrique se refiere así a la idea de Radbruch. *Cfr.* Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p.44 y *Cfr.* García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor...”, *op. cit.*, p. 47.

¹⁸⁷ La cita utilizada por el autor español corresponde a L.H A. Hart en la polémica con Fuller.

por Waldron. De acuerdo con este jurista, un grupo de autores han sugerido que la consistente aplicación de la ley tendría “al menos la virtud moral de un pacto de reciprocidad entre los oficiales del Estado y aquellos que se encuentran bajo su autoridad¹⁸⁸”.

En realidad, este argumento que apela a la constante aplicación de la ley que aseguraría el concepto de certeza jurídica a partir de la noción de la estricta legalidad, intenta presentar a la justicia formal como un valor sin necesidad de otros. De esta manera, podríamos afirmar que la justicia formal no constituye un valor en sí mismo, en la medida en que la misma puede ser utilizada en la aplicación de leyes que sirven para cualquier tipo de fines, por lo que nada impediría su invocación respecto a leyes profundamente injustas¹⁸⁹. Pensemos en ¿cuál podría ser un posible sentido de justicia formal (si es que lo hubiese), por ejemplo, en el contexto de la aplicación del apartheid, impuesto por el régimen del Afrikáner en Sudáfrica, en una regla que impidiera a las personas negras acudir a un barrio de personas blancas sin autorización? ¿Será que la aplicación estricta y uniforme de esta regla aporta un elemento de justicia formal? Dicho de otra manera, la aspiración de justicia formal significaría el alcance de una situación de mayor justicia mientras más personas negras fueran objeto de aplicación uniforme y estricta de la misma regla, aspecto que parece absurdo.

Me ha parecido pertinente expresar algunos de los principales argumentos que reivindican el valor moral de la seguridad jurídica dado que los mismos resultan útiles para comprender la manera en que esta concepción generó reflexiones significativas sobre un importante grupo de juristas que, por otro lado, ha pretendido mirar en su configuración un componente intrínseco de justicia y no solo situado en el corazón del racionalismo positivista. Considero que esta pretensión no debe ser vista como una cuestión menor ya que la configuración propia del paradigma dominante del Estado de derecho ha detonado una suerte de fascinación en el ámbito de los juristas que han intentado comprender qué tanto tal construcción contiene o no una conexión necesaria o contingente con el mundo de los valores. Sirva esta explicación para dar un marco de referencia sobre la complejidad de estudio que

¹⁸⁸ Dicho de otra manera: “Si usted obedece estas leyes, nosotros le prometemos que por nuestra parte, podemos estar confiados en hacer cumplir y respetar tales leyes”. *Cfr.* Waldron, Jeremy, *The rule of law... op. cit.*, pp.93-94.

¹⁸⁹ Existiría otro argumento utilizado por García Manrique, pero que a mi juicio no es sino una reproducción del argumento utilizado respecto a la afectación de la autonomía de las personas. Según este argumento, si la aplicación inconsistente de las normas jurídicas no ocasiona una afectación a la autonomía de las personas, en realidad no existiría nada intrínseco de justicia en la aplicación consistente de las normas jurídicas. *Cfr.* García Manrique, Ricardo, “Acerca del valor...”, *op. cit.*, p. 47.

envuelve la noción tradicional de la seguridad jurídica.

Para los efectos de este trabajo, y sumado a los argumentos que descartarían la tesis del valor moral de la seguridad jurídica, me parece importante dejar de lado dicha tesis moral pues asumir una posición a favor de ella, necesariamente obligaría a asumir que, aunque se trate de una reivindicación moral, existen buenas razones para buscar la preservación de la noción tradicional de la seguridad jurídica o, por lo menos, para que su reformulación dejara intactos aquellos elementos que aportan un contenido moral. Además, me parece que la definición de un enfoque como éste, nos obligaría también a asumir de antemano una concepción esencialista de la seguridad jurídica que resulta francamente irreconciliable con el modelo del Estado Constitucional como más adelante veremos o que, como mínimo, nos conduciría a pensar en el Estado Constitucional en función de la seguridad jurídica, como muchas y muchos juristas parecen hacer, y no en la seguridad jurídica en función del Estado Constitucional. Habremos de analizar ello en el siguiente capítulo. Por lo pronto, me parece interesante comprender ahora a la seguridad jurídica como un complejo articulado de ideales del racionalismo positivista.

2.3.2. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal del racionalismo.

Entender a la noción tradicional de la seguridad jurídica como la gran promesa del racionalismo nos permitirá comprender la magnitud de la empresa que supone este concepto y el arraigo que genera en una amplia pluralidad de juristas. Puede decirse que esta enorme promesa llega a su máximo apogeo incluso cuando se utilizan Estado de derecho y seguridad jurídica como expresiones sinónimas o equivalentes. Ciertamente, como observamos en el apartado previo, la noción tradicional de la seguridad jurídica podría ser reivindicada en función de su conexión con ciertos postulados morales, pero tengo la impresión de que su principal arraigo conceptual puede ser reconstruido a partir de la identificación de una serie de ideales racionales a los que se busca responder con la reivindicación de tal concepto. Esta será la empresa que me ocupará durante las siguientes páginas. Presentaré a la noción tradicional de la seguridad jurídica como a) ideal legislativo; b) ideal político; c) así como un ideal de la actividad judicial en el Estado de derecho. Desde ahora anticipo que intentaré ubicar diversas expresiones utilizadas por algunos autores sobre el particular, mismas que buscaré clasificar de acuerdo con los ideales que me parece intentan reflejar, lo anterior facilitará una visión de conjunto respecto a la comprensión racional de este concepto al tiempo que servirá,

posteriormente, para entender las razones que el día de hoy generan una crisis de enorme magnitud sobre este concepto al igual que los ideales proclamados en torno a ella.

2.3.2.1. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal legislativo: Las propiedades paradigmáticas del orden jurídico y de la ley.

Parecería que uno de los aspectos que de manera insoslayable se encuentra presente al estudiar el mito que encierra la noción tradicional de la seguridad jurídica se relaciona directamente con el tipo de propiedades que se han asignado a las normas jurídicas en lo particular y al ordenamiento jurídico en lo general. Esta construcción conceptual operaría directamente como un presupuesto en las estructuras básicas de las teorías jurídicas de corte positivista. Considero que esto es así en función de dos ideas: a) La primera relacionada con la presuposición de una serie de propiedades atribuidas al lenguaje, como vehículo de la expresión racional de las prescripciones normativas, que permitirían predicar características en las normas jurídicas como la generalidad, claridad, precisión y estabilidad de éstas; y por el otro, b) un reconocimiento a la racionalidad del sistema mismo, del cual se suelen predicar características como la coherencia y la consistencia. Más adelante veremos cómo tales características atribuidas al sistema de reglas presentarán una importante relación con el resto de ideales que aquí analizamos.

Quiero resaltar que, en ambos supuestos, relativos por un lado a las normas y por el otro al ordenamiento en su conjunto, la nota que de manera similar se destaca en ambos consiste en un intento por asegurar una justificación racional respecto al actuar del propio Estado. Misma justificación racional que pretenderá utilizar como vehículo al lenguaje mismo invadiéndolo con tal pretensión. Quizá por ello afirmó el Dr. Neil MacCormick que tal pretensión de racionalidad se relaciona con todo aquello cuyo propósito sea evitar que el propio Estado se constituya en “una máscara de la tiranía”. Según el profesor de la Universidad de Edimburgo, a partir de esta presuposición de racionalidad se considera entonces legítimo “exigir que cualquier acto estatal se justifique en disposiciones explícitas que ordenen, permitan o autoricen decisiones en términos específicos (o que incluyan alguna discreción limitada sólo si se dan ciertas circunstancias nítidamente especificadas)”¹⁹⁰ Esta situación, de alguna manera,

¹⁹⁰ MacCormick, Neil, “Retórica...”, *Op. Cit.*, p.16.

nos permite entender al derecho como un auténtico “instrumento de la razón”¹⁹¹ y, yo añadiré, como la expresión material de la razón misma.

Ahora bien, empecemos por la racionalidad de las leyes y luego exploremos la relativa al ordenamiento. En cuanto a la primera afirmación (la racionalidad de las leyes), podría intentarse una tesis que rezara más o menos así: La existencia de un sistema jurídico en donde las expresiones que contienen las normas jurídicas del sistema son generales, claras y precisas, así como estables, aseguran la seguridad jurídica de las personas en la medida que les posibilitan: En primer lugar, conocer de manera anticipada el conjunto de conductas que se encuentran delimitadas por el derecho, que de acuerdo con Pérez Luño implicaría el reconocimiento de la corrección estructural del sistema, así como; la formación de una obligación de aplicación estricta en función del contenido de las mismas a cargo de los órganos de aplicación de la justicia por el otro (corrección funcional según Pérez Luño).¹⁹² Lo anterior se traduce de manera necesaria en el correlato en que las personas pueden generarse de manera razonable una expectativa subjetiva respecto al sentido en que se determinarán las decisiones de los tribunales (certeza).

Tal y como lo referí al analizar los ocho elementos identificados por Fuller como los componentes de la moral interna del derecho, equivalentes a la noción tradicional de la seguridad jurídica, entre los aspectos que una concepción como la antes referida parecería poder alcanzar, se halla justamente el poder de generar una orientación más o menos clara respecto a la conducta de las personas, por lo que tal y como ha señalado David Lyons, en relación con el pensamiento del propio Fuller cuando tales condiciones no pueden cumplirse, el “derecho se [mostraría] incapaz de desempeñar su función esencial, que consiste en proporcionar una orientación general de comportamiento que la gente pueda utilizar para regular su propia conducta”¹⁹³. Aquí, los ideales de la noción tradicional de la seguridad jurídica no son reivindicados como una aspiración de justicia, sino que sobre ellos cae una expectativa de racionalidad.

Es así que, por ello, para alcanzar tales fines y hacer posible la materialización de la

¹⁹¹ La idea del derecho “como vehículo para lograr el diseño racional de las instituciones y de la sociedad en general tiene al menos, tanta tradición como las reflexiones acerca de la razón como instrumento de los juristas para la aplicación del Derecho” *Ibidem*, p.18.

¹⁹² *Supra* 105. Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad...”, *op. cit.*, p. 482.

¹⁹³ Cfr. Lyons, David, *Ética y Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p.83.

seguridad jurídica, es que se somete a las reglas jurídicas a una serie de exigencias. Tales exigencias pueden ser caracterizadas a partir de los multicitados ocho elementos de la moral interna de Lon Fuller, o bien desde una aproximación muy similar como aquella que propone Joseph Raz, según quien en un Estado de derecho debería asegurarse en todo momento que “las disposiciones jurídicas sean prospectivas, abiertas, y claras; que las disposiciones sean relativamente estables; que las disposiciones jurídicas particulares sean guiadas por las disposiciones generales”. Esta construcción según el propio Raz debe estar acompañada de una exigencia en donde se asegure que los juicios sean justos y públicos; que los tribunales cuenten con auténticos poderes de revisión y que se asegure el fácil acceso a la justicia de los propios tribunales¹⁹⁴.

Considero que toda esta elaboración no es otra cosa, como sostiene Prieto Sanchís, que la versión aplicada al derecho de “un paradigma epistemológico”, imperante en la ciencia positivista, en donde se predicen una serie de propiedades racionales a partir de un modelo ideal de la ley que servirá de base para la consolidación de todos aquellos elementos que dan forma a la visión dominante del Estado de derecho que analicé en el apartado anterior¹⁹⁵. De acuerdo con esta concepción, las características de competencia, generalidad, no retroactividad y publicidad, así como el proceso institucional de aplicación de las mismas, constituirían los elementos determinantes que cancelarían o limitarían la arbitrariedad¹⁹⁶.

Se trata, como puede verse, de la construcción del postulado racionalista de la ley. De cara a dicho postulado se pregonan una serie de características que operan dando forma a esta construcción conceptual. No olvidemos que la ley fue el artificio más importante del racionalismo ilustrado y el elemento que permitió el decisivo paso que va del gobierno de los hombres al denominado gobierno de las leyes. Me parece interesante resaltar las diferentes características predicadas respecto de la ley, y aventurar una explicación relacionada con la relación que presentan con la noción tradicional de la seguridad jurídica. Este paso podrá ayudarnos a identificar los cimientos de tal relación.

¹⁹⁴ Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad...* op. cit., pp.268-272.

¹⁹⁵ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios...* op. cit., p. 12.

¹⁹⁶ Aunque en el texto citado Hierro cuestiona la visión de Francisco Laporta de intentar reducir la expresión “imperio de las leyes”, acuñada por Elías Díaz, a una mera concepción estructural o formal que prescinde del origen de las leyes. Según Hierro una concepción fuerte de “imperio de las leyes” como la que defienden tanto él como Elías Díaz, necesariamente incorporaría el elemento democrático. Cfr. Hierro, Liborio L. “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm, 19, 1996, p. 289.

Se ha dicho pues que sólo a través de leyes generales capaces de vincular, por un lado a las personas pero, por el otro, al propio monarca es posible alcanzar el ideal de la seguridad¹⁹⁷. Es así que la existencia de leyes generales permite a las personas prever de antemano el contenido de las reglas plasmadas en textos que justifican la intervención del Estado en la vida privada de las personas¹⁹⁸. Aquí me parece mucho más afortunada la expresión utilizada por Waldron quien distingue entre los conceptos de generalidad y universalidad. De acuerdo con el jurista Neo Zelandés, en lógica una regla es universal si no contiene nombres propios o cualquier otra referencia particular de manera que “se dice que la acción de un determinado tipo se debe tomar en situaciones de cierto tipo, en vez de que una persona o situación en lo particular debe actuar o ser tratado de manera particular”¹⁹⁹. De alguna manera, Waldron recoge el ideal kantiano de la universalidad. Para Waldron, la generalidad tiene que ver más con el grado de detalle o especificación con que se realiza una prescripción, mientras que la idea de universalidad en realidad establece una exigencia respecto al trato de determinadas situaciones o personas en función de rasgos relevantes. El ejemplo que utiliza es bastante ilustrativo. Señala que el enunciado “Uno no debe mentir” es más general que el que afirma que: “Uno no debe mentirle a su esposa en su cumpleaños”, sin embargo, ambos son universales²⁰⁰.

Así la exigencia de universalidad (generalidad en los términos que comúnmente se utilizan en la literatura) constituye un presupuesto fundamental para la construcción de la seguridad jurídica al permitir a las personas identificar el tipo de situaciones, o la clase de propiedades relevantes, que se encuentran reguladas por el derecho para de esta manera poder prever su eventual realización. La universalidad afirma el ideal de la igualdad formal en la tanto que resulta previsible para un determinado universo de sujetos la aplicación de una determinada regla respecto a la cuál comparten el ámbito de aplicación. Es así que el establecimiento de leyes con la propiedad de universalidad permite asegurar el valor de la certeza y la seguridad jurídica como presupuestos indispensables del Estado de derecho y

¹⁹⁷ Como hemos ya referido, de acuerdo con la noción de Montesquieu relativa al concepto de seguridad jurídica, “La libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro.” Montesquieu, *Del espíritu...* *op. cit.*, p. 107.

¹⁹⁸ MacCormick, Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹⁹ *Cfr.* Waldron, Jeremy, *The rule of law...* *op. cit.*, pp.93-94.

²⁰⁰ *Ídem.*

representan concepciones sumamente arraigadas en el mundo de las y los juristas²⁰¹.

Además del carácter universal-general de las normas jurídicas, se afirma que las mismas deben contar con una cierta estabilidad. Esto significa que no deben cambiar con demasiada frecuencia ya que de lo contrario las personas tendrán dificultad para poder saber aquello que es el derecho “en determinado momento” y estarán temerosos de que el derecho haya cambiado²⁰². Es preciso referir que la idea relacionada con la estabilidad de las leyes en general se encuentra relacionada con una de las exigencias más importantes de la noción tradicional de la seguridad jurídica referente a la posibilidad de que las leyes constituyan una orientación general que permita a las personas ejercer su autonomía. De ahí que si las leyes cambian con demasiada frecuencia resultará complejo que puedan brindar orientación alguna a las personas²⁰³.

Existe otra característica, a parte de las anteriormente resaltadas, que a mi juicio constituye el vehículo que permite hacer inteligibles tanto el postulado de universalidad como el de estabilidad de las leyes. Me refiero a la idea según la cual las leyes deben ser claras y ofrecen, al menos en los espacios donde se pregona esa claridad, la posibilidad de establecer expectativas razonables de aplicación por parte de los órganos encargados para ello. Para establecer la tesis relativa a la posibilidad de claridad en las leyes, me referiré a dos ideas que permitirían pregonar dicha propiedad. Una propia del positivismo decimonónico particularmente en los albores de las revoluciones liberales del siglo XVIII y otra, que parecería más bien propia del positivismo más contemporáneo. La primera se encuentra referida a la idea de una ciencia de la legislación, mientras la segunda está más vinculada a los postulados justificativos de la ciencia jurídica moderna²⁰⁴. Resulta particularmente interesante identificar en ambas construcciones asociadas a la posibilidad de establecer leyes como centro de la seguridad jurídica, pues existe una concepción particular de racionalidad que lo justifica.

En una magnífica obra realizada, la cual toma como base su tesis doctoral, Luis Prieto Sanchís, proporciona un ensayo sumamente interesante que nos puede permitir comprender la

²⁰¹ MacCormick, Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, p. 5.

²⁰² *Ídem.*

²⁰³ A propósito del razonamiento expuesto por Lon Fuller. Lyons, David, *Ética... op. cit.*, p. 83.

²⁰⁴ Me parece interesante la reflexión que al respecto desarrolla Luis Prieto Sanchís cuando afirma que: “cabe decir que es entonces cuando a la ciencia del derecho no le queda más objeto que la interpretación, pues si la ley es fruto de la voluntad, de la ideología del poder o una formación espontánea y cosificada, resulta por completo impropio ensayar una ciencia de la legislación”. Prieto Sanchís, Luis. *Ley, Principios... op. cit.*, p. 19.

manera en que la transformación del Estado de derecho en Estado Constitucional, en realidad se corresponde en buena medida con la transformación que acontece en la relación existente entre los conceptos de “voluntad” y “razón”²⁰⁵. Me parece que esta tesis resulta particularmente útil para comprender la manera en que se ha transformado la pretensión de racionalidad del viejo positivismo decimonónico hasta las versiones más cercanas al siglo XX, entre las cuáles, quizá la propuesta de H. L. A Hart sea la más influyente²⁰⁶. Me interesa explicar en unas pocas líneas la expectativa de racionalidad que puede deducirse de estos dos modelos teóricos en particular y que nos ayudarán a entender la pretensión de racionalidad de la ley como objeto de atención de las y los juristas.

Sería importante pues, comprender la primera de estas perspectivas de racionalidad como aquella que reconocería en la legislación en sí misma un producto de la racionalidad de las asambleas representativas como portadoras de la voluntad general. Esta perspectiva vincularía como parte de la actividad del poder legislativo (dicho de otro modo, de los parlamentos democráticos) la realización de leyes que son producto de la voluntad y la razón. Existe una preocupación por la calidad de las leyes, y según sostiene Prieto Sanchís, la misma es reivindicada a través de la noción del denominado mito del legislador racional²⁰⁷.

Es importante recordar que el pensamiento ilustrado parte de contrastar la pluralidad de fuentes, así como la construcción consuetudinaria de muchas de las normas existentes en el mundo pre-moderno o pre-ilustrado, frente a las enormes ventajas que la codificación generaría para la edificación de una idea de uniformidad y exclusividad en la producción del derecho a partir de la existencia de leyes creadas en el marco del Estado moderno²⁰⁸.

Quizá en este proceso es en donde operaría una interesante fusión. De un lado, la aparición de los códigos como sustrato básico del pensamiento positivista que permitirían sustituir ese *desorden* existente en las fuentes de producción jurídica a partir de leyes creadas, conocidas y con una fuente exclusiva en su producción, que desde luego sería compatible con el ideal liberal que buscará la eliminación de la arbitrariedad y la reducción de la inseguridad

²⁰⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación...* *op. cit.*

²⁰⁶ Hart, Herbert L. A, *El concepto de derecho*, trad. De Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Adeledo Perrot, 1961.

²⁰⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios...* *op. cit.*, p 13.

²⁰⁸ *Ídem*. En el mismo sentido, Luigi Ferrajoli, señalará que: En el Derecho pre- moderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas; existía una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes, el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro...” *op. cit.*, p. 15

jurídica así entendida, y del otro; la pretensión de racionalidad que se predicaba del derecho natural, que aprobaría construir normas jurídicas que a semejanza de las leyes de la naturaleza, resultaran únicas, simples y cognoscibles²⁰⁹. En este panorama, parece fácil predicar una expectativa de racionalidad del legislador como un mecanismo que reconoce la legitimidad de origen de ésta como portador de la voluntad general, pero también como sujeto capaz de construir leyes a partir del reconocimiento de un actuar racional. El legislador en este sentido se vuelve tanto voluntad como razón.

Asimismo, en dicho modelo se delimitan con mucha claridad la creación y aplicación del derecho. En la medida que se reconoce esta “racionalidad instrumental capaz de garantizar por completo la justicia de las leyes”, se predicará una obligación clara en contrapartida para quienes deben aplicarla: los jueces. Esta forma de concebir a las leyes determinará la construcción del complemento conceptual al llamado mito del legislador racional: el juez aplicador mecánico del derecho²¹⁰. No hay mayor amenaza para la seguridad jurídica que la interpretación de las normas que, bajo esta concepción, siempre que son claras no requieren ser interpretadas²¹¹. Esta idea de racionalidad de la ley que atribuía al legislador una fe, a mi juicio bastante inmerecida, que de alguna manera nos permitiría observar la manera en que se relaciona de manera bastante clara con la noción tradicional de la seguridad jurídica que aquí hemos analizado. Sin embargo, me parece muy interesante el análisis que el propio Dr. Prieto Sanchís ha realizado en función de la manera en que el ideal del legislador racional se fue debilitando en la medida que la razón se ha dejado de predicar en el ámbito de la creación judicial, la cual ahora se entiende solo como un acto de voluntad. Además, dicha razón se

²⁰⁹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios...* *op. cit.*, p. 9.

²¹⁰ Sobre el “dogma del legislador racional” dentro del método jurídico tradicional es interesante la idea expuesta por María del Carmen Barranco en el sentido de que: “La herramienta que en la escuela de la exégesis permite presentar el Derecho como coherente y pleno es el recurso a la voluntad del legislador” Voluntad que en el conjunto normativo es “siempre única, justa y operativa”. Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen, “Sobre el método...”, *op. cit.*, p. 10.

²¹¹ Luis Prieto Sanchís recupera en esta explicación algunas frases que resultan ilustrativas de esta manera de pensar. Por ejemplo, la referencia a Voltaire: “que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros” o bien: “que las leyes sean uniformes, fáciles de entender por todo mundo”. Además, Beccaria: No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de las leyes. Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios...* *op. cit.*, pp. 8 y 9. Además, Cfr. Beccaria, César, *De los delitos y las penas*, Madrid, Aguilar, 1974, p. 76.

traslada al ámbito interpretativo o de aplicación de las leyes.²¹²

Esta será ahora la nueva pretensión de racionalidad aplicada a las leyes. Una racionalidad que se construye en los procesos de interpretación y que se relaciona con la dimensión semántica de los enunciados normativos.²¹³ La idea será ahora la siguiente: No podemos afirmar que las leyes necesariamente coincidan con la razón, ya que el poder político actúa por voluntad y no necesariamente antepone a aquella, precisamente por lo que son ahora los jueces los depositarios de la racionalidad del sistema que manifiestan a través de los procesos de interpretación y aplicación de las normas. Ya no se habla entonces de la posibilidad de habilitar una ciencia de la legislación, sino que como afirma Prieto Sanchís, lo único que queda para hablar de ciencia jurídica es la aplicación del derecho.²¹⁴

El ámbito de la racionalidad de las leyes como vehículo para la seguridad jurídica entendida de acuerdo con la noción tradicional se vinculará con las pretensiones de precisión y claridad del lenguaje en que son construidas las normas. El argumento para seguir hablando de la racionalidad de la ley, si bien se ve acotado por la imagen del legislador debilitado que analizamos previamente, aún se mantiene en pie gracias a las propiedades del lenguaje con las que se expresan las normas como enunciados generales, abstractos y establecidos previamente a las situaciones que se buscan regular. Este argumento, puede ser identificado a partir de la perspectiva de la denominada textura abierta de las normas jurídicas predicada por H. L. A

²¹² Según Prieto Sanchís, en esta ruptura: “el Derecho es ahora un fenómeno social, histórico y cambiante y, sobre todo, representa la manifestación de una voluntad, no la cristalización de una razón abstracta e intemporal” Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios... op. cit.*, p. 17.

²¹³ Me parece que las concepciones positivistas más avanzadas incluso reconocerían los problemas que se generarían a partir de la desbordada fe por las posibilidades del lenguaje. Así, afirma el Dr. Rolando Tamayo que: “Muchos engaños y muchos problemas ilusorios de la filosofía metafísica- firma Ross- derivan de la falsa creencia de que las palabras representan objetivamente cosas dadas, cuyos significados deben ser descubiertos... El significado, permítase reiterar, no se busca ni se desentraña, es siempre al lenguaje incorporado mediante su interpretación”. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Interpretatio Prudentium. Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p.137

²¹⁴ En este sentido afirmará: “la ley, como toda obra humana, será siempre incompleta, criticando las ‘ilusiones racionalistas’ que concibieron la legislación escrita ‘a semejanza de una obra divina, como una revelación completa y perfecta del Derecho, que *a priori* bastase a sí misma, vaciada en un sistema de una exactitud matemática” Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios... op. cit.*, p. 19.

Hart²¹⁵.

Revisemos brevemente el argumento. El profesor Hart afirma básicamente que en toda sociedad [grande], “el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo”²¹⁶. De ahí que las “características que deben considerarse como guías generales de conducta son identificadas aquí mediante palabras; son separadas verbalmente y no quedan mezcladas con otras en un ejemplo concreto”²¹⁷. Precisamente por ello, asevera que una persona (en el texto utiliza el ejemplo de un niño) frente a la existencia de una orden no tendría necesidad de adivinar el contenido de la misma, si “dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que debe hacer en el futuro” y por tanto “sólo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que subsumir hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística”. De esta manera no corre el riesgo de tener que elegir sin una orientación clara y tampoco debería pedir nuevas instrucciones u órdenes²¹⁸.

No obstante que el propio Hart reconoce en principio el importante valor que la orientación general que el lenguaje puede proporcionar a las personas, lo cierto es que también afirma la existencia de un límite inherente a la naturaleza del lenguaje que en ciertos casos le impedirá proporcionar orientaciones claras. Precisamente esto le permitirá distinguir entre los denominados casos claros en donde asevera que existirán respuestas “obvias” frente a aquellos casos en donde será dudoso si una determinada regla resulta aplicable. En estos casos, para el propio Hart, “el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta”²¹⁹. Parece ser que justamente estos casos, se situarían como un límite para las posibilidades de aplicación precisa del contenido de las reglas jurídicas y respecto a las posibilidades de asumir una expectativa subjetiva respecto a aquello que se puede realizar y aquello que no. Sin intentar profundizar sobre la multiplicidad y amplitud de los debates que se han abierto a propósito de la tesis de la textura abierta de las normas jurídicas y las posibilidades de discrecionalidad judicial, me parece importante rescatar en este punto un par

²¹⁵ Hart, H.L.A, *El concepto de derecho...* *op. cit.*, pp. 155-191.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 155.

²¹⁷ *Ibidem*, p.157.

²¹⁸ *Ídem*.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 157- 158.

de notas:

La primera, relacionada con el hecho de que a pesar de que la tesis positivista de Hart no asume, según hemos visto, una atribución de racionalidad a la ley en función de la legitimidad del legislador democrático como en su momento sostuvieron las concepciones positivistas decimonónicas, lo cierto es que esta tesis positivista afirmará una suerte de racionalidad de la ley a partir de las posibilidades comunicativas del lenguaje que podrán mantener la expectativa de seguridad jurídica mientras que exista la posibilidad de comunicar órdenes generales a través del lenguaje que permitirán identificar los casos claros u obvios en donde las personas pueden sentirse seguras de reconocer el contenido de las pautas generales establecidas previamente.

La segunda nota que me interesa destacar en este punto, se construye a partir de dos ideas: a) Una relativa a que la existencia de la textura abierta de las normas, que será según Hart “el precio que es necesario pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”²²⁰ la cual implicaría un reconocimiento a los límites de las posibilidades de comunicación racional del lenguaje y una segunda; b) En donde tales límites de lenguaje en realidad constituirían un aspecto positivo (no solo porque somos hombres y no dioses como afirma Hart) debido a que permiten una posibilidad de elección de los jueces en aquellos casos en que no se ha diseñado un propósito claro por parte de los legisladores, aspecto que evitaría asumir como una exageración la tesis de que el derecho lo ha previsto todo y en donde una construcción artificial de la certeza basada en el ocultamiento de los límites del lenguaje, en realidad, conduciría a una aplicación inadecuada del propio derecho²²¹. Esta afirmación constituye un primer reconocimiento de los límites de las posibilidades que garantizarían la noción tradicional de la seguridad jurídica si se afirma que no en todos los casos la previsibilidad de las consecuencias de la aplicación del derecho puede

²²⁰ *Ibidem*, p. 159.

²²¹ Podría recuperarse aquí la idea expuesta por Robert Alexy, según la cual “la solución más razonable dentro de un sistema jurídico es la que mejor se pueda fundamentar con base en las normas de derecho vigente, considerando los criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica. Estos tres conceptos: ley, precedente y ciencia jurídica fijan el derecho sólidamente, aunque no a tal grado como para no dejar a una serie de cuestiones jurídicas en una situación confusa y de evitar que en el futuro se presenten casos de difícil solución. *Cfr.* Rojas Amandi, Víctor, *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p.150.

reconocerse como un factor positivo para las personas²²². Con todo esto, las posibilidades racionales que ofrecen las reglas generales y abstractas, se traducen en la existencia de posibilidades semánticas e interpretativas como vehículos para alcanzar la seguridad jurídica de las personas, aspecto que persiste como pretensión de la existencia de un sistema jurídico.

Además de las propiedades de racionalidad que se atribuyen a las reglas jurídicas en lo particular que hemos analizado hasta ahora, la noción tradicional de la seguridad jurídica extiende tal pretensión de racionalidad al sistema normativo en su conjunto²²³. Según MacCormick, solo será posible aplicar de manera estricta la ley cuando la misma sea clara, coherente y permita solucionar cualquier problemática que le sea planteada. Para ello, las propias reglas jurídicas deberían ser capaces de establecer exigencias alcanzables en el contexto de un modelo coherente que no se traduzca en “un caos de exigencias en conflicto arbitrario”²²⁴.

Una teoría que nos permitiría comprender de manera general la tesis asociada a la racionalidad del ordenamiento puede encontrarse en la conocida obra del profesor Norberto Bobbio “Teoría General del Derecho” en la que el profesor de la Universidad de Turín estableció una propuesta de análisis del derecho en función de dos grandes secciones: La teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento. Es precisamente sobre esta última que

²²² Hart, H.L.A., *El concepto de derecho...* *op. cit.*, pp. 168.

²²³ De manera más reciente, autores como Luigi Ferrajoli han negado la tesis que sostiene que “los principios y derechos expresados en ellos se hayan generalmente en conflicto”, ya que de acuerdo con Ferrajoli, los partidarios del principialismo constitucionalista fundarían en esta idea el papel “sustancialmente creativo de la ponderación jurisdiccional”, entendiendo con ello que la aplicación de un principio se da necesariamente a expensas de la garantía de otro. Para juristas de orientación positivista, como el propio Ferrajoli, parecería que la comprensión del carácter coherente del sistema jurídico constituye una piedra angular en el ideal de la seguridad jurídica en donde “en general los conflictos entre normas de diverso grado y los incumplimientos de normas supraordenadas, dan lugar no a conflictos solucionables por los intérpretes mediante la argumentación y la ponderación, sino, más bien, a antinomias y lagunas estructurales, es decir, a vicios consistentes en violaciones de reglas o principios regulativos que solo pueden ser removidos por intervenciones reparadoras: por la anulación jurisdiccional de las normas inválidas o por la producción legislativa de las normas que faltan”. En este enfoque el papel cognoscitivo del juez frente a la legislación queda legitimado de conformidad con las bases que he presentado asociadas con la noción tradicional de la seguridad jurídica. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista...* *op. cit.*, p. 50.

²²⁴ MacCormick, Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, p. 8. El mencionado autor con esta cita hace referencia a Fuller, L.L., *The Morality of Law*, ed. revisada New Haven, Yale University Press, Conn, 1969, Capítulo 2.

algunas ideas de su pensamiento resultan útiles para entender la manera en que la filosofía del derecho positivista identifica una serie de propiedades racionales atribuidas al ordenamiento normativo. Para Bobbio, resulta importante identificar al ordenamiento jurídico como un sistema, es decir, como una totalidad ordenada; un conjunto de entes entre los cuales existe cierto orden.”²²⁵

Para este estudioso del derecho el ordenamiento jurídico adquiere una serie de propiedades, se asume de carácter racional, que nos permitirían comprender la manera en que se desenvuelve dicho sistema. Tales propiedades se relacionan con las ideas de unidad; carácter sistemático del ordenamiento jurídico, la coherencia y la plenitud del mismo; su manera en que de interactuar con otros.²²⁶

El carácter sistemático y coherente del ordenamiento reconocerá que en el mismo no pueden coexistir normas incompatibles.”²²⁷ Así, la plenitud del ordenamiento normativo se relaciona con la pretensión según la cual el sistema jurídico es capaz de ofrecer una regla para resolver cada caso. En esta hipótesis la ausencia de una norma adecuada para atender una situación particular suele ser considerada como una laguna y, por ello, la pretensión de un ordenamiento bajo el ideal de plenitud no significará otra cosa que la ausencia de lagunas normativas.²²⁸ Según Bobbio, el nexo entre coherencia y plenitud implicaría que por un lado la exclusión de toda situación en donde dos normas que se contradicen pertenezcan al sistema (coherencia) y, por el otro, que se excluya la posibilidad de toda situación en la cual no pertenezca al sistema ninguna de las dos normas que se contradicen.”²²⁹

Sin ingresar a profundidad en los diversos problemas que podría suponer la teoría del ordenamiento apuntada por Bobbio, resulta de particular interés advertir dos aspectos: a) Su carácter ejemplificativo de la manera en que el pensamiento jurídico positivista ha visualizado una serie de propiedades que espera identificar en un sistema de normas jurídicas y; b) la

²²⁵ Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 177.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 141-259.

²²⁷ Al respecto, Bobbio afirmará por ejemplo que los “ordenamientos se componen de una miríada de normas que, como las estrellas en el firmamento, son imposibles de contar” y sin embargo se siguen incorporando más normas al sistema, intentando responder “a las necesidades de la siempre cambiante e intrincada vida social.” No obstante esta pretensión de coherencia y sistematicidad, el ordenamiento no parece ofrecer una solución para cada caso. *Ibidem*, pp. 153 y 183.

²²⁸ *Ibidem*, p. 208.

²²⁹ *Ibidem*, p. 209.

relación entre las pretensiones de racionalidad atribuidas al ordenamiento jurídico y la noción tradicional de la seguridad jurídica. Según lo expuesto por Gustavo Zagrebelsky “cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca: es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios” de modo contrario “se ocasionaría una suerte de “guerra civil” en el derecho vigente²³⁰.

En relación con este último aspecto no es difícil comprender cómo los ideales de legalidad y certeza parecen verse ampliamente favorecidos en la medida que un ordenamiento resulta claro, coherente y pleno, y en donde las personas pueden ser guiadas a través de aquello que efectivamente es el derecho²³¹, y cuando la noción tradicional de la seguridad jurídica requerirá de la existencia de un sistema internamente estructurado que sea capaz de asegurar la plena autonomía de las personas que posibilite su libertad y no de un conjunto desordenado de normas²³². Tengo la impresión de que el elemento, sin duda relevante, que permitiría afirmar la tesis de la coherencia del ordenamiento, puede ser recuperado de la tesis de la regla de reconocimiento del profesor H.L.A. Hart. Según esta concepción se afirma que un sistema jurídico es una unión compleja de reglas primarias y secundarias²³³. De acuerdo al jurista inglés, existen dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico: La primera la que refiere que las reglas válidas como criterio último tienen que ser obedecidas, lo que implica una aceptación por parte de las y los ciudadanos. La segunda, es que las y los funcionarios públicos tendrían que cumplir con ésta misma regla de reconocimiento²³⁴. Sin embargo, me parece que si bien la expectativa de coherencia del sistema se podría alcanzar a través de una regla de reconocimiento que permita determinar con claridad qué reglas pertenecen al mismo y cuáles no, e incluso la expulsión de algunas reglas frente a conflictos

²³⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil... op. cit.*, p.30.

²³¹ “Por esta misma razón su significado debe ser claro. Una disposición jurídica ambigua, vaga, oscura o imprecisa es probable que equivoque o confunda, al menos, a algunos de aquellos que desean ser guiados por ella”. Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad... op. cit.*, p. 268.

²³² Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios... op. cit.*, p. 22.

²³³ Cfr. Hart, H.L.A., *El concepto de derecho... op. cit.*, p. 144.

²³⁴ De acuerdo con el propio Hart, La afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte: una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunidades críticos de la conducta de los funcionarios. *Ibidem*, pp. 144 y 145.

normativos, parece ser que la tesis de Hart de la textura abierta, analizada previamente, partiría de reconocer que el sistema jurídico no obstante puede ser coherente no sería pleno, como sí afirmarían algunas concepciones del positivismo racionalista de finales del siglo XVIII. Así, podría afirmarse que las propiedades paradigmáticas atribuidas a la ley en lo particular y al sistema jurídico en lo general constituyen aspectos esenciales en la construcción de la noción tradicional de la seguridad jurídica que se ha expuesto.

2.3.2.2. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal político-democrático.

Como hemos visto, quizá una de las pretensiones más importantes de algunas vertientes del racionalismo ha sido la de reconocer a la ley como expresión de la voluntad general y por ello como una suerte de *racionalidad decisoria*. Asimismo, la defensa del proceso legislativo como un proceso racional se basa en dos argumentos: a) El primero, basado en el reconocimiento de la voluntad legislativa como el producto de un proceso de inducción que es capaz de extraer de las voluntades particulares el contenido racional de la voluntad general del pueblo, lo que de alguna manera tiene el efecto de intentar trasladar al producto de dicho proceso (la ley) las propiedades racionales del mismo²³⁵; y b) el segundo, como consecuencia del primero, en función de reconocer que es racional afirmar que las personas que obedecen tales leyes no hacen otra cosa que perseguir sus propios intereses particulares incorporados en esa decisión²³⁶. Esta construcción conceptual correspondería al análisis teórico-político asociado con la defensa del Estado de Derecho.

De acuerdo a lo que advertimos en el apartado previo, la idea de la conjugación de los ideales de voluntad y razón atribuidos al legislador democrático podría ser atribuida a las concepciones positivistas decimonónicas, pero no así a las versiones más contemporáneas de esta forma de pensamiento. Sin embargo, quisiera por ahora detenerme a analizar la segunda de las ideas que acabo de exponer, relativa a las razones que tendrían las personas para obedecer las leyes aprobadas por un parlamento democrático, y así poder identificar por qué sostengo

²³⁵ Según Laporta, el proceso legislativo se pretende racional porque “está construido a partir de enunciados particulares de intereses particulares. En la medida que el proceso logre integrar y componer esos intereses en una decisión común a todos es un proceso racional, como es racional el proceso inductivo que va de las premisas fácticas particulares a una afirmación general”. *Cfr.* Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión ...” *op. cit.*, p. 323.

²³⁶ *Ídem.*

que el ideal de seguridad jurídica además de constituir un ideal asociado a una concepción de la ley, como parte de una construcción propia de la teoría jurídica de cuño positivista, constituye un ideal anclado o vinculado con una serie de presupuestos propios de la teoría política y de la democracia.

En síntesis, tengo la impresión de que, cuando las y los juristas hacen referencia a la noción tradicional de la seguridad jurídica de alguna manera hacen referencia a la forma en que dicha concepción contribuye a la realización del principio democrático, razón por la que no únicamente existiría una racionalidad desde las herramientas propias de la teoría jurídica para preservarlo; sino que habría una de carácter político vinculado a la realización de la democracia.

Me parece que esto es así en relación con dos ideas: a) En la medida en que la noción tradicional de la seguridad jurídica hace posible y tiene como propósito la preservación de la voluntad general y; b) en la medida en que la referida noción tiene como propósito la protección del ideal de autonomía política de las personas, en donde solo la preservación de la voluntad general traducida en leyes sería, a su vez, capaz de restringir la autonomía de las personas.

Veamos primero cómo la noción tradicional de la seguridad jurídica se relaciona con el principio democrático. Ya hemos observado que la ley puede ser concebida “como norma suprema en cuanto expresión de la potestad normativa última (de la soberanía)”²³⁷ Una de las consecuencias del reconocimiento de la voluntad general en la base de la ley como expresión legislativa será la atribución de una serie de características, como que ésta constituye la fuente única, originaria suprema y omnipotente de creación del derecho, y que incluso resulta incondicional. Única en el sentido de poseer fuerza normativa (fuerza de la ley), originaria en tanto es expresión normativa de la voluntad general, suprema y omnipotente creación del derecho ya que es la fuente suprema de creación de normas en el sistema, e incondicional debido a la capacidad que tiene para regular la vida social y limitar la autonomía de las personas sin sujetarse a ámbitos específicos²³⁸.

En efecto, la generación del culto a la ley en el contexto del pensamiento positivista, especialmente a partir de la codificación durante el desarrollo de la ilustración, se fundamentó en buena medida en la manera en que las leyes constituyeron la expresión más clara de la voluntad general y por ello tenían provista una importante dosis de legitimidad política, que de

²³⁷ Cfr. Hierro, Liborio L., “El imperio...”; *op. cit.*, p. 289.

²³⁸ *Ibidem*, p. 290.

origen se atribuía al Estado de derecho²³⁹. Sin embargo, no me parece que la referencia más relevante de la noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal político se vincule, como han explicado algunos autores, a la “primacía absoluta” de la ley derivada de la posibilidad de reconocer que ésta operaría como una síntesis del conjunto de intereses particulares aglutinados bajo la concepción de una única voluntad general²⁴⁰, es decir, como un producto racional.

Por el contrario, y tal como analizamos en el apartado precedente, el ideal del legislador racional se encuentra gravemente desacreditado en las concepciones jurídicas modernas y su descrédito no ha supuesto en sí una merma a la expectativa de confianza que se ha depositado y se sigue depositando en la ley así como en las expectativas de seguridad que puede proporcionar. Lo anterior es así quizá porque la racionalidad del ideal político que se relaciona con la seguridad jurídica opera más como expresión de una suerte de vinculación democrática que como expresión de una pretensión de la existencia de un legislador racional.

Explico lo anterior. Si pensamos en cuál es el ideal político que podría ser realizado a través de la noción tradicional de la seguridad jurídica, es probable que las explicaciones más recurrentes puedan llevarnos a las propiedades de la ley como producto de la racionalidad del legislador que representa la voluntad general²⁴¹. Sin embargo, me parece que el ideal político que realiza la noción tradicional de la seguridad jurídica se encuentra más vinculado con el argumento democrático que reconoce la relevancia de la preservación de la voluntad de las mayorías, sea cual sea, misma que determina a partir de un acuerdo democrático el contenido del derecho, sea cual fuera éste, que con la expectativa de que tal contenido (de las leyes) pueda ser identificado como un producto de la racionalidad.

La anterior sería una manera de afirmar que la voluntad legislativa es ante todo *voluntad*. No es relevante que sea racional porque el postulado que se afirma en torno a ella en realidad refleja lo que Francisco Laporta refiere como algo que no podría ser considerado propiamente “el tránsito de los intereses y preferencias particulares a una única decisión que los integra y

²³⁹ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad...”, *op. cit.*, p. 13.

²⁴⁰ Cfr. Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...” *op. cit.*, p. 323.

²⁴¹ Si recuperamos una idea de Rousseau, “es la voluntad general expresada por la ley la que garantizará a todos y cada uno la seguridad, que es una libertad renovada, y una propiedad jurídicamente garantizada que sustituye a la simple posesión... La única garantía que se le ofrece al individuo es de que la voluntad general no puede actuar sino con medidas aplicables a todos”. Jardín, André, *Historia del liberalismo...* *op. cit.*, pp. 60-61.

compone y se expresa en el acto de voluntad del poder legislativo” debido fundamentalmente a que resulta dudoso que el proceso legislativo sea ante todo un proceso racional en donde de manera lógica se integran y procesan los intereses particulares dejando el resultado incontrovertible de la voluntad general en forma de consecuencia lógica de un proceso inductivo²⁴².

Tal vez el reconocimiento de la ley como producto de la voluntad mayoritaria en una sociedad democrática pueda ser expresada a través de lo que Víctor Ferreres ha denominado como la *dignidad democrática de la ley*. En efecto, de acuerdo con el mismo, la ley debería gozar de una especial dignidad en la medida en que la misma constituye la consecuencia de la aprobación por el órgano del Estado que se encuentra en mejor posición de expresar la voluntad popular, como sucedería con el parlamento democrático²⁴³.

De esta manera, cuando se afirma que un sistema jurídico establece reglas generales, abstractas e impersonales que permiten a las personas conocer el contenido de las normas jurídicas así como a las y los jueces la aplicación estricta de las mismas, en realidad lo que se dice es que toda persona puede tener la seguridad de que en un Estado de derecho la intervención del poder político en la vida de las personas se encuentra condicionado a la voluntad de la mayoría parlamentaria²⁴⁴ y que solo tal voluntad así declarada tiene la potestad de restringir la autonomía de las personas a quienes se dirigen las reglas, por lo que quizá uno de los elementos más valiosos frente a la arbitrariedad de los regímenes autoritarios y despóticos, como diría Rousseau, sea “la legalidad entendida como tal”²⁴⁵, expresión política de la aplicación estricta y cumplimiento particular de la voluntad general del pueblo.

Así las cosas, las dos caras del ideal político de la seguridad jurídica serán por una parte la idea de la legalidad democrática anclada a la noción de separación de poderes como fundamento material de la misma, y por la otra la expectativa de que tal potestad se constituya como el criterio definitorio del orden jurídico en donde los jueces se encuentran al servicio de

²⁴² Cfr. Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...”, *op. cit.*, p. 323.

²⁴³ Cfr. Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional...* *op. cit.*, p. 38.

²⁴⁴ De acuerdo con Michel Troper, resulta importante cuestionar la idea misma de la voluntad general que podría sintetizarse así: “la constitución establece una equivalencia estricta entre la ley deseada por el legislador y la voluntad general y la voluntad general implica lo que el legislador ha deseado. Para conocer el sentido de la ley, el contenido de la voluntad general, basta con conocer la intención clara y oculta del legislador”. Cfr. Troper, Michel, *Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2004. pp. 152-153.

²⁴⁵ Cfr. Cassirer, Ernst, *La filosofía...* *op. cit.*, p.292.

aquel. Aquí la noción tradicional de la seguridad jurídica sería reivindicada como una suerte de seguridad democrática. Esta seguridad democrática se encuentra también reafirmada por la concepción tradicional de la separación de poderes, en donde la determinación de la discrecionalidad política del contenido de las leyes constituye, en todo caso una potestad legislativa, legitimidad en la voluntad popular, mientras que los jueces deberían actuar como garantes de dicha facultad. En estas condiciones, el ideal asociado con la legalidad democrática queda salvaguardado a través de la fórmula tradicional de la separación de los poderes, concepción a la cual también contribuye la noción tradicional de la seguridad jurídica²⁴⁶.

Ahora bien, el ideal de la seguridad jurídica como ideal político no sólo implica esta deferencia con el principio democrático y la separación de poderes, sino que de alguna manera reivindica el conjunto de libertades negativas que se encuentran en el corazón de la autonomía política y en donde, como subrayamos antes, la noción tradicional de la seguridad jurídica se encuentra sumamente relacionada. De tal manera, quien vive en un Estado de derecho puede tener la seguridad de que su autonomía política será respetada por las mayorías democráticas si es que tales mayorías fijan leyes claras, generales y abstractas que serán aplicadas de manera estricta, y que en esa medida le permiten a las personas la realización de espacios sumamente elevados de libertad²⁴⁷. Ésta ha sido una de las ideas que como hemos visto previamente, establecerán algunas de las más importantes justificaciones relacionadas con la noción tradicional de la seguridad jurídica como la posibilidad de que a través de la misma las personas puedan realizar y concretar su espacio de libertad personal y autonomía política. Se puede entonces apreciar que el ideal político de la noción tradicional de la seguridad jurídica es coherente con los ideales clásicos del modelo democrático que encarnaba el paradigma del Estado de Derecho. Por un lado, seguridad jurídica como reconocimiento de la voluntad general expresada por un legislador democrático que permitía a las personas conocer las leyes del Estado y por el otro, seguridad jurídica como fundamento de la autonomía política de las personas que tienen claridad sobre los límites de actuación del poder político y pueden tomar

²⁴⁶ Precisamente por ello, la noción tradicional de la seguridad jurídica, requerirá reducir al máximo, aquello que Luigi Ferrajoli ha denominado como “el poder de disposición” de los jueces que asume como una potestad ilegítima en la medida que invade la “competencia política” de las funciones de gobierno que considera como una de las bases para el mantenimiento del Estado de derecho. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 48.

²⁴⁷ *Supra*. Ya hemos visto las críticas a la tesis de la realización de la autonomía de las personas en el marco de la realización del ideal de la seguridad jurídica.

sus propias decisiones sin temor a la intervención del Estado.

2.3.2.3. La noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal relacionado con la actividad judicial en el Estado de derecho.

En una célebre conferencia dictada en el año 1976 denominada *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream* (Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño)²⁴⁸, Herbert Hart presentó un análisis del pensamiento jurídico norteamericano en función de clasificar a algunos de sus juristas más representativos en dos bandos: Aquellos que serían afines a la visión de la pesadilla como Holmes o Llewellyn o bien, de aquellos que estarían en el extremo opuesto denominado como el Noble Sueño, entre quienes idéntica a Roscoe Pound y a Ronald Dworkin²⁴⁹.

Para Hart, el pensamiento jurídico norteamericano se debatiría entre ambos extremos, ya que a juicio del jurista inglés el derecho norteamericano se caracteriza por un “enfoque casi obsesivo del proceso judicial” en donde el papel de los jueces ocupa un lugar de enorme importancia para el pensamiento jurídico en los Estados Unidos²⁵⁰. De acuerdo con Hart, “esta característica sobresaliente de la teoría del derecho norteamericana” ha generado un extraordinario fenómeno de carácter judicial que según este autor ha oscilado entre los dos extremos de pensamiento antes descritos²⁵¹.

El planteamiento y crítica expuesta por Hart al pensamiento jurídico norteamericano, me parece interesante pues dicho análisis refleja, como corolario de fondo, una preocupación relativa a uno de los aspectos medulares de la noción tradicional de la seguridad jurídica que hasta ahora hemos expuesto: Me refiero sin más a la expectativa de certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales que se ha construido en el marco de la visión dominante del Estado de derecho. En esta medida, una revisión de las ideas expuestas por Hart, permite exponer algunos planteamientos en función de los cuales sostengo que la noción tradicional de la

²⁴⁸ Hart, Herbert L. A., “Una mirada inglesa...” *op. cit.*, pp.327-350. La versión en inglés es tomada de Hart, H. L. A., *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream, on Essays in Jurisprudence and Philosophy* Oxford, Oxford University Press, pp. 123-144.

²⁴⁹ Cfr. Rodríguez Garavito, César, *Estudio preliminar en La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre. Universidad de los Andes, 2005, p. 39.

²⁵⁰ Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa...” *op. cit.*, pp. 328.

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 329.

seguridad jurídica se constituirá como un ideal asociado con la actividad judicial en el marco de un Estado de derecho..

Para Hart, la idea de la pesadilla consiste en la perspectiva según la cual el juez no se comporta según la visión inglesa del “declarante del derecho imparcial, erudito, objetivo y experimentado” de acuerdo a la idea atribuida a Radcliffe por el propio jurista inglés, ya que, por el contrario, esta visión impide distinguir al juez del legislador (lo cual rompe la dicotomía existente entre creación y aplicación del derecho) por lo que los jueces actuarían como una suerte de “tercera cámara legislativa”²⁵². Esta posición ha permitido alcanzar a los jueces, según el jurista inglés, a través de un simple pronunciamiento judicial “más de lo que la lucha de los últimos ocho parlamentos ingleses han [sic] conseguido...en un período de cincuenta años”²⁵³.

Me parece que las principales preocupaciones de Hart en relación con el punto de vista de la pesadilla pueden sintetizarse en dos ideas relevantes para la noción tradicional de la seguridad jurídica: a) La primera, en tanto que, para esta perspectiva de análisis la aplicación del derecho consiste en esencia en una forma de creación del derecho y nunca de aplicación del preexistente, ello afectaría la posibilidad de garantizar la previsibilidad de las decisiones y elevaría las posibilidades subjetivas de actuación de las y los jueces y que; b) el reducido valor que la judicatura reconocería a la legislación identificándola como un fuente secundaria que puede fácilmente ser desplazada, llegando a considerarla como “mera hipótesis de trabajo que son susceptibles de ser aceptadas o rechazadas”²⁵⁴, impactaría de manera irremediable la expectativa de legalidad.

En el extremo opuesto estaría la visión del *noble sueño* en la cual, “los jueces deben aplicar a sus casos el derecho existente y no hacer para ellos leyes nuevas aun cuando el texto de las provisiones constitucionales específicas, disposiciones legislativas y otros precedentes disponibles no parezca ofrecer una guía determinada”²⁵⁵. Esta manera de pensar la actividad de

²⁵² *Ibidem*, pp. 330.

²⁵³ *Cfr. Ibidem*, pp.331. Del mismo modo, Robert Alexy expresará una afirmación similar al referir que: “Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales -esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal-, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política” Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales...” *op. cit.*, pp. 36 y 37.

²⁵⁴ Hart, Herbert L. A., “Una mirada inglesa...” *op. cit.*, p. 335.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 336.

las y los jueces nos conduciría a una concepción “cognoscitivista” en donde los jueces parecen estar descubriendo algo en todo momento, pero nunca creando algo nuevo²⁵⁶. En relación con lo anterior, cobra relevancia el debate entre quienes afirman que todas las soluciones se encuentran insertas en el ordenamiento, por lo que el juez solo debe descubrirlas (función cognoscitiva del juzgador) y quienes consideran que la labor de los tribunales implica una actividad de producción de normas²⁵⁷.

Como puede observarse, el principal enemigo a vencer en las teorías del noble sueño expuestas por Hart (particularmente las visiones de Pound y Dworkin) resulta ser la discrecionalidad judicial. En términos generales, tal manera de entender al derecho y al papel de los jueces se basa en la idea de que “un sistema completo con sus principios y valores sería capaz de suministrar una única y determinada respuesta cuando las reglas particulares son inexistentes²⁵⁸” Según esta perspectiva, un juez “nunca debe suponer que el derecho es incompleto, inconsistente o indeterminado; cuando así lo parece, el defecto no está en el derecho sino en las humanas y limitadas capacidades de discernimiento del juez, de forma que no resta ningún espacio para que el juez, eligiendo entre las alternativas posibles cree derecho²⁵⁹. Esta última perspectiva de análisis, observada desde la noción tradicional de la seguridad jurídica, a mi juicio fallaría en dos aspectos: La inclusión de principios implícitos que las y los jueces deberían descubrir, afectaría en principio el ideal de legalidad, al no ser siempre claro cuál es el contenido de una regla jurídica o bien si esa regla en realidad es la expresión o contradicción con algún principio implícito. Además, esta forma de entender al sistema jurídico, como un conglomerado de reglas y principios que deben deducirse, en realidad afecta la expectativa de certeza que se generaría en el paradigma dominante del Estado de derecho a partir de la reivindicación de exclusividad de la fuente legislativa. La segunda razón por la que este principio entraría en conflicto con la seguridad jurídica, se basaría en la reducida posibilidad de poder predecir los fallos de los tribunales en la medida en que los principios del sistema i) No son conocidos por todas las personas que serían beneficiarias de los mismos y; ii) No existe una regla de reconocimiento que permita al menos poder deducir aquellos principios que forman parte del sistema y distinguirlos de aquellos que no.

²⁵⁶ *Ídem*.

²⁵⁷ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e Interpretación...* *op. cit.*, p. 125.

²⁵⁸ Hart, Herbert. L. A., “Una mirada inglesa...” *op. cit.*, p. 340.

²⁵⁹ *Ibidem*. p. 342.

La presentación de tales posiciones antagónicas me permite con mucha mayor claridad intentar construir una serie de argumentos mediante los cuales reivindicó que la noción tradicional de la seguridad jurídica constituye, entre otros aspectos ya reseñados, un ideal racional de la actividad jurisdiccional.

En primer lugar, me parece que la noción tradicional de la seguridad jurídica puede verse gravemente comprometida frente a la enorme discrecionalidad judicial que es llevada al extremo por la visión de la pesadilla. De acuerdo con el propio Hart la seguridad de las personas estaría necesariamente vinculada con el hecho de que la aplicación de las reglas exige evidentemente la existencia de hechos específicos que ejemplifiquen los hechos operativos²⁶⁰. De manera tal que la existencia de leyes establecidas como producto de la voluntad popular, como ya he apuntado, reduciría las posibilidades de la discreción de las y los jueces al reducir los márgenes para la aplicación de estos últimos, aspecto que entre otras cosas permite a la judicatura conocer el contenido de las reglas y por tanto buscar su exacta aplicación.

En segundo término, resulta importante recordar que el postulado racionalista que dio sustento a la visión dominante del Estado de derecho en realidad, como apuntamos previamente, construyó en un primer momento el postulado del legislador racional, que pretendía afirmar en la ley esa construcción coherente, precisa, clara, en donde la función del juez era sólo de tipo cognoscitiva y que permitía una aplicación mecánica del derecho²⁶¹. En realidad, esto se parece mucho a las posibilidades para ofrecer una única respuesta correcta que los juristas del noble sueño vislumbraban para el mundo de los principios y valores del sistema aunque, en el plano del ideal del Estado legislativo, la ley es la herramienta que permitiría alcanzar dicha respuesta a los casos. Esta expresión del racionalismo, primero iusnaturalista y luego exegético, plantearía para los jueces una función cognoscitivista del derecho muy cercana a la expresión del noble sueño expresada por Hart. Basta con recordar la expresión de Beccaria en relación con la idea que afirma que las leyes naturales eran únicas, simples y cognoscibles,

²⁶⁰ En relación con la expresión “hechos operativos” referida en la afirmación del profesor Hart que sirve de fundamento al análisis del profesor MacCormick, debe señalarse que ésta se expresa en el mismo sentido que se suele atribuir a la expresión “supuesto de hecho”. MacCormick, Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, p. 17.

²⁶¹ Por su parte, Luis Prieto afirma que: “el ideal de la aplicación de las leyes concebidas como reglas ha sido siempre la subsunción silogística: la premisa mayor era el supuesto contemplado en la norma, la premisa menor el hecho o conducta enjuiciada, y la conclusión la consecuencia jurídica; de manera que ello permitía considerar al juez casi como a un autómatas, un sujeto que pertrechado solo de la lógica y el Derecho, hacía la realidad las prescripciones legales sin nada su parte” Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios... op. cit.*, p. 62.

por lo que las leyes positivas como ejemplo de una buena legislación deberían ser de la misma manera, con la finalidad de evitar en lo posible la creación judicial del derecho por la vía interpretativa²⁶². Otra manera de concebirlo sería aquello que en expresión de Bobbio afirma que la norma jurídica que establece el deber que tiene un juez de juzgar “todo caso con base en una norma perteneciente al sistema, no se podría exigir si no se presupone que el sistema es completo, o sea, que tiene una regla para todos los casos”.²⁶³

Ésta quizá sería la apuesta que postularía y reivindicaría el denominado modelo silogístico que parte de afirmar que la labor de interpretación operativa realizada por la judicatura consistía en una mera operación de subsunción, en donde los jueces eran tan solo la boca muda que pronunciaba las palabras de la ley²⁶⁴. La anterior tal vez será la expresión de aquello que la Dra. Barranco Avilés reconocerá en el llamado “método jurídico tradicional” que surge de la afirmación del carácter pleno, coherente y claro del derecho, así como de la racionalidad del legislador²⁶⁵.

Ahora bien, he apuntado previamente, al analizar la forma en que la noción tradicional de la seguridad jurídica se manifestaría en la expresión de la exigencia de un ideal legislativo, que la noción de la ley como producto racional de legislador puede ser considerada rápidamente como una perspectiva ingenua y descartada por aquellas concepciones del positivismo que dejan de lado el ensayo de una ciencia de la legislación, para reconocer que la ciencia del derecho debería ser predicada sobre todo en los procesos de aplicación–interpretación de las normas jurídicas. De esta manera, la expectativa de construcción de la noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal asociado con la actividad judicial, presentaría una caracterización similar a la transformación experimentada por el pensamiento positivista.

Dicho de otra manera, si la noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal asociado con la actividad judicial observa un enorme peligro en el extremo de la pesadilla caracterizado por una enorme discrecionalidad judicial, y no reconoce los postulados

²⁶² Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios...* *op. cit.*, p. 9.

²⁶³ Bobbio, Norberto, *Teoría general...* *op. cit.*, p. 210.

²⁶⁴ A este respecto refiere Luis Prieto Sanchís, como recomendaba Voltaire en el *Fragment des instructions pour le Prince Royal*, “que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros...que las leyes sean uniformes, fáciles de entender por todo el mundo... que lo que es verdadero y justo en una ciudad no resulte falso e injusto en (sic) tra” *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e Interpretación...* *op. cit.*, p.26.

²⁶⁵ Barranco Avilés, María del Carmen, “Sobre el método...”, *op. cit.*, p. 7.

cognoscitivistas del noble sueño aplicados a las expectativas racionales del legislador, la pregunta es, ¿en qué consiste el ideal de racionalidad asociado con la función judicial de la noción tradicional de la seguridad jurídica?

Tengo la impresión que tal ideal racional se localiza en ese justo medio que parece indicar Hart que se hallaría en dos ideas (que incluso he ya destacado respecto a la ley). La primera, en función de que todo sistema jurídico que contemple normas generales y abstractas proporciona espacios amplios de certeza en donde la función judicial puede ser desarrollada bajo condiciones importantes de previsibilidad. La segunda, en la medida en que los procesos de creación de nuevo derecho no resultan de una actividad meramente subjetiva o descontrolada, sino que se halla limitada o constreñida por los límites establecidos por el derecho existente que reduciría los poderes de creación de las y los jueces²⁶⁶. De esta manera, el poder creativo de la judicatura en realidad constituye una actividad acotada por las demarcaciones de la legislación y por la obligación de justificación racional que se impone a los jueces al tomar sus determinaciones²⁶⁷. Quizá esta sea la posición que ha expuesto Luigi Ferrajoli cuando advierte de los peligros de lo que él llama el *poder de disposición de la judicatura*, que califica como ilegítimo en la medida en que los jueces al crear de manera incontrolada derecho, invaden la separación de los poderes del Estado y ello se traduce en un atentado al Estado de derecho que requeriría por tanto de jueces que serán mejores en tanto actúen con mayores limitaciones impuestas por la ley y su actividad sea más de carácter cognoscitivo, evitando con ello los riesgos que para el propio Ferrajoli genera el activismo judicial²⁶⁸.

Tal situación no supone otra que la reivindicación del método de la interpretación-subsumción como herramienta idónea que permite en los casos obvios asegurar la previsibilidad de las decisiones de las y los jueces y que al mismo tiempo, en los casos difíciles que se sitúan en la zona de penumbra de las disposiciones legislativas, una vez que las y los juzgadores ejercen una moderada discrecionalidad y determinan la existencia de la regla

²⁶⁶ Hart. H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, p. 54.

²⁶⁷ Según Hart los poderes del juez “son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas” y “habrá cuestiones donde el derecho existente no pueda proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. En donde el poder jurídico creador del juez no es arbitrario”, además “siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consciente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores” *Cfr. Ibidem*, p. 56.

²⁶⁸ *Cfr. Ferrajoli, Luigi, Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 50.

aplicable, el resto se resolverá en una simple operación de subsunción²⁶⁹. En realidad este esquema argumentativo cuestiona de manera frontal los riesgos que suelen ser asociados al método de la ponderación, Por tanto, seguridad jurídica en este punto implica la sujeción de los jueces al derecho, a través del reconocimiento de una actividad fundamentalmente cognoscitiva al tiempo que sostiene la relevancia de afirmar espacios sumamente acotados e intersticiales de discrecionalidad judicial, también racionalmente acotados.

3. La crisis de la noción tradicional de la seguridad jurídica en el marco del constitucionalismo moderno.

En una afirmación por demás interesante, Francisco Laporta ha señalado que en los Estados contemporáneos se ha generado un fenómeno denominado sobreconstitucionalización (*overconstitutionalization*) el cuál se ha ocasionado en gran medida por la circunstancia según la cual muchos de los problemas que anteriormente se resolvían en el marco de la legalidad, en cierto modo, el día de hoy son resueltos a partir de alguna apelación al marco constitucional. En esta denominación parecería existir algo de desdén e incluso de preocupación manifestada cuando el propio Laporta afirma: “No quiero dejar de mencionar que [esa sobreconstitucionalización] puede tener el efecto perverso de deteriorar a la Constitución misma y a los órganos de control constitucional”²⁷⁰. Tengo la impresión de que con esta afirmación se expresa una preocupación genuina de un sector muy importante del pensamiento

²⁶⁹ Existiría quizás otra vía para alcanzar el ideal de la seguridad jurídica asociado con la función judicial. Tal tesis podría ser rastreada en la perspectiva del realismo interpretativo propuesto por Michel Troper. De acuerdo con ésta no obstante que se considere a la actividad interpretativa como un acto de decisión de los jueces más que como una actividad cognoscitiva, la existencia de un sistema de controles o contrapesos entre las distintas autoridades que pueden invalidar o cuestionar las decisiones que adopte cierta autoridad, contribuye a que la decisión que sea adoptada por los jueces en ciertos casos se encuentre orientada a buscar la previsibilidad de las decisiones antes que proponer otras que afecten la certeza que otros puedan tener de la misma. Desde este enfoque, el valor de la seguridad jurídica en realidad es posible gracias a la decisión de los intérpretes que encuentran la conveniencia para optar por decisiones previsibles antes que otras que no lo sean. Cfr. Troper, Michel, *Ensayos de Teoría... op. cit.* Podría afirmarse en un sentido similar, “que el acto de interpretación que realiza el órgano aplicador, es siempre, en atención a su carácter subjetivo, mas o menos arbitrario”. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, México, Editorial Themis, 1996. p.340 y 341.

²⁷⁰ Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...” *op. cit.*, p. 322.

jurídico que observa de manera clara el deterioro que el paradigma del Estado legal ha sufrido en la actualidad.

De esta manera, y con un tono bastante reflexivo, el propio Laporta, al reconocer los importantes cuestionamientos que supone la crisis de la ley en la era de la Constitución, habría de sintetizar de alguna manera el conjunto de ideales que ha supuesto para un importante sector de la teoría jurídica el reconocimiento del Estado de derecho y, desde luego, la noción tradicional de la seguridad jurídica. Al respecto ha referido lo siguiente:

“Preferiría que hiciéramos un esfuerzo para volver a guiarnos por un ordenamiento cuyo núcleo duro fuera un conjunto de leyes generales y abstractas, coherentes con la Constitución y aplicadas rigurosamente por los jueces, y si esto es imposible debido al irreversible proceso de crisis de la ley del que somos testigos, que no perdamos la consciencia de que el Estado de derecho y la Democracia misma se pueden estar diluyendo con él.”²⁷¹”

Me parece que detrás de concepciones como las anteriormente expuestas, existe una real preocupación por las dimensiones del cambio que supone el paso (en mi opinión ahora irremediable en occidente) del Estado legal al Estado Constitucional de Derecho²⁷².

²⁷¹ *Ibidem*, p. 330.

²⁷² En este punto es importante presentar algunas precisiones conceptuales. Como bien han apuntado, por ejemplo, Rolando Tamayo y Salmorán y Luigi Ferrajoli (cada uno con una crítica particular) detrás de las expresiones Estado constitucional, constitución y constitucionalismo, muchas veces existe una enorme indeterminación y falta de claridad de aquello que se desea expresar. Por ejemplo, Ferrajoli plantea la necesidad de asumir una distinción entre el constitucionalismo político y el constitucionalismo jurídico, sosteniendo que el primero designa un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho, en donde se da cuenta de la experiencia histórica de las constituciones rígidas de la segunda posguerra en el siglo XX, mientras que el constitucionalismo político se referiría a la práctica y concepción que se dirige a la limitación de los poderes políticos y que permitiría la garantía de determinados ámbitos de libertad. De acuerdo a Ferrajoli, por ejemplo, en el uso de expresiones como “Neoconstitucionalismo” que, según él, muchas veces se utiliza para designar una ideología, se hace que dicha expresión sea más propia del léxico político que del jurídico, y por ello, no se permite evidenciar el cambio de paradigma producido en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional. Por ello, propone adoptar una terminología homogénea que se refiera a la experiencia jurídica. Propone utilizar *ius-constitucionalismo* o constitucionalismo jurídico para designar aquel modelo basado en una constitución rígida que se opone al Estado legal o legislativo de derecho que carece de ella. Este modelo estaría caracterizado por una *lex superior* a la legislación ordinaria con independencia del tipo de técnicas que se tengan para su control. De

Precisamente frente a tales preocupaciones, quizá el mejor camino que debe asumir la teoría jurídica es reconocer que el objeto de estudio de las y los juristas (en especial aquellos que observan al derecho sólo desde una perspectiva normativa) ha experimentado una importante transformación (como pudimos apreciar en el Capítulo 1 de esta investigación) de la mano de

igual manera, propone distinguir entre constitucionalismo iusnaturalista y constitucionalismo positivista. Sin embargo, dado que no todos los autores que cuestionan al constitucionalismo positivista se adhieren por este hecho al constitucionalismo naturalista, Ferrajoli propone caracterizar las dos formas de constitucionalismo jurídico o *ius* constitucionalismo en constitucionalismo argumentativo o principialista y aquel que podría denominarse como constitucionalismo normativo o garantista; el primero como superación del positivismo y el segundo como una forma para su perfeccionamiento. Por supuesto, es necesario afirmar que el presente estudio se decanta por el primero, aunque tampoco se tiene problema alguno en reconocer la importancia y algunas aportaciones metodológicas expuestas por Ferrajoli para defender al constitucionalismo garantista que resulta de enorme utilidad, incluso para las concepciones que el denomina como principialistas. Es obvio que existen algunas tesis del constitucionalismo garantista que resultan incompatibles con las afirmaciones presentadas en el estudio y de ello trataremos de hacernos cargo. *Cfr.* Ferrajoli Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, pp.18-20. Por su parte, Rolando Tamayo y Salmorán sostiene que resulta fundamental distinguir el significado eulogístico o emotivo del concepto de constitución que se nutre de los dogmas fundamentales de la doctrina conocida como “constitucionalismo” y que en términos generales puede entenderse como la “lucha por someter el ejercicio del poder al “derecho”, por lo que el concepto “constitución” recibe todos los efectos emotivos de esas concepciones. De acuerdo con Tamayo, la existencia de nociones persuasivas sobre la constitución constituye un auténtico problema para la dogmática constitucional” debido a que las “nociones dadas por los constitucionalistas tienen la pretensión de ser nociones jurídicas”. Por esta razón afirmaría el propio Tamayo que la “noción constitución en Europa sirvió más como ideal o divisa que como instrumento jurídico”. De esta manera, para nuestro autor, una vez que aparecieron las constituciones escritas en Europa se acuñaron dos nociones de constitución: “una predominantemente ideológica, la europea, y la otra, jurídico-dogmática, la estadounidense”. En este contexto es que surgiría la disciplina denominada “derecho constitucional” que por un lado es doctrina jurídica, las instituciones de gobierno, de corte crítico, histórico e ideológico; por el otro, una disciplina dogmática, que es parte de la ciencia del derecho, como descripción del derecho, en este caso de las normas constitucionales. Por ello, todas las afirmaciones que se realicen de sobre la dogmática jurídica se aplican “*in integrum*” a la dogmática constitucional. Una dogmática constitucional que constituye una disciplina jurídica dogmática que se distingue claramente de las prédicas social humanitarias del constitucionalismo y de la crónica de los eventos políticos. Me parece que en general esta separación entre constitucionalismo jurídico y político o entre constitucionalismo como doctrina, distinto de la dogmática constitucional, convergen en una serie de problemáticas que dificultan la comprensión del fenómeno constitucional y que en las siguientes páginas se cuestionarán a partir de lo que he denominado genéricamente como la crisis de la noción tradicional de la seguridad jurídica, en donde se cuestionan estas posiciones analíticas. *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio... op. cit.*, pp.165-220.

un proceso histórico, así como de una multiplicidad de fenómenos sociales, económicos y culturales²⁷³.

Por supuesto, el impacto que ha sufrido el derecho en función del cambio que supone este nuevo enfoque de pensamiento llevará a las y los juristas muchos años de una profunda reflexión y seguramente a una apasionada discusión como la que ha experimentado la teoría del derecho en los últimos años. Podemos esperar que así sea, pero el objeto de este estudio estaría rebasado si quisiéramos tan solo enunciar la multiplicidad de debates que ello supone. Por el contrario, la investigación aquí presentada, como he anunciado anteriormente, se concentrará tan sólo en intentar comprender las implicaciones que este cambio de paradigma supone para la expectativa racional de la seguridad jurídica propia del Estado legislativo de derecho que fue dibujada en el apartado anterior.

Si bien este debate puede sugerir tan solo algunas modestas aportaciones al conocimiento jurídico, la presente reflexión seguramente será parte de una serie de procesos de análisis que inevitablemente deberán verificarse respecto de todas aquellas instituciones representativas del ideal del Estado de derecho o Estado legislativo, como sucedería justamente con la noción tradicional de la seguridad jurídica. Establecido lo anterior, y siguiendo la ruta de análisis que fue planteada en el apartado previo en donde se presentaron algunas de las expectativas racionales que estaría llamada a cumplir la noción tradicional, en el presente apartado analizaremos qué sucede precisamente con los ideales anteriormente expuestos cuando se les confronta con los fundamentos conceptuales asociados al papel de la ley en el contexto del constitucionalismo jurídico contemporáneo, y fundamentalmente a partir de las características que se han presentado en el capítulo primero de las normas constitucionales.

3.1. La crisis del ideal legislativo asociado con la noción tradicional de la seguridad jurídica

Se ha dicho que algunas de las principales razones que han conducido a la crisis de la ley en el Estado constitucional se relacionan, por ejemplo, con el descrédito de los órganos legislativos, la proliferación de las leyes y con la existencia de leyes de diversa jerarquía, entre otros

²⁷³ De acuerdo con Zagrebelsky el paso que va del Estado legal al Estado constitucional, más que como una continuación, “se trata de una profunda transformación que afecta necesariamente la concepción del derecho” Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil... op. cit.*, p. 34.

aspectos²⁷⁴. Sin restar importancia a las anteriores reflexiones que seguramente presentan en algún grado importante de acierto, sostengo que la crisis de la ley en el Estado constitucional se originará esencialmente por dos factores relevantes: a) El primero en relación con el desplazamiento que las y los juristas confieren al papel de la ley en un sistema jurídico, en donde por una parte, la misma ha pasado de cumplir un rol protagónico a desempeñar ahora un papel secundario, que se traduce en que este rol secundario se traduce en visualizar a la ley como una herramienta técnica al servicio de ciertos objetivos del legislador y, por otra parte, b) a la idea según la cual las normas jurídicas constitucionales poseen una serie de características especiales que las apartan de manera drástica y cualitativa del ideal legislativo vigente durante el apogeo de la concepción dominante del Estado de derecho. De cierta forma, ambas consideraciones tienen un impacto directo en las expectativas racionales bajo las que se configuró la noción tradicional de la seguridad jurídica.

Con el propósito de comprender mejor cuáles son las razones que explican las consideraciones anteriormente expuestas y su relación con la noción tradicional de la seguridad jurídica, me gustaría presentar algunos de los argumentos relacionados con la crisis del ideal legislativo en el Estado constitucional. Como señalé al inicio del presente apartado, en el marco de una conferencia titulada *Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley*, Francisco Laporta ha expuesto algunas ideas relacionadas con las expectativas de racionalidad que envuelven las leyes dentro del paradigma del Estado de Derecho²⁷⁵. Seguiré su exposición al tiempo en que me permitirá desarrollar un hilo conductor de esta reflexión.

Según Laporta tales expectativas de racionalidad están vinculadas al menos con tres ideas; Una relativa a las posibilidades de subsunción y deducción que se predicán de ellas para la resolución de casos; otra en función del ideal democrático que pretende resguardar la protección del principio de mayoría democrática; y la tercera en relación con la pretensión de generalidad (universalidad como sugería Waldron, de acuerdo con lo analizado en el apartado precedente) asociada a la pretensión de regulación general que se predica del derecho²⁷⁶. Estos aspectos se encuentran incluidos de alguna manera en la explicación presentada en el apartado anterior cuando me he referido al análisis de los ideales legislativo, político y asociado a la función judicial relacionados con la noción tradicional.

²⁷⁴ Cfr. Hierro, Liborio L., “El imperio...”, *op. cit.*, pp. 291-298.

²⁷⁵ Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...” *op. cit.*, pp. 321-330.

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 321,322,324.

En cierto modo, este trabajo coincide con la idea expuesta por Laporta en el sentido de que existe una crisis de ley que permea distintos ámbitos y obedece a diferentes caracterizaciones. A mi juicio, la crisis de la ley en realidad no es otra cosa que una crisis de determinadas expectativas de racionalidad que yo aquí he denominado como ideales legislativo, político y asociado a la función judicial. Precisamente en atención a lo anterior, a continuación, utilizaré la tercera acepción utilizada por Laporta, que es la relativa a las pretensiones de generalidad de la ley junto con la idea de que la misma adquiere un rol técnico de carácter secundario para explicar una de las dos dimensiones por las que en mi opinión se afecta el ideal legislativo dentro del Estado constitucional. El resto de las explicaciones de Laporta relativas a la “crisis de la ley” coincidirán en alguna medida con las explicaciones presentadas en los siguientes apartados.

Una primera idea que vale la pena recordar se relaciona con el tránsito que ha sufrido el ideal de las leyes desde el Estado legal o Estado de derecho hacia el Estado Constitucional, explicado en el primer apartado de la presente investigación. Siguiendo esta idea, debemos recordar que la ley ocuparía el peldaño más importante dentro del orden prescriptivo en un Estado de derecho, particularmente en la época en que la constitución era vista tan solo como un documento político o programático. En pocas palabras, como afirma Laporta siguiendo a García de Enterría, la calidad de norma jurídica de la constitución no existía²⁷⁷.

Como hemos dicho, en el Estado Constitucional la ley ha sido subordinada a la constitución y sus normas. Como sostiene el propio Laporta, la ley es una suerte de “sospechosa permanente” y el trabajo de las cámaras legislativas constantemente se pone en tela de juicio, y muchas veces sus productos, las leyes, son rechazadas al ser consideradas como inconstitucionales por los tribunales constitucionales²⁷⁸.

Este desplazamiento de la ley, como veremos con detenimiento más adelante, en principio la somete al contenido de la Constitución. Como sostiene Robert Alexy, “Si antes valía decir: derechos fundamentales sólo en el marco de las leyes, ahora quiere decir; leyes sólo en el marco de los derechos fundamentales”²⁷⁹. Esta expresión en realidad refleja aquello que

²⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 321. El reconocimiento de la fuerza vinculante de los enunciados constitucionales que se predica ahora parece ser concluyente respecto a esta afirmación. Guastini Ricardo, “La constitucionalización...” *op. cit.*, p. 52.

²⁷⁸ Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...” *op. cit.*, p. 322.

²⁷⁹ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales...” *op. cit.*, p. 34.

se ha denominado como el efecto de irradiación de las disposiciones constitucionales en la totalidad del ordenamiento, que según notamos es parte de una de las formas de conceptualizar la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”²⁸⁰.

Además, según Laporta, recientemente se ha cuestionado la idea de generalidad de las normas jurídicas. Para el filósofo del derecho el postulado de generalidad (universalidad según Waldron) exige tratar de la misma manera dos actos o situaciones con características relevantes idénticas por lo que esta afirmación constituye un postulado inatacable y su afirmación será condición básica del Estado de derecho²⁸¹. Quizá esta sea una de las preocupaciones que más impacto tienen en el pensamiento de diversos autores positivistas que consideran dos aspectos. Por una parte, que en la medida en que la ley ha sido desplazada de su papel protagónico dentro del sistema constitucional, tal perspectiva de generalidad junto con las ideas de precisión y abstracción se encuentran sujetas a poder ser predicadas de las disposiciones constitucionales que, como encontraremos posteriormente, parecen ofrecer algunas propiedades interesantes, pero no necesariamente éstas. La segunda, me parece que obedecería más a una suerte de reproche a las cámaras legislativas y en donde, según Laporta, se abandonaría el ideal de regulación general por otro en donde se legisla para casos concretos dirigidos a destinatarios definidos y tratan solamente actos singulares, para pasar (utilizando la terminología de MacCormick) de un lenguaje jurídico de providencia general a otro de providencia particular. Según esta idea, el legislador ya no perseguiría esos fines generales que le habrían atribuido las otras doctrinas positivistas, sino que las cámaras legislativas, habrían hecho perder a las leyes su grandeza al convertirlas en meras herramientas técnicas al servicio del poder político y de las políticas públicas persiguiendo únicamente finalidades concretas (por ejemplo la construcción de un parque, liberar presos, enfrentar una catástrofe)²⁸².

²⁸⁰ *Supra*. Capítulo 1. 1.2.1. La constitucionalización del ordenamiento: Reconocimiento en la cúspide del sistema de normas constitucionales que informan a todo el sistema jurídico. *Cfr.* Alexy Robert, *Derechos sociales...* *op. cit.*, p. 46.

²⁸¹ *Cfr.* Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...” *op. cit.*, p. 325.

Cfr. Waldron, Jeremy, *The rule of law...* *op. cit.*, pp.93-94.

²⁸² De acuerdo con Laporta, “Es evidente que sus normas habrán de adquirir una nueva y si se quiere contradictoria fisonomía: de un lado, cláusulas generales indicadoras de los grandes objetivos o finalidades de la acción política en la que muchas veces falta el supuesto de hecho concreto para la aplicación de la norma o la concreta determinación de la conducta debida, de otro, reglas mucho más pormenorizadas y singulares, por lo

Como puede apreciarse, según el pensamiento del jurista español, la pérdida de la misión de regulación general²⁸³ y desplazamiento de su papel protagónico a manos de las constituciones modernas, constituyen los elementos que socavarían el papel de las leyes en un Estado constitucional. La consecuencia inmediata de tales ideas, en realidad, parece bastante evidente de cara a la noción tradicional de la seguridad jurídica. Si se afirma que “el centro de la noción misma del Estado de Derecho se encuentra en la existencia misma de la predecibilidad de las decisiones del poder, entonces la constante interinidad de la ley bajo el parámetro constitucional socava bastante dicha predecibilidad y con ella la certeza del derecho”²⁸⁴; entonces parece evidente el alcance de la preocupación expuesta por el profesor español.

Esto es así, en tanto que la crisis del ideal legislativo, no solo se enfrenta al importante cambio que ha sufrido el rol de las legislaturas en las democracias constitucionales, que parece ser el argumento de Laporta: Legisladores que han hecho perder a la sociedad la posibilidad de contar con un “ideal de normas jurídicas” que aseguren la seguridad jurídica para todas y para todos. En efecto, esta idea (que parecería una suerte de reproche a la realidad por no ajustarse a la teoría, por cierto, reivindicada por una importante cantidad de concepciones positivistas) sumada con las características particulares de las disposiciones constitucionales, me parece que terminan por tornar al ideal legislativo de la noción tradicional de la seguridad jurídica, en una expectativa inalcanzable dentro del escenario contemporáneo de las democracias constitucionales.

La pérdida de hegemonía de la ley en el sistema constitucional en realidad tiene como consecuencia que las características y propiedades atribuidas a la legislación solo puedan ser sostenidas de afirmarse que las normas constitucionales presentan una fisonomía similar²⁸⁵,

común circunstanciales y cambiantes, y por tanto, firmes candidatas a suscitar contradicciones, reiteraciones y zonas de penumbra”. Cfr. Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...”, *op. cit.*, p. 325.

²⁸³ Según Prieto Sanchís: “El lento pero inexorable caminar de las corrientes antiformalistas desde mediados del siglo XIX será una continua denuncia de la falta de racionalidad de la ley, del fracaso histórico del Código como cuerpo normativo con vocación de exhaustividad y eternidad, y no deja de ser interesante subrayar que la creciente reivindicación de la figura del juez correrá paralela a un proceso de descrédito o decadencia de la ley” Cfr. Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios...* *op. cit.*, p. 19.

²⁸⁴ Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...”, *op. cit.*, p. 326.

²⁸⁵ Sería preciso resaltar que justamente en este punto parece plantearse un aspecto relevante expuesto por Luigi Ferrajoli en defensa de un constitucionalismo jurídico de corte positivista al afirmar que las normas constitucionales no resultan cualitativamente distintas al resto de las normas del sistema, razón por la cuál los

Veamos pues en qué medida las características particulares de atribuidas a las disposiciones constitucionales socavan el ideal legislativo postulado por la noción tradicional de la seguridad jurídica.

Como pudimos apreciar en el apartado primero de esta investigación, los sistemas jurídicos en los Estados de occidente han experimentado una importante transformación respecto a la manera en que se comprende y define a los textos constitucionales, especialmente a partir de la creación y consolidación de los nombrados “tribunales constitucionales”²⁸⁶, situación que se desarrolló principalmente en la segunda mitad el siglo XX. De esta manera, en los últimos años hemos asistido, como afirmarí el profesor de la Universidad de Turín Gustavo Zagrebelsky, a la transformación del significado o valor que se les asigna a dichos ordenamientos normativos y no solo a una transformación propiamente de los textos constitucionales.²⁸⁷

En el apartado primero de este estudio, analicé algunos de los principales cambios surgidos en el marco del pensamiento constitucional contemporáneo que es defendido esencialmente por los enfoques que defienden un constitucionalismo no positivista. Entre tales afirmaciones sostuve que el constitucionalismo moderno presentaría esencialmente tres características relevantes relacionadas con las leyes o el papel de las leyes en una democracia constitucional. Entre otros aspectos, afirmé que la transformación del significado o valor de la constitución se debían al conjuntos de ideas que pueden ser resumidas bajo la noción de “constitucionalización del ordenamiento” que en esencia puede ser comprendido como a) el ideal que reconoce el carácter normativo de las constituciones y los efectos que ello produce;

argumentos asociados a la noción tradicional de la seguridad jurídica, que serían válidos en el modelo del Estado legislativo de Derecho, serán válidos en el Estado constitucional. Con esta idea se intenta defender la plausibilidad y la necesidad de defender un sistema jurídico en donde la sujeción de los jueces a un ordenamiento jurídico establecido con antelación, y sobre el cual deben realizar una labor cognoscitiva y fielmente apegada a la literalidad de las normas, sigue constituyendo una premisa básica para el adecuado funcionamiento del Estado. *Cfr.* Ferrajoli Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 50.

²⁸⁶ De acuerdo con Robert Alexy: “La expansión de las ideas de las ideas del Estado constitucional democrático se corresponde en Europa con el desarrollo de una teoría y una praxis constitucionales comunes, singularmente en lo que se refiere al control de constitucionalidad” Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 31.

²⁸⁷ *Supra* 47. “Los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las Constituciones, en los códigos, en las leyes... Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia.” Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil... op. cit.*, p. 9.

b) como el reconocimiento a la posición que desempeña el texto constitucional en relación con las demás normas del ordenamiento, y que nos conducen a la irradiación de todo el ordenamiento por parte de la constitución y; c) como la reivindicación de una serie de atributos que poseen las normas constitucionales en la medida que incorporan disposiciones de derechos fundamentales²⁸⁸. De la misma manera, sostuve que las constituciones modernas se caracterizan por la incorporación, particularmente en el ámbito de los derechos fundamentales, de un conjunto de normas jurídicas que cualitativamente son distintas de las “reglas de todo y nada” y que adicionalmente habían incorporado en los textos jurídicos una serie de principios y valores políticos y morales²⁸⁹. Me interesa particularmente en el presente apartado analizar las implicaciones que tiene ello en la crisis de la noción tradicional de la seguridad jurídica.

Así las cosas, intentaré demostrar ahora qué tanto incorporar la caracterización del Estado constitucional se suma a las consideraciones anteriormente expuestas relacionadas con la crisis del ideal legislativo propio del Estado de derecho. Con el propósito de explicar ello, trataré de clarificar en qué dimensión las características particulares de las normas constitucionales, que por un lado constituyen un tipo cualitativamente distinto de las “reglas de todo o nada” y por el otro incorporan al marco positivo una serie de principios y valores políticos y morales, afectan de manera directa los pilares fundamentales que constituyeron el ideal racional de la legislación asociado a la noción tradicional de la seguridad jurídica, es decir: a) Por una parte el ideal del control racional de la interpretación de las leyes en función de la existencia de una concepción semántica que permita el establecimiento de respuestas predecibles, desde luego en el núcleo de certeza de las disposiciones normativas, pero razonablemente controladas en los contextos de incertidumbre del sistema jurídico (llamaré a éste el argumento de la textura abierta de las normas); b) Por otra parte, el ideal de coherencia del ordenamiento jurídico, como presupuesto racional que permite a las personas en todo momento poder identificar con claridad aquello que es derecho de aquello que no (llamaré a éste el argumento de la regla de reconocimiento). Ambos argumentos son tomados del pensamiento del Dr. Herbert Hart., pero sin duda útiles para someter a debate los postulados del positivismo jurídico que se encuentran detrás de la noción tradicional.

²⁸⁸ *Supra.* 1.1.2. Para profundizar en ello. El carácter particular de las normas constitucionales y su relación con la leyes.

²⁸⁹ *Supra.* 1.1.2. El carácter particular de las normas constitucionales y su relación con la leyes.

Los límites del control racional de las disposiciones por la incorporación de principios constitucionales: La pesadilla de Hans Kelsen.

A propósito de su muy famoso texto, *La garantía Jurisdiccional de la Constitución*²⁹⁰, Hans Kelsen nos permite apreciar algunas de las mayores pesadillas para un jurista positivista: El *peligro* de la incorporación en las constituciones de elementos que invocan determinados principios y valores políticos y morales²⁹¹. Según Kelsen cuando se incorporan:

*“principios invocando los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad de moralidad, etc., sin precisar, absolutamente, lo que es necesario entender de ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cuál todo orden jurídico se esfuerza por ataviarse, la delegación de la equidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia, de la moralidad, etc., significa a falta de precisión de estos valores, que el legislador, como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito les es abandonado por la Constitución y la ley”*²⁹².

De acuerdo con el jurista austriaco, la incorporación de este tipo de fórmulas en el texto constitucional jugaría un papel extremadamente peligroso, fundamentalmente por dos razones: a) Porque podría invitarse al legislador a conformarse a la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etc., como direcciones relativas al contenido de las leyes, aspecto que para Kelsen constituiría un error, ya que eso solo puede suceder cuando la propia constitución fija una dirección precisa de la manera en que deben ser entendidos tales valores; b) Porque podría generar un desplazamiento del poder del legislador hacia los jueces, aspecto que según el mismo, la constitución no quiere. Según Kelsen si la Constitución crea un tribunal constitucional, “debe abstenerse de ese género de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”²⁹³. Esta será una idea que será defendida nuevamente por una nueva versión del

²⁹⁰ Kelsen, Hans, *La garantía Jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 503.

²⁹² *Ibidem*, p. 502-503.

²⁹³ *Ibidem*, p. 503-504.

positivismo ahora incorporado al Estado constitucional por Luigi Ferrajoli que enderezará un reclamo similar al expuesto por Hans Kelsen²⁹⁴.

Tengo la impresión de que la pesadilla anticipada por Kelsen sobre los riesgos de la revisión constitucional en un Estado de derecho, en realidad operará como una suerte de profecía que anticipará buena parte de las características determinantes de las constituciones modernas. En realidad, Kelsen no se equivocaría en el reconocimiento de las consecuencias devastadoras que tendría para la concepción dominante del Estado de derecho la incorporación de dos aspectos en los enunciados constitucionales. a) Me refiero por un lado a la existencia de una cantidad importante de disposiciones que de manera evidente poseen una caracterización semántica orientada a la ambigüedad, vaguedad e impresión (aspecto que designaré como “crisis de las posibilidades semánticas de la interpretación racional”); y b) por la otra, a la deliberada incorporación de enunciados jurídicos cuyo contenido obedece a la expresión de enunciados que contienen principios y valores políticos y morales. Ambos elementos en realidad constituirán no solo una de las peores pesadillas para el pensamiento kelseniano, sino que me atrevería a afirmar que para aquellas concepciones que coinciden con los postulados básicos del positivismo.

A mi juicio, las características particulares atribuidas a las disposiciones constitucionales en el Estado constitucional explicadas en el apartado primero de la presente investigación en realidad suponen una importante ruptura con dos dimensiones de los postulados positivistas. De un lado, la existencia de una crisis de las posibilidades semánticas de la racionalidad interpretativa (crisis del argumento de la textura abierta del lenguaje) en función de dos factores: a) El primero propiamente relativo a las reales posibilidades que ofrece el lenguaje en la medida que las disposiciones constitucionales, particularmente aquellas que reconocen derechos fundamentales suelen ser imprecisas, vagas e indeterminadas y; b) En función del carácter esencialmente controvertido de los enunciados que contienen principios y valores políticos y morales.

Por otra parte, la segunda dimensión de la crisis del ideal legislativo relacionado con la

²⁹⁴ Según el jurista italiano: “Una vez pasada la época de las primeras constituciones que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales -de las reglas y de los principios- como así también de sus límites y de los límites de sus límites, a su vez enunciados explícitamente en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible.”

Cfr. Ferrajoli Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 50.

noción tradicional de la seguridad jurídica, se relaciona con las posibilidades reales que ofrece la regla de reconocimiento como mecanismo de estabilización y coherencia del sistema jurídico, particularmente en la medida en que las constituciones modernas incorporan principios y valores políticos que no solo no pueden ser definidos de manera concluyente (conflictos de interpretación al interior de los propios principios y valores) sino que entran en colisión con otros principios y valores políticos y morales del propio sistema ocasionando como sostiene Ferreres, problemas de colisiones de principios²⁹⁵.

La noción tradicional de la seguridad jurídica frente a las disposiciones esencialmente controvertidas: La ausencia de un núcleo de certeza en los principios constitucionales en materia de derechos humanos.

La expectativa central del ideal legislativo configurado por la noción tradicional de la seguridad jurídica afirma que la incorporación de reglas generales, abstractas, previas y precisas²⁹⁶, entre otros aspectos, nos permite conocer con claridad el contenido de las prescripciones impuestas por el derecho a una persona, y con ello podríamos no solo dirigir nuestra conducta, sino predecir el sentido de la aplicación del derecho por parte de los tribunales²⁹⁷. Me parece que tal postulado se enfrenta a una crisis relevante ya que las características particulares de las normas constitucionales parecen aniquilar el argumento de la textura abierta expuesta por Hart pues, que como pudimos apreciar en el primer apartado de la mano de Víctor Ferreres y Jeremy Waldron, los enunciados constitucionales, particularmente los que se relacionan con los derechos humanos, no únicamente presentan una mayor recurrencia que otros textos legales a incorporar disposiciones con un enorme grado de indeterminación semántica²⁹⁸; adicionalmente, la asociación de contenidos relacionados con la reivindicación de principios y valores políticos y morales, suelen plantear disputas interpretativas ubicadas no en la periferia de tales principios y valores, más bien en aquello que sería el corazón mismo de las

²⁹⁵ Cfr. Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional...* *op. cit.*, pp. 30-36.

²⁹⁶ *Supra* 135 Recordemos los ocho elementos que caracterizan por ejemplo el concepto de la moral interna de Lon Fuller, expuestos previamente. Cfr. Fuller, L. Lon, *The Morality of Law...* *op. cit.*, p. 39

²⁹⁷ *Supra* 169. Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad...”, *op. cit.*, p. 482.

²⁹⁸ Al respecto, resultaría también aplicable la noción de máxima indeterminación de las declaraciones en los textos constitucionales expuesta por Robert Alexy. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 35

disposiciones²⁹⁹, o lo que es lo mismo, el núcleo de certeza según Hart³⁰⁰.

Para comprender tal cuestión podemos complementar con el argumento de Laporta. Según este autor, el hecho de que la constitución integre principios, valores, estándares, fines, ideales, más que normas de conducta o de competencia en sentido estricto, disminuye la certidumbre, básicamente por dos razones: Debido a que los principios y valores determinan lo que califica como “estados de cosas últimos”, pero no la determinación de los fines que resultan necesarios para alcanzarlos; y debido a que es difícil pensar en que las y los juristas podamos disponer de un conjunto de criterios para gobernar la corrección o la racionalidad que nos permita dar cuenta de estos³⁰¹. La pregunta según Laporta en este sentido, es si esta cuestión no debería necesariamente comprometernos con una suerte de congoscitivismo o realismo moral³⁰².

Por consiguiente, tengo la impresión de que la expectativa de certeza y legalidad que se depositó en los enunciados prescriptivos incorporados en los textos legales, en realidad, en el Estado constitucional, se enfrenta a una crisis que rebasa las posibilidades semánticas que los positivistas quisieran advertir en los procesos racionales de interpretación, y que los conducen necesariamente al espinoso y controvertido tema de la argumentación moral³⁰³. Lo anterior no solo es porque a propósito de los enunciados que contienen derechos fundamentales en las constituciones difícilmente podrá predicarse de manera pacífica la existencia de un núcleo de

²⁹⁹ *Supra* 104. Cfr. Waldron, Jeremy, *Vagueness in Law...* *op. cit.*, p. 529.

³⁰⁰ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 157.

³⁰¹ Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...”, *op. cit.*, p. 327.

³⁰² Cfr. *Ibidem*, p. 326

³⁰³ Cfr. *Ibidem*, p. 329. Esta tesis es particularmente discutida por Luigi Ferrajoli, esencialmente al advertir la importancia de construir un constitucionalismo positivista que mantenga en pie la teoría de la separación entre derecho y moral, aspecto que no presentaría amplias variaciones aún si reconociéramos alguna suerte de positivismo incluyente mediante el cual lleguemos a sostener que es posible afirmar que las constituciones han positivado principios y valores políticos y morales, aspecto que tampoco supondría la necesidad de recurrir a la argumentación práctica para la determinación del significado de las disposiciones constitucionales. Según Ferrajoli: “el constitucionalismo iuspositivista y garantista, aún teorizando la dimensión estática injertada en el positivismo jurídico por las normas sustanciales de las constituciones, rechaza la tentación de volver a confundir Derecho y moral, incluso bajo la forma del constitucionalismo ético. Admitirá siempre, como punto de vista autónomo del Derecho y sobre el Derecho, el punto de vista externo a él de la moral y la política, que es el punto de vista crítico de cada uno de nosotros, también frente a las normas constitucionales.” Cfr. Ferrajoli Luigi, *Constitucionalismo principialista...* *op. cit.*, p. 32.

certeza, en donde existan casos obvios, debido a que como afirmara Waldron, quizá una de las propiedades determinantes de las disposiciones esencialmente controvertidas es el valor que posee justamente su carácter discutible y la necesidad de tomar partido respecto a la determinación de algún paradigma dentro del conjunto de los que permitirían las más variadas posibilidades de comprensión de un concepto con estas características³⁰⁴. Esto no significa que en las constituciones no puedan existir conceptos que no resulten esencialmente controvertidos; significa que en las constituciones muchas de sus disposiciones lo son. Si vinculamos lo ya dicho con la idea del desplazamiento que ha sufrido la ley en función del reconocimiento normativo de la constitución, entonces encontraremos que los problemas que se prediquen de las disposiciones constitucionales de alguna manera también permean o, utilizando esta conocida idea de Robert Alexy en este contexto, también irradian la totalidad del ordenamiento.

La noción tradicional de la seguridad jurídica frente a los problemas relacionados con la regla de reconocimiento: Los problemas de colisión de los principios jurídicos.

Existe una segunda dimensión en donde se proyectará la crisis del ideal legislativo relacionado con la *noción tradicional de la seguridad jurídica*. En ésta, no es la dimensión particular de los problemas la que nos ofrece la caracterización particular de las normas constitucionales como disposiciones esencialmente controvertidas, sino que supone un cuestionamiento directo de las posibilidades de coherencia predicadas respecto al ordenamiento jurídico, y que pudimos apreciar en el apartado previo con Bobbio³⁰⁵ y Hart³⁰⁶ e incluso con Ferrajoli³⁰⁷.

Como expliqué en el primer apartado de este ensayo, un aspecto que deberíamos tener en cuenta cuando afirmamos que las constituciones modernas constituyen la base normativa del sistema jurídico, tendría que ser el no perder de vista que además de su carácter como regla jurídica (por cierto, la más relevante del sistema) también posee una dimensión que le sitúa

³⁰⁴ Una concepción contraria a la aquí expuesta podría ser apreciada en el conjunto de posibilidades semánticas que son consideradas por autores como Moreso o García Amado. Cfr. García Amado, Juan Antonio, "Derechos y pretextos..", *op. cit.*, p. 239

³⁰⁵ *Supra* 199. Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría General...* *op. cit.*, p. 177.

³⁰⁶ *Supra* 208. Cfr. Hart, H.L.A, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 144

³⁰⁷ *Supra* 222. Cfr. Ferrajoli Luigi, *Constitucionalismo principialista...* *op. cit.*, p. 50.

como la herramienta política que permite la convivencia de concepciones ideológicas en un espectro tan amplio, como la pluralidad política y moral de una sociedad permite suponer³⁰⁸. Quizá a esto es a lo que se refiere Luigi Ferrajoli cuando afirma que la función de la constitución “no es expresar la existencia de un demos, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto”³⁰⁹ Por ello, como destaca el propio Luis Prieto Sanchís, “el Estado constitucional, cuya homogeneidad o coherencia ha de reposar en la conciliación de valores contrapuestos que son reflejo de una sociedad pluralista y que pese a su carácter tendencialmente contradictorio, se hallan recogidos por igual en la Constitución”³¹⁰.

Tener esto presente no debería ser una cuestión menor. Por un lado, si la existencia de disposiciones esencialmente controvertidas, presenta pues dos dimensiones de complejidad que afectan las posibilidades racionales de interpretación de las normas constitucionales, una de carácter semántica que imposibilita la determinación de un núcleo de casos obvios, y por el otro una complicación de carácter valorativa, en donde una misma expresión constitucional podría ser considerada como la expresión más clara de dos concepciones políticas y morales contradictorias, tal situación, como analizamos previamente, ya plantea un severo cuestionamiento a las posibilidades racionales de interpretación predicadas por el positivismo jurídico. Pero a esta dimensión de complicaciones en el ámbito de las normas, deberíamos, como sostiene Víctor Ferreres, añadir los problemas derivados de la existencia de las denominadas colisiones de principios³¹¹.

La existencia de principios jurídicos establecidos en la Constitución que constituyen una reivindicación de valores políticos y morales y que constantemente entran en tensión generando las llamadas colisiones, a mi juicio generan dos consecuencias: Una en el ámbito propiamente jurídico-interpretativo y otra relacionada con el ámbito político-constitucional.

En cuanto a la primera de las consecuencias apuntadas, es posible afirmar que la

³⁰⁸ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, México, serie Derecho, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, Colección Estructuras y Procesos, p.234.

³⁰⁹ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro...”, *op. cit.*, p. 28

³¹⁰ Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios...* *op. cit.*, p. 38.

³¹¹ *Supra* 107. Cfr. Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional...* *op. cit.*, pp. 30-36.

existencia de principios jurídicos que pueden entrar en colisión con otros en una democracia constitucional, de alguna manera ponen en duda el carácter coherente que las y los juristas, primordialmente aquellos que reivindican alguna de las vertientes del positivismo jurídico, han predicado del ordenamiento jurídico. En efecto, frente al postulado positivista que afirma que las reglas en un sistema jurídico deberían expresar una coherencia intrínseca³¹² y que en un sistema jurídico no deberían existir normas incompatibles³¹³ de tal manera que el mismo permita a las personas ser efectivamente guiadas³¹⁴ y que así sea posible a éstas la protección de la autonomía personal que asegure su libertad.³¹⁵ En el Estado Constitucional aparecerán los principios jurídicos, que entre otros aspectos, tendrán dentro de sus características relevantes, un reconocimiento de validez *prima facie*, el cual no determina su validez definitiva en el sistema en tanto no se resuelvan aquellas colisiones con otros principios cuya validez *prima facie* también se encuentra predicada. Dicho de otra manera, la expresión del problema de las colisiones de principios reflejará “el hecho de que dos normas (sean reglas o principios) aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser contradictorios”³¹⁶.

Uno de los postulados que ha sido severamente cuestionado por algunos juristas fundamentalmente de orientación positivista se relaciona con la idea según la cual en realidad entre reglas y principios no existe una distinción cualitativa, sino más bien cuantitativa o de grado³¹⁷, por lo que resultaría inadecuado sostener que los principios tengan aquello que se ha

³¹² *Supra* 205. La referencia constituye una crítica a la concepción positivista relacionada a la concepción del Estado de derecho como un sistema coherente. *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil... op. cit.*, p.30.

³¹³ *Supra* 202. *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Teoría General... op. cit.*, pp. 153 y 183. Que en la teoría de Ferrajoli se resuelve como la exigencia de eliminación de antinomias que afectan la integralidad del sistema, aunque el mismo autor ya pondrá en duda la idea de la perfecta coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, sosteniendo que las garantías del sistema estarían enderezadas de alguna manera a corregir tales deficiencias. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 24.

³¹⁴ *Supra* 206. *Cfr.* Raz, Joseph, *La autoridad... op. cit.*, p. 268.

³¹⁵ *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios... op. cit.*, p. 22.

³¹⁶ *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos... op. cit.*, p. 87.

³¹⁷ Esta parece ser también la tesis de Víctor Ferreres, quien sigue a Frederick Shauer, asumiendo la tesis de la inexistencia de una distinción cualitativa entre las reglas y principios. Según estos autores la distinción entre reglas y principios sería solo una distinción de grado por lo que una regla puede ser más una regla o más, un principio de función de la resistencia que se plantee respecto a ellas. *Cfr.* Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional... op. cit.*, pp. 32 y 33.

denominado como una suerte de validez *prima facie*, que no un reconocimiento a la validez definitiva de toda regla del sistema jurídico³¹⁸. Este debate, en realidad lo que cuestiona es de algún modo, la tesis positivista relacionada a la posibilidad de que una vez identificadas las reglas jurídicas del sistema, a partir por ejemplo, de la regla de reconocimiento Hartiana, las reglas jurídicas válidas en realidad establecen un complejo abanico de prescripciones que se articulan de manera coherente y en donde el propio sistema se encarga de invalidar a aquellas que de alguna manera entran en contradicción lógica con el propio sistema normativo que las contiene. De acuerdo con el propio Víctor Ferreres, en el caso de las colisiones lo que acontece es que existen diversas disposiciones que a su vez protegen “distintos derechos que concurren en muchos supuestos de la vida real” y por lo tanto habría que presuponer que “el legislador constitucional que formuló esas disposiciones sabía que los conflictos entre los derechos protegidos serían frecuentes³¹⁹”.

De aquí que no debemos olvidar que los principios jurídicos se encuentran caracterizados por la dimensión del peso³²⁰, misma que no se puede predicar de las reglas de todo o nada. Tal característica es la que permite afirmar que la manera en que los principios jurídicos será aplicada operará en función de las mayores posibilidades jurídicas y fácticas existentes³²¹. Esta forma de aplicación resulta determinante cuando hablamos de las colisiones de principios en donde podremos afirmar, sin mayor complicación, que en un sistema jurídico constitucional pueden coexistir -sin ninguna clase de problema de carácter lógico-prescripciones jurídicas abiertamente contradictorias entre sí.

Teniendo presente esta constatación, podríamos afirmar que la existencia de principios constitucionales que establecen prescripciones que por definición están encaminadas a propósitos muchas veces contradictorios. No pueden en principio cumplir con la dimensión de la coherencia postulada por un positivismo jurídico que presupondría la idea de un sistema

³¹⁸ Esta será la crítica de García Amado a la tesis constitucionalista que reconoce que las constituciones se encuentran conformadas por principios jurídicos. Al respecto afirma que: “Se trata más bien de lo que se ha dado en llamar una regulación principialista donde se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de uno sobre otros; o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer e umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligatorio. García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos...”, *op. cit.*, p.245.

³¹⁹ Cfr. Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional...op. cit.*, p. 30.

³²⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en... op. cit.*, p. 77.

³²¹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 232.

normativo compuesto por disposiciones, necesariamente coherentes entre sí. De ahí la importancia de contar con una regla de reconocimiento en el sistema que, por un lado, nos permitiese identificar con seguridad las disposiciones que forman parte de un sistema jurídico, pero por el otro, que a partir de tal identificación se permitiera edificar un sistema normativo no contradictorio entre sus partes³²². Además de lo anterior, existe una segunda dimensión en relación con la existencia de colisiones entre principios jurídicos que nos permitirá echar tierra a la expectativa de coherencia predicada por el positivismo jurídico. No solo se trata de la estructura jurídica de los principios jurídicos que les permite coexistir en un sistema jurídico, a pesar de poder establecer formulaciones contradictorias entre si, se trata también de constatar un hecho asociado a cuestiones de naturaleza política y moral. Es decir, los principios jurídicos constituirán la esencia de los niveles efectivos de disenso y consenso político y moral que han sido posibles de alcanzar a través de una constitución democrática.

De esta manera, los principios jurídicos que fundamentalmente establecen derechos en una constitución democrática constituirán el instrumento que permita el reconocimiento jurídico de la pluralidad tanto política como moral, y que gracias a la posibilidad de coexistencia de principios y valores políticos y morales, que pueden llegar a contraponerse en un sistema jurídico que no es coherente como intentan sostener diversos autores de la escuela positivista, es que tal pluralidad se puede materializar a través del pacto que hace posible una constitución democrática³²³. En este punto la contradicción de las normas jurídicas del sistema constituiría la base en donde descansa una suerte de reconocimiento jurídico del pluralismo político y moral en una democracia.

La doble dimensión que presentan los principios jurídicos (la primera producto de su estructura jurídica y la segunda como reflejo de la incorporación de principios y valores que incorporan al sistema jurídico) en mi opinión resulta coherente con la tesis que he expuesto en el apartado primero de la presente investigación³²⁴ que nos permite situar a las constituciones contemporáneas como instrumentos que reflejan tanto los niveles de consenso alcanzados

³²² Según Robert Alexy, principios y valores tienden a colisionar. Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales...* *op. cit.*, p. 1507.

³²³ Me parece que de esta manera, sería dudoso, como ha afirmado el Tribunal Constitucional Alemán, que una constitución democrática pueda encarnar un orden objetivo de valores. *Cfr. Ídem.*

³²⁴ *Supra* 1.2. El carácter particular de las normas constitucionales y su relación con la leyes. La incorporación de principios y valores políticos y morales en las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

(tesis del consenso aparente), y quizá con mayor relevancia, la posibilidad de asegurar marcos para la convivencia democrática de concepciones políticas y morales que en algunos puntos pueden resultar contradictorias³²⁵. Sobra decir al respecto, que las expectativas de certeza y legalidad que se predicaron de la ley por parte de la noción tradicional de la seguridad jurídica en este punto se plantean como posibilidades francamente descartadas. Al menos en lo que hace a las disposiciones esencialmente controvertidas que se materializan en los principios jurídicos incorporados a la constitución que de manera frecuente entran en contradicción.

3.2. La crisis del ideal político democrático asociado a la noción tradicional de la seguridad jurídica.

Una de las tensiones que de manera relevante ha aparecido en los últimos años puede ser descrita como aquella que se genera entre constitucionalismo y democracia. A mi juicio, el aspecto más relevante desarrollado al respecto tiene que ver con una idea central: En una democracia constitucional el poder del legislador democrático no es ilimitado, se encuentra subordinado al poder de la judicatura, por lo que ello pone en jaque a uno de los fundamentos más preciados del pensamiento democrático: el principio de la mayoría. Sin embargo, y a pesar de la relevancia contemporánea de este debate, no se trata ahora de comprender los argumentos que se han vertido a favor o en contra del moderno constitucionalismo, sino simplemente de entender en qué medida, este debate pone en tela de juicio a la noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal político- democrático.

He expresado en el apartado anterior que, la noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal político, no se relaciona necesariamente con la crisis de racionalidad que experimenta el proceso legislativo, aunque diversos autores señalen este aspecto como relevante. Según Francisco Laporta, el ideal del proceso legislativo como un proceso racional se encuentra en crisis más que por las dificultades que tenemos para afirmar que la decisión legislativa constituye una decisión racional al extraer de las voluntades particulares los

³²⁵ De acuerdo con Pedro Salazar, el constitucionalismo ha abierto la puerta para que los intérpretes de la Constitución “adopten posiciones discrecionales ante los diferentes conflictos morales que inevitablemente presenta la vida en sociedad y, sobre todo, para que sean ellos los que determinen cuáles son los valores (morales) que deben prevalecer”. Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *El Péndulo inclinado hacia la Constitución. La democracia Constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p.199.

elementos racionales de una única voluntad general y que, como observamos en el apartado segundo de la presente investigación, tal expectativa se encuentra en un franco descrédito. En realidad, la crisis de racionalidad del proceso legislativo se generará por dos razones: Una jurídica y la otra política. La política se relaciona con el enorme descrédito que en los últimos tiempos han experimentado las asambleas parlamentarias, acompañadas de la crisis de los partidos políticos (que velan por intereses sectoriales u oligárquicos), la actuación de los políticos, etc.; La jurídica, por su parte, se expresa en el hecho de que el día de hoy existe una auténtica *selva* de disposiciones jurídicas, muchas de las cuales no se producen en las asambleas legislativas (como las expedidas por las administraciones, o bien las que provienen de tratados del derecho internacional). Estas dos razones generan como consecuencia una pérdida en la importancia de la función reguladora de la ley, y reflejan “su irrelevancia como guía de conducta y de resolución de conflictos”³²⁶»

A pesar de poder estar de acuerdo con Laporta en que efectivamente, en los últimos años, las asambleas parlamentarias y los partidos políticos han sufrido en los últimos tiempos un enorme cuestionamiento democrático y a que también es cierto que en los últimos tiempos se ha cuestionado de manera importante la existencia de una multiplicidad de leyes, o como afirmarí­a Ferrajoli, una inflación legislativa³²⁷, lo cierto es que, la crisis del ideal político de la noción tradicional de la seguridad jurídica en el Estado Constitucional va de la mano, de la crisis del argumento de la mayoría democrática como criterio indispensable para la definición de las decisiones de la sociedad, es decir, del conflicto que surge cuando en una democracia constitucional pensamos en un legislador limitado en algún sentido sobre un conjunto de decisiones fundamentales para la vida democrática por parte de un poder judicial que asume la última palabra de las decisiones relevantes para el Estado.

Considero que quien de manera por demás clara ha descrito las tensiones entre constitucionalismo y democracia ha sido Pedro Salazar³²⁸. Según este autor, las teorías que forman parte del “constitucionalismo fuerte” se caracterizarían por: a) Una concepción axiológica de la constitución preñada de principios cargados de un valor político y moral que son susceptibles de interpretación; b) la idea de que existe un coto vedado que impone la prohibición de modificar total o parcialmente estos principios; y c) la idea según la cual los

³²⁶ Cfr. Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...”, *op. cit.*, p. 324.

³²⁷ Ferrajoli Luigi, *Derecho y Garantías, La ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 17-18.

³²⁸ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia Constitucional...* *op. cit.*

jueces constitucionales son los guardianes en última instancia de la constitución³²⁹. Frente a la defensa de tales elementos teóricos un grupo de autores que defienden lo que podría llamarse una concepción de la democracia que pone en duda los ideales de los constitucionalistas, que en síntesis han sostenido esencialmente un grupo de objeciones a un enfoque fuerte de constitucionalismo, y que esencialmente se relacionan con: a) La existencia de un supuesto valor democrático de una Constitución³³⁰; b) El planteamiento de una contradicción entre el principio de autonomía política y la defensa de un conjunto de derechos fundamentales³³¹; c) La negación de los principios de supremacía y rigidez constitucional³³²; y d) Una crítica al

³²⁹ *Ibidem*, p. 231.

³³⁰ Para ello, se presentan las siguientes objeciones: a) La que niega que sea históricamente cierto que en los países democrático-constitucionales la constitución haya sido aprobada por un poder constituyente democrático; b) la que afirma que una constitución rígida necesariamente nos conduce a una tiranía del pasado sobre el presente; c) las tesis que sostienen alguna concepción de lo que se ha llamado como “un vínculo preventivo” *Ibidem*, p. 233.

³³¹ Para sustentar esta idea, Pedro Salazar recupera dos argumentos: La versión radical de la democracia expuesta por Waldron, quien afirma que la concepción de los derechos como triunfos sobre la mayoría no tiene demasiado sentido, siempre que asumamos una concepción rousseauiana de individuos que no se comportan de manera egoísta, sino que tienen en cuenta el interés general. De esta manera, pensar en los derechos como prohibiciones sobre la mayoría en realidad les convierte en armas que pueden conducir a la “dictadura de las minorías protegidas”. Por lo anterior, para Waldron resulta fundamental vincular los derechos fundamentales al principio de autonomía política. Además, sostendrá que los derechos fundamentales entrañan cuestiones difíciles que motivan enormes desacuerdos entre las personas por lo que es dudoso que estos reflejen un consenso sólido e indiscutible entre quienes integran una sociedad. La otra versión que recupera el Dr. Salazar se refiere a una versión más moderada como la que expone Santiago Nino. De acuerdo con esta última es necesario establecer un equilibrio entre la autonomía política de las y los ciudadanos y la protección de los derechos fundamentales a través de procesos deliberativos. Para Nino, el procedimiento democrático tiene un valor epistémico que el constitucionalismo no tiene, por lo que resulta fundamental que en la búsqueda del equilibrio entre derechos y democracia no se pierda dicho valor. Para él la democracia presenta ante todo un valor deliberativo. *Ibidem*, p. 240.

³³² Aquí de nueva cuenta, Pedro Salazar recupera las teorías de Waldron y Santiago Nino. De esta manera, Waldron al tomar la expresión de las posiciones de Hohfeld, afirmará que la inmunidad constitucional de los derechos equivale a la inhabilitación de los legisladores y en consecuencia de los ciudadanos, lo que refuerza una relación de confianza y desconfianza. Confianza a la obra constitucional y desconfianza a los ciudadanos que actúan a través de sus representantes en el presente. *Cfr.* Waldron, Jeremy, *A rights-Based Critique of Constitutional Rights*, Oxford Journal of Legal Studies, 1993, vol. 13, núm .1, p. 27. De acuerdo con Pedro Salazar, el núcleo compartido entre ambas posturas se relaciona con el valor que ambos autores, Nino y Waldron reconocen al principio de autonomía política. Ello los llevará a rechazar cualquier fórmula que haga relación a un “coto vedado” para el poder legislativo. *Cfr.* Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia Constitucional... op. cit.*, p. 253.

reconocimiento de los jueces como los tomadores de las decisiones del Estado por encima del parlamento³³³.

A mi juicio, el conjunto de argumentos utilizados por los principales críticos del constitucionalismo moderno en lo que Pedro Salazar ha caracterizado como la versión fuerte, podrían claramente ser utilizados para sustentar la defensa del ideal político de la *noción tradicional de la seguridad jurídica*. Ello es así, debido a que como señalé previamente, las expectativas de legalidad y certeza que caracterizan a la noción tradicional encontrarán uno de sus asideros más importantes en la elaboración conceptual misma de la visión dominante del Estado de derecho. Uno de los elementos que de manera más evidente respalda esta visión, como señalamos previamente, se relaciona con la importante fuente de legitimidad que proporciona la idea de la voluntad general que se expresa en una sociedad a través de un parlamento democrático.

La crisis del ideal político del Estado de derecho que se materializa en la tensión entre derechos humanos y democracia, entre autonomía política y restricciones constitucionales al poder de los parlamentos en las democracias constitucionales en realidad genera un efecto reflejo en relación con la crisis que experimentará el ideal político de la noción tradicional de la seguridad jurídica. Ello es así fundamentalmente si tenemos presente que: a) La noción tradicional de la seguridad jurídica fue concebida como uno de los objetivos del Estado de derecho, en la medida que su reivindicación, aseguraba la subordinación de los poderes públicos al contenido de las leyes aprobadas por la voluntad general, lo que permitía pasar del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes; y b) en tanto que uno de los elementos que más se han reivindicado de la noción tradicional se relaciona con la medida en que dicho ideal permite la realización en algún grado del ideal de autonomía política de las personas. Dicho de otra manera, la posibilidad de que las personas desarrollen de manera libre y autónoma sus propios proyectos de vida va de la mano de la medida en que el poder político se encuentre restringido al imperio de las leyes de tal manera que las personas en todo momento puedan prever la consecuencia de sus propios actos.

³³³ Los argumentos que el doctor Salazar recuperará, sobre todo de Waldron, serán que: a) El procedimiento democrático tiene un valor que el control judicial no tiene; b) los jueces empobrecen el debate democrático en la medida que extraen de los ciudadanos el poder de decisión. De Santiago Nino recupera la idea según la cual los jueces constituyen un “órgano aristocrático” cuyas decisiones no cuentan con el valor epistémico que los procesos de deliberación democrática si presentan. *Ibidem*, pp. 254-259.

Por lo anterior, cuando se afirma que el desarrollo del constitucionalismo tiene como uno de sus principales efectos la aparición del problema contra-mayoritario respecto a la actuación de los jueces, en realidad, se apela fundamentalmente al déficit democrático del Estado constitucional³³⁴, que a mi juicio revelará como contrapartida el reflejo de la crisis del ideal político que encarnaba la noción tradicional de la seguridad jurídica es decir, como la ruptura esta suerte de seguridad jurídica como “seguridad democrática”. Precisamente por esto, pensar en un parlamento restringido materialmente por la Constitución y procedimentalmente por los jueces supone establecer una serie de ataduras al principio de las mayorías consistente con la noción de autonomía política que se reivindica como un aspecto fundamental de las concepciones democráticas. En otras palabras, limitar a los parlamentos supone necesariamente potenciar la función de los jueces abriendo enormes espacios para su discrecionalidad y uso ilegítimo de su “poder de disposición “que resulta incompatible con el principio democrático de la separación de poderes y preservación de la voluntad general³³⁵. Potenciar el valor de un grupo de derechos fundamentales que deben ser extraídos de la arena política supone un ataque frontal al principio de autonomía política y debilitar con ello lo que algunas de las concepciones que defienden tales principios democráticos denominarán como el derecho de derechos: el derecho de participación política³³⁶.

³³⁴ Cfr. Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...”, *op. cit.*, 1999, p. 328.

³³⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 48.

³³⁶ De acuerdo con una famosa expresión que Jeremy Waldron recuperara de William Cobbett, el derecho de participación se situaría como el derecho de derechos. El argumento de Waldron es por demás interesante. Lo intento sintetizar a continuación esperando que mi simplificación no desvirtúe la complejidad y profundidad del texto. En realidad se trata de su defensa (ya señalada) sobre el valor del principio de autonomía política de las personas en una sociedad democrática. Al respecto, Waldron ha referido que deberíamos distinguir dos tipos de cuestiones. La relativa a los problemas de una teoría sustantiva de los derechos de los problemas de una teoría de la autoridad. Una teoría sustantiva de los derechos permitirá a los teóricos defender ciertas concepciones relativas a los aspectos sustantivos de tales derechos, pero seguramente no desaparecerá los desacuerdos que existan entre los aspectos esenciales de las distintas teorías. Si un teórico piensa que su teoría en algún punto no resulta adecuada, podrá elegir entre alguna otra teoría de los derechos. En cambio, la elaboración de una teoría de la autoridad, busca responder, con independencia de los desacuerdos que puedan existir entre las diferentes concepciones que enarbolan las distintas teorías sustantivas de los derechos, la pregunta relativa a *quién* debe decidir qué derechos tenemos en una sociedad. Waldron recupera la paradoja de Richard Wollheim, quien reflexiona, de alguna manera, sobre esta cuestión imaginando una máquina que se alimenta con los puntos de vista de los distintos actores de la sociedad y que procesará de manera escrupulosa como resultado final aquella

En suma, el constitucionalismo moderno no supone únicamente un destronamiento de la ley como objeto ideal del modelo propio del Estado legal, pues de manera concomitante asesta un duro golpe a uno de los cimientos más sólidos de dicho paradigma que se ubica en el fundamento de legitimidad del parlamento como portador de una legitimidad democrática de origen y refleja de manera clara la crisis del ideal político que supone la noción tradicional de la seguridad jurídica como consecuencia instrumental del funcionamiento del sistema jurídico.

3.3. Crisis del ideal de la actividad judicial asociado a la noción tradicional de la seguridad jurídica.

Una cuestión que ha generado una buena dosis de reflexiones en los últimos años tiene que ver con la existencia de una serie de cuestionamientos dirigidos en contra de la teoría de la ponderación en el contexto de los problemas de colisiones entre principios jurídicos y una importante defensa sobre el método jurídico tradicional basado en los procesos de interpretación y subsunción. Curiosamente, detrás de este debate podríamos encontrar, con cierta claridad, los elementos que caracterizan la crisis del ideal de la función judicial asociado con la noción tradicional de la seguridad jurídica. Trataré de explicar las dimensiones en que ello se presenta.

Existirían esencialmente una serie de argumentos que permitirían identificar con claridad la crisis que enfrenta la noción tradicional de la seguridad jurídica como ideal vinculado con la actividad judicial en el Estado de derecho, sintetizada como la crisis en la

decisión que tenga mayores adeptos. De esta manera, la paradoja se construye de la siguiente manera: una cosa es que yo, de acuerdo con una teoría completa de la justicia, sostenga que determinada concepción es adecuada, y que por otro lado deba reconocer que una decisión tomada en sentido opuesto, de acuerdo con un procedimiento que reconozco como democrático (la maquina democrática imaginada) deba prevalecer sobre mis propias convicciones. De acuerdo con Waldron, esto en realidad no es una paradoja, sino que se trata de algo normal con lo que (salvo por cuestiones de enorme fortuna) una persona tiene que vivir en una democracia, es decir, en las circunstancias de la política, una persona puede encontrarse obligado de vez en cuando con acuerdos sociales que considera injustos. De esta manera, si asumimos que los derechos generan desacuerdos genuinos en una sociedad, la pregunta respecto a qué derechos tenemos debe ser respondida más bien por un teoría de la autoridad que nos indique quién debe decidir sobre los derechos que tenemos. Ahí es donde el derecho de participación se ubica como un derecho de derechos, en la medida en que solo existirá en la medida en que sean las personas a través de los parlamentos, y no la academia o los jueces, quienes decidan sobre tales cuestiones. *Cfr.* Waldron Jeremy, *Law and Disagreement... op. cit.*, pp. 232-254.

pretensión de objetividad y previsibilidad que razonablemente puede comprometerse en el proceso de interpretación judicial de las leyes, principalmente ocasionada por la imposibilidad de desarrollar una separación entre las dimensiones lingüística y axiológica en la interpretación de las disposiciones constitucionales así como los problemas que refiera a la idea de objetividad la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional en función de la asunción de una perspectiva externa de la interpretación.

Para comprenderlos, es preciso tener presente que de acuerdo con dicha *noción tradicional* la actividad judicial esencialmente se construye desde una perspectiva de racionalidad que permitirá generar importantes espacios de previsibilidad de las decisiones judiciales, al menos en los espacios en donde no se predique la existencia de una zona de penumbra de las disposiciones normativas. Dicho de otro modo, como observamos en el apartado anterior, al reconocerse que las disposiciones normativas presentan una textura abierta, en realidad, la expectativa positivista que se encuentra detrás de dicha concepción parece afirmar que la existencia de casos en donde la aplicación de una norma jurídica es además de cognoscitiva más o menos obvia y objetiva, por lo que ello asegura la existencia de decisiones uniformes de los tribunales orientadas por el contenido de las disposiciones jurídicas positivadas³³⁷, mientras que de manera intersticial la actividad jurisdiccional estaría sometida a cierta discrecionalidad sometida a determinados parámetros.

La pregunta que aparecerá ahora será la siguiente: ¿Hasta dónde podría ser predicada la expectativa de legalidad y certeza (noción tradicional de la seguridad jurídica) en la actividad judicial en el Estado Constitucional, en función de las características particulares que adquiere el sistema jurídico en una democracia constitucional? La respuesta me parece resulta demoledora cuando pensamos en las características particulares que plantean las democracias constitucionales, tal y como pudimos observar en el apartado primero de la presente investigación³³⁸. Advierto que para poder responder a esta pregunta recuperaré algunos elementos del debate que se ha desarrollado sobre algunos de los problemas de la interpretación en el Estado constitucional que han sostenido Luis Prieto Sanchís y Antonio García Amado, terciados por Carlos Bernal Pulido, así como algunos de los argumentos expuestos por Luigi Ferrajoli que cuestionan el método de ponderación, por lo que varias de las ideas que se utilizarán serán extraídas de dicho debate, que sin duda resulta esclarecedor de

³³⁷ *Supra.* 239. Hart. H. L. A., Post scriptum al concepto de derecho, *op. cit.*, p. 54.

³³⁸ *Supra.* 1.2. El carácter particular de las normas constitucionales y su relación con las leyes.

muchas de las preocupaciones que en este terreno se han desarrollado en los últimos años.

1.3.1. Crisis en la pretensión de objetividad y previsibilidad del proceso de interpretación judicial de la Constitución

Tengo en la mente la imagen que nos proporciona H. L. A. Hart en relación con la expectativa convencional de las y los jueces, en donde éste actúa como un declarante del derecho imparcial, erudito, objetivo y experimentado³³⁹ y que se distingue claramente del legislador en la medida que este último confecciona y produce las leyes que el primero simplemente aplica. Creo que la imagen anteriormente descrita permite apreciar algunas de las características más relevantes que se han planteado sobre el papel de la judicatura en el Estado de derecho, y que de alguna manera son indivisibles de los elementos relativos a la *noción tradicional de la seguridad jurídica* como ideales tanto legislativo como político que he apuntado anteriormente, y por supuesto, de los factores que ocasionan la crisis de tales ideales. Por supuesto, el ideal de la función judicial en el Estado de derecho, basado en una concepción de los jueces como la presentada por Hart también se encuentra en crisis como una consecuencia de lo anterior.

Pienso que los ideales de objetividad y previsibilidad-certeza en la función judicial se encuentran directamente relacionados con dos ideas: a) La de la posibilidad de establecer parámetros claros en la aplicación de la ley a partir de la confianza en una metodología de interpretación sujeta a las reglas objetivas del lenguaje y; b) La de la distinción entre creación y aplicación del derecho, en donde el elemento que se encontrará fuertemente en disputa se relaciona con los problemas ocasionados por la aplicación del método de ponderación frente a los mecanismos tradicionales del pensamiento jurídico como lo son la interpretación y la subsunción. Tales aspectos, se encuentran relacionados por un lado con la complejidad del objeto de interpretación que resultan ser los textos constitucionales, pero por el otro, con un conjunto de problemas relacionados con los procesos mismos, que implica la interpretación constitucional contemporánea. Empezaré por los primeros, vinculados con el objeto de interpretación al tiempo que se relacionan con las crisis apuntadas en los apartados que se acaban de exponer.

En efecto, una premisa esencial que parecería encontrarse detrás de la expectativa de

³³⁹ *Supra* 225. Cfr. Hart, Herbert L. A., “Una mirada inglesa...”, *op. cit.*, pp. 330.

objetividad en los procesos de interpretación judicial se relaciona con la posibilidad de contar con un conjunto de parámetros que permitan entonces que la aplicación de las y los jueces del derecho existente a través de sus decisiones interpretativas se desarrolle de manera más o menos clara y precisa, de forma que el ideal de previsibilidad de tales decisiones constituya algo realizable en la práctica. Sin embargo, como hemos podido observar al analizar la crisis del ideal legislativo de la noción tradicional de la seguridad jurídica, tales parámetros de objetividad se ven seriamente afectados en virtud de las características particulares que envuelven a las disposiciones constitucionales.

Como podemos recordar, las constituciones modernas han incorporado una doble dosis de dificultad a la expectativa de objetividad que se predica de la interpretación judicial, y que pudimos analizar al estudiar las características particulares de las normas jurídicas que se encuentran contenidas en las cláusulas constitucionales. La primera de carácter propiamente lingüístico, si se me permite la expresión, y que se relaciona con las características estructurales de las disposiciones jurídicas conocidas como principios jurídicos; la segunda, enmarcada en la incorporación en la constitución o positivación de principios y valores políticos y morales, a través de las que, siguiendo a Víctor Ferreres y Jeremy Waldron, se han identificado como *disposiciones esencialmente controvertidas*³⁴⁰.

Asimismo, resulta evidente que los procesos de interpretación constitucional no pueden ser ajenos a las complejidades estructurales que pueden ser advertidas en el objeto de la interpretación, por lo que una consecuencia paralela a los problemas en la construcción del objeto de interpretación, que en este caso sería la constitución misma, en el caso directo de la interpretación judicial en el Estado constitucional será la imposibilidad de reivindicar una suerte de objetividad como condición esencial de la función de las y los jueces que únicamente se encargarían de materializar un contenido que se deduce del contenido de las reglas jurídicas y que no admite demasiadas resistencias para ser aceptado al constituirse solo como aplicación de las reglas creadas por quienes detentan la voluntad general. Creación y aplicación del derecho claramente delimitados que permiten construir parámetros de objetividad en la función judicial requieren de un Estado con funciones claramente delimitadas y encomendadas de manera específica a determinados actores (legisladores y jueces respectivamente) bajo la premisa de la separación de poderes para posibilitar una expectativa de objetividad de quienes tienen la función de aplicar el derecho existente que se ha producido por quien tiene

³⁴⁰ *Supra*. La crisis del ideal legislativo asociado con la noción tradicional de la seguridad jurídica.

competencia para ello.

Otro rasgo que se ha cuestionado sobre la objetividad en los procesos de interpretación judicial de la constitución vinculados con la complejidad del objeto de interpretación se relaciona con las posibilidades de previsibilidad de una decisión judicial cuando se afirma que “las normas constitucionales se encuentran sujetas a un sistema de jerarquía móvil”³⁴¹ en donde no resulta posible advertir una validez definitiva de los principios constitucionales debido a que las relaciones de colisión con otros principios constitucionales puede variar de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso o situación. Resulta particularmente difícil, sobre todo para diversos autores que suscriben los ideales del positivismo jurídico, aceptar la idea según la cual existan normas que no posean una validez definitiva, en los términos que el concepto de validez es empleado y requerido por las tesis positivistas como presupuesto fundamental de toda norma jurídica del sistema. Esta problemática será abordada más adelante al analizar los problemas de adoptar una teoría interna o externa de la interpretación, pero sirva lo antes expuesto para resaltar que tal situación ocasiona problemas en la expectativa de objetividad de la interpretación judicial.

Tales aspectos vinculados a la complejidad del objeto de la interpretación, que en el paradigma constitucional es la constitución misma, desde luego han minado la expectativa de objetividad, sin embargo, me parece que existen otros problemas directamente asociados con los procesos de interpretación que terminan por socavar la expectativa racionalista de la previsibilidad y certeza de la decisión judicial característica del ideal jurisdiccional que encarna la noción tradicional de la seguridad jurídica. Me detendré en ellos a continuación.

- a) *La imposibilidad de desarrollar una separación entre las dimensiones lingüística y axiológica en la interpretación de las disposiciones constitucionales.*

Uno de los aspectos que permiten reconocer la crisis del ideal judicial asociado con la noción tradicional de la seguridad jurídica se relaciona con el problema de los límites de las posibilidades de racionalidad que se predicen de los procesos de interpretación judicial de la constitución. En efecto, una de las premisas fundamentales que parecería encontrarse detrás de la expectativa de certeza en la aplicación judicial de las decisiones adoptadas por las y los jueces en el Estado constitucional se vincula con las posibilidades mismas que se predicen del

³⁴¹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 220.

lenguaje en general, y desde luego del lenguaje de las normas en particular. Esto parecería suponer que detrás de la justificación racional de los procesos de interpretación jurídica existe algo que podríamos denominar como una concepción puramente lingüística de la interpretación en oposición a una concepción que incluya también aspectos de carácter axiológico³⁴².

A mi parecer, uno de los principales problemas a los que se enfrenta el enfoque positivista frente a las características particulares de las constituciones modernas³⁴³, se sitúa justamente en las posibilidades reales de mantener una separación entre las dimensiones lingüística y axiológica en la interpretación de las disposiciones constitucionales, tal y como ha referido Carlos Bernal Pulido³⁴⁴. Esta separación parece advertirse en la expectativa de encontrar en los textos legales significados determinados o determinables a partir de operaciones racionales que se basen exclusivamente en las posibilidades y límites de la semántica de los enunciados constitucionales y que funcionen de manera autónoma e independiente de las reivindicaciones políticas o morales que se hallen en tales enunciados³⁴⁵.

De igual modo, cuando se plantea el problema de la indeterminación de los textos

³⁴² En la discusión con autores constitucionalistas, Antonio García Amado ha dejado claro la importancia de distinguir entre una visión lingüística que podría ser considerada como un “control de mínimos” en donde debería garantizarse que en Estado constitucional no se hagan eficaces solo aquellas normas que manifiestamente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales. Esta visión de mínimos se opone a una visión de máximos que el propio García Amado adjudica al constitucionalismo en donde se declaran inválidas aquellas normas que no resulten coherentes con una demanda axiológica de la propia constitución. *Cfr.* García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos...”, *op. cit.*, p. 240.

³⁴³ Aquí las características particulares asociadas a las normas constitucionales constituyen un aspecto relevante a tomar en consideración. Para Giorgio Pino, si asumimos que las Constituciones reconocen entre otros aspectos un espacio que incorpora el pluralismo ético y político de la sociedad, el carácter indeterminado de las cláusulas constitucionales es precisamente su mejor garantía de la conservación en el tiempo de la autoridad y normatividad del texto constitucional. *Cfr.* Pino, Giorgio, “Principios, ponderación...”, *op. cit.*, p.217.

³⁴⁴ “La concepción lingüística de la constitución no puede separarse de la dimensión axiológica que tiene el significado de las disposiciones sobre derechos fundamentales.” *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...” *op. cit.*, p. 238.

³⁴⁵ Como sostiene García Amado: “Para el positivista lo único tangible con que medir si el juez atiende a la Constitución, la complementa legítimamente o la enmienda subrepticamente es el texto constitucional con lo que tiene de determinado y lo que deja indeterminado.” García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos...”, *op. cit.*, p. 243.

constitucionales, para muchos juristas positivistas parecería advertirse una problemática exclusivamente relacionada con los límites del lenguaje. De manera que, frente a la indeterminación lingüística de las disposiciones normativas, un jurista positivista no tendría problemas en reconocer la necesidad de actuación discrecional de los jueces para resolver esta problemática, pero no concedería la posibilidad de que se acudiera a procesos de argumentación en los niveles del discurso político o moral para resolver o determinar la solución del caso. Esto revela una pretensión de separación de las dimensiones lingüística por un lado y axiológica por el otro, como si se trataran de aspectos independientes. Una manera interesante de plantear esta cuestión ha sido la expuesta por Giorgio Pino, quien la identifica como el argumento del Rey Midas, en donde bastaría afirmar que cuando ciertos principios morales “se convierten en jurídicos a causa del reconocimiento ocurrido por un acto normativo” y por esta simple razón pierden su contenido moral y por tanto su interpretación jurídica debe evitar recurrir a cualquier clase de argumentación moral³⁴⁶. De acuerdo con esta idea, si bien es cierto que cuando los principios morales han entrado a formar parte del derecho su aplicación se encuentra, de cierto modo, condicionada por “las técnicas, argumentos, razones específicamente jurídicas (por ejemplo, el respecto de los precedentes, la recurrencia a analogías consolidadas, o la presencia de límites y excepciones expresas, textualmente formuladas, al campo de aplicación de aquel principio moral” sin embargo, de acuerdo con este autor “esto no quita que la comprensión del contenido de aquel principio, y su aplicación, sea siempre mediada por formas de razonamiento moral, contaminadas por consideraciones jurídicas.³⁴⁷

Desde luego, una concepción fuerte de constitucionalismo, como la descrita por Pedro Salazar anteriormente³⁴⁸, reconocería la relevancia de reconocer ambas dimensiones de la interpretación, precisamente como una de las características particulares que envolvería la interpretación constitucional, en la medida en que sus disposiciones, como hemos apuntado, poseen una serie de características particulares.

Igualmente, la interpretación de la constitución de acuerdo con el enfoque de diversos

³⁴⁶ Cfr. Pino, Giorgio, “Principios, ponderación...”, *op. cit.*, p.227

³⁴⁷ Cfr. Pino, Giorgio, “Principios, ponderación...”, *op. cit.*, p.227

³⁴⁸ *Supra* 296 a 300. Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia Constitucional... op. cit.*, pp. 231-259.

autores que defienden alguna forma del constitucionalismo sea positivista o no,³⁴⁹ no prescindiría del componente lingüístico de la Constitución para asumir el contenido constitucional como una entidad de carácter pre-lingüística como ha acusado, por ejemplo Antonio García Amado. De acuerdo con este autor, las diferentes versiones del constitucionalismo no positivista, en realidad, podrían sintetizarse en lo que denomina como “neoconstitucionalismo” la cuál sería una versión monolítica que correspondería a la visión de Ronald Dworkin sobre la existencia de principios jurídicos implícitos que determinan la necesidad de encontrar una única solución correcta, por lo que dicho neoconstitucionalismo de manera indefectible asumiría una posición muy parecida a este modelo, en que la tarea de los jueces es simplemente una tarea cognoscitiva y en donde el contenido axiológico de los principios identificados prescindiría por completo de la dimensión lingüística³⁵⁰.

Por el contrario, me parece que quien de manera sumamente clara ha expuesto la necesidad de reconocer que la interpretación constitucional necesariamente vincula tanto la dimensión lingüística como la axiológica es Carlos Bernal Pulido. De acuerdo con este autor existen algunas notas que deberían ser observadas para comprender la manera en que se desarrolla la interpretación constitucional en este punto. Intentaré sintetizar las más importantes para luego tratar de comprender la manera en que las mismas impactarán en la crisis del ideal asociado con la función judicial que encarna la noción tradicional de la seguridad jurídica.

³⁴⁹ Por ejemplo Robert Alexy, Luis Prieto Sanchís, o Carlos Bernal Pulido. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...”, *op. cit.*, pp. 238 y 265.

³⁵⁰ De acuerdo con García Amado: “El neoconstitucionalismo podría sintetizarse, en lo que aquí ahora importa, en las siguientes tesis: a) El contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de lo que sus términos significan. b) Consiguientemente, la indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos, pese a su imprecisión lingüística. c) [...] sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados. d) Los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo [...] e) Consiguientemente, tanto el legislador como, principalmente, los jueces tienen acceso al conocimiento de esos contenidos prelingüísticos que componen la Constitución material o axiológica, y lo tienen con suficiente amplitud como para poder determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos. f) Este entramado doctrinal neoconstitucionalista tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentarios y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura”. *Cfr.* García Amado, Juan Antonio, “Derechos y pretextos...”, *op. cit.*, p. 240.

En primer término, los derechos fundamentales tienen su origen en la moral crítica de la sociedad³⁵¹. Nadie podría cuestionar que los derechos fundamentales “representan una institucionalización en el derecho positivo de los valores de la teleología o de los derechos humanos que aparecen en la moral”, de manera que tales derechos correspondieron a aspectos de una moral crítica que se estableció de manera precedente a su proceso de institucionalización, por lo que antes de aparecer en los textos legales tenían ya un significado en el discurso práctico³⁵².

En segundo lugar, en realidad resulta un sinsentido intentar separar las concepciones lingüísticas de la constitución con su dimensión axiológica, ya que como afirma el propio Bernal Pulido, “lo que se persigue es suprimir el significado de los signos lingüísticos y al mismo tiempo querer que esos signos lingüísticos sigan teniendo significado”³⁵³. El planteamiento de nuestro autor en este punto es contundente. ¿Cómo podríamos entonces encontrar el significado de los derechos fundamentales como dignidad, libertad de conciencia, igualdad “si no es en los ámbitos de la moral crítica, la axiología o el discurso práctico general?”. Me parece que no podemos más que coincidir con Carlos Bernal cuando se pregunta si es posible encontrar el significado de disposiciones como las que acabamos de referir, sólo apelando “a reglas lingüísticas objetivas que describen su uso en una comunidad de hablantes separadas de todo perfil axiológico o valorativo”³⁵⁴, en virtud de que como acabamos de explicar parecería un sinsentido negar que el origen de muchos de los principios constitucionales puede ser rastreado en el ámbito de la política o la moral críticas.

³⁵¹ De acuerdo con Luis Prieto Sanchís: “Uno de los argumentos que cuestiona el viejo dogma positivista de la separación entre la moral y el derecho se refiere a la idea de que los principios son “el punto de conexión entre Derecho y moral, los vehículos que permitirían definir el Derecho como un sistema normativo de base moral, generador, por tanto, de una obligación de obediencia”. Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios... op. cit.*, p. 66. Cfr. Por otra parte, Juan Antonio Cruz Parceró ha referido que “entender los derechos fundamentales y los derechos humanos como derechos morales ha forzado a la teoría constitucional contemporánea a volver sobre discusiones morales que había abandonado como resultado de una larga tradición positivista y voluntarista. Desde esa nueva perspectiva, las discusiones constitucionales sobre derechos fundamentales no pueden ser ajenas al discurso de la justificación moral ya que los principios protegidos por los derechos fundamentales son básicamente morales.” Cfr. Cruz Parceró, Juan Antonio, “Derechos morales, concepto y relevancia”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15, octubre de 2001, p.77.

³⁵² Cfr. Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...”, *op. cit.*, pp. 302 y 303.

³⁵³ *Ibidem*, p. 303.

³⁵⁴ *Ídem*.

En tercer lugar, podría afirmarse que negar la inclusión de los componentes axiológico o valorativos que se encuentran contenidos en una amplia gama de principios constitucionales, particularmente los que contienen alguna disposición de derechos fundamentales, resulta de alguna manera, una suerte de resistencia a una realidad que parece irreversible y que, como sostiene Bernal Pulido, representa la característica más importante del constitucionalismo contemporáneo³⁵⁵.

Me parece que detrás de la pretensión de separar las dimensiones lingüística y axiológica de la interpretación constitucional, de nueva cuenta aparece como telón de fondo, el imaginario de la noción tradicional de la seguridad jurídica. Si pensamos que los procesos de interpretación deben ser objetivos y racionales, la incorporación irremediable de la dimensión axiológica, con todas las implicaciones de reconocer un estatus jurídico al discurso práctico, constituye una amenaza directa a los valores de legalidad y certeza que se habían constituido en una promesa en el ideario del pensamiento positivista³⁵⁶. Me resulta sumamente interesante por ello advertir que detrás de la intención de separar tales ámbitos de la interpretación jurídica, existe entre otros temores, el de abandonar los cimientos que justificarían la posibilidad de decisiones previsibles, dictadas de manera objetiva y racional atendiendo a las posibilidades semánticas de los textos legales. Como hemos visto, tal pretensión parece esfumarse por

³⁵⁵ Tal y como lo expresa el propio Carlos Bernal Pulido. “Dicho en otras palabras podría defenderse que, dado que el significado de estos conceptos es indeterminado, debe concluirse que entonces nada significan.” El problema de abanderar hoy en día una tesis semejante radicaría en que implicaría rechazar la característica principal del Estado constitucional democrático, es decir, la defensa de los derechos fundamentales incluso frente al poder legislativo. *Ibidem*, p. 304.

³⁵⁶ Quizá este no sea el único argumento asociado con la intención de separar los planos lingüístico y axiológico de la interpretación jurídica. Aquí cabría también otra objeción del positivismo, y que no remite a otra cosa que a la tesis de la separación entre derecho y moral. Bajo esta perspectiva, quizá expuesta de manera interesante por Ferrajoli, se sostendrá que la apelación a una dimensión axiológica de la interpretación en el fondo constituye un intento por reivindicar una suerte de congoscitivismo moral objetivo. Con este argumento, lo que se intenta es mantener “como punto de vista autónomo del Derecho y sobre el derecho”, el punto de vista externo él de la moral y la política, que la visión crítica de cada uno de nosotros. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 32.

Tengo la impresión, de que esta perspectiva de cierta forma, sostiene que no es posible desarrollar un proceso de argumentación práctica sin apelar a una suerte de congoscitivismo moral objetivista, aspecto que sin duda debería ser debatido con mayor profundidad, ya que no parece ser que siempre que se apele a una argumentación moral se tenga por este solo hecho que recurrir a una moral de tipo objetiva.

completo debido, entre otros factores, a las características particulares de las constituciones modernas, así como a la naturaleza particular de la función judicial en las democracias constitucionales.

- b) *El dilema del empleo del método tradicional de la subsunción e interpretación frente a los modelos basados en el principio de proporcionalidad (ponderación y argumentación).*

La pretendida objetividad, así como la posibilidad de asegurar decisiones previsibles en la interpretación judicial en el marco del denominado Estado de derecho, se ha relacionado, dentro del pensamiento positivista con la posibilidad de utilizar los métodos de interpretación basados en el método tradicional basado esencialmente en el empleo de dos herramientas: la interpretación y la subsunción.

En adición a lo anterior, en el marco de la evolución de las teorías constitucionalistas, se han desarrollado un sinnúmero de críticas a la idea, según la cual los métodos de interpretación y subsunción no resultan ser adecuados para resolver las colisiones entre principios jurídicos y que por ello resulta necesario incorporar una herramienta particular para hacer frente a los conflictos entre las normas jurídicas del tipo particular de éstos últimos, denominada: la ponderación entre principios jurídicos³⁵⁷. Entre las objeciones que se han formulado a la teoría de la ponderación de principios, que pueden tener relación con la defensa de la noción tradicional de la seguridad jurídica, me parece importante destacar dos de ellas, que incluso tienen relación con el debate que pretende justificar que toda controversia judicial, puede ser resuelta a través del método tradicional, prescindiendo de un ejercicio ponderativo. Me refiero a las tesis que ubican la interpretación constitucional de los derechos fundamentales desde una teoría interna frente a la posibilidad de desarrollar para ello una teoría externa, así como aquellas tesis que niegan la racionalidad de la ponderación como un ejercicio objetivo. Ambas nociones, defienden de alguna manera la expectativa de racionalidad que requiere la

³⁵⁷ Al respecto, Robert Alexy refiere que: “Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la realización de la normas de derecho fundamental depende del principio opuesto”. *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos... op. cit.*, p. 112.

noción tradicional de la seguridad jurídica como un ideal de tipo jurisdiccional³⁵⁸.

La interpretación constitucional de los derechos fundamentales como teoría externa de la interpretación.

En un importante texto, Carlos Bernal Pulido explica las bases para comprender la diferencia entre las teorías internas y externas³⁵⁹, y así poder entender con mayor precisión cuáles serían los obstáculos de las primeras para aceptar la utilización del principio de proporcionalidad como base de la teoría de la ponderación.

De acuerdo con Bernal Pulido, las teorías internas serían aquellas en donde los derechos fundamentales conocerían como únicos límites aquellos contornos “de la sustancia a la que aluden las disposiciones que los tipifican”, es decir, las reglas de derechos fundamentales encuentran los límites que las posibilidades semánticas de los enunciados que los contienen permitan a las y los operadores jurídicos³⁶⁰.

Las teorías internas han sido objeto de un interesante análisis en la obra de Bernal Pulido³⁶¹, y de acuerdo con nuestro autor coinciden en establecer una fuerte crítica a la aplicación de los derechos fundamentales mediante “la aplicación del principio de proporcionalidad” y en su lugar, propone la utilización de una metodología tradicional basada en la interpretación y subsunción³⁶².

Si bien es cierto que tanto las teorías internas como las externas tienen una importante cantidad de coincidencias (ambas distinguen en la distinción entre texto y norma; una concepción lingüística de la constitución; la determinación de disposiciones de derecho fundamental mediante un análisis lingüístico de tipo interpretativo) será justo la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad el elemento distintivo entre ambos tipos de

³⁵⁸ Quizá a esto se refiera Luis Prieto Sanchís cuando afirma que: “Dentro del Estado constitucional es frecuente encontrarse problemas de conflicto normativo en donde para solucionarlos “se requiere un ejercicio más complicado donde, a la vista de las circunstancias del caso, se otorgará preferencia a uno u otro de los criterios en conflicto, sin que ello implique necesariamente que en otro caso futuro la solución haya de ser la misma” Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios...* *op. cit.*, p. 39.

³⁵⁹ *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...* *op. cit.*, pp. 509-619.

³⁶⁰ *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...”, *op. cit.*, p. 306.

³⁶¹ *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad...* *op. cit.*, pp. 564-594.

³⁶² *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...”, *op. cit.*, p. 308.

formulaciones normativas. Las teorías internas prescindirán por completo de este principio y considerarán que distorsiona el procedimiento interpretativo³⁶³.

Tengo la impresión de que la razón fundamental para tal desacuerdo descansa sobre una determinación estructural asociada con las concepciones que cada teoría tiene del concepto de norma jurídica, así como del papel del Estado y la persona. Considero que la existencia de una teoría externa sobre la interpretación de los derechos establecería reivindicaciones en al menos dos sentidos: uno político y uno jurídico. Desde el ámbito de lo jurídico debemos recordar que, de hecho, uno de los aspectos más interesantes del constitucionalismo de los derechos se relaciona con el reconocimiento de la distinción cualitativa entre reglas y principios³⁶⁴. El reconocimiento de tal distinción como una cuestión estructural y no simplemente de grado (como un cierto grupo de juristas han señalado³⁶⁵), resulta determinante al momento de establecer una explicación de la manera en que las mismas pueden entrar en colisión o conflicto unas con otras y no solo del comportamiento de éstas en el sistema jurídico.

Tal como advertí anteriormente en este estudio³⁶⁶ una concepción que determina el carácter cualitativo de la distinción entre reglas y principios tiene la virtud de reflejar en el contexto de la aplicación del texto fundamental del Estado la coexistencia normativa de posiciones jurídicas que pueden resultar antagónicas en virtud de su validez *prima facie* (por ejemplo la colisión entre libertad de expresión y derecho al honor, o el derecho colectivo a la preservación de la lengua y la autonomía de voluntad de una persona) y una vez sometidas a un proceso de análisis bajo el principio de proporcionalidad, podrían alcanzar una validez

³⁶³ *Ídem*. Pero adicionalmente Luigi Ferrajoli afirmará que “la idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, lo que es peor, que pueden ser ponderados con principios morales inventados por los jueces, genera evidentemente un peligro para la independencia de la jurisdicción y su legitimación política.” *Cfr.* Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 44.

³⁶⁴ *Supra* 88. *Cfr.* Alexy Robert, *Teoría de los derechos... op. cit.*, p. 82.

³⁶⁵ *Supra* 95 y 285. Entre ellos, José Juan Moreso. Alchurrón, y Bulygin, Frederick Shauer y Víctor Ferreres. Además, Alexy referirá la objeción expuesta por Günther, ya que de acuerdo con dicho autor, no existiría un diferente modo de tratamiento entre tales normas. *Cfr.* Alexy, Robert, *Tres Escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. II. Cuatro objeciones. Posición 881 de 2280. Libro electrónico.

³⁶⁶ *Supra*. Capítulo 1.2.1. La constitucionalización del ordenamiento. Reconocimiento en la cúspide del sistema de normas constitucionales que informan a todo el sistema jurídico. La incorporación de principios y valores políticos y morales en las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

definitiva en función de asegurar una adecuada protección a los derechos en conflicto. Negar la validez *prima facie* de los principios jurídicos, como sustentarían las teorías internas, equivale a negar la posibilidad de coexistencia de principios y valores políticos y morales contrapuestos propios de una sociedad democrática, y asumir que la validez y alcance de las normas jurídicas se encuentra dada de antemano³⁶⁷. En pocas palabras, es el legislador (el Estado) quien determina, en función del alcance semántico de una norma, las restricciones dadas al contenido de un derecho. Precisamente por esto, me parece que la perspectiva de una teoría externa compatible con la distinción cualitativa entre reglas y principios da cuenta de mejor manera del funcionamiento jurídico complejo que se encuentra dado por las disposiciones sobre derechos fundamentales.

Por otra parte, esta distinción cualitativa entre reglas y principios tiene también un impacto determinante en una dimensión política que explicaría las relaciones entre el Estado y la personas. Las posibilidades que proporciona una teoría externa de la interpretación jurídica de los derechos fundamentales materializa una de las exigencias y constataciones que hemos venido analizando sobre las constituciones modernas. Me refiero a la idea según la cual las constituciones modernas serían en el reflejo, tanto de los acuerdos como de los desacuerdos básicos (teoría del consenso aparente que he esbozado en las páginas iniciales de este estudio), de una sociedad³⁶⁸, por lo que la existencia de una teoría externa podría dar cuenta de ello en dos sentidos.

El primero sería que una teoría externa reconocería, como sostiene Bernal Pulido, el reflejo de una concepción liberal que asume como base de su desarrollo la existencia de las libertades negativas de la persona. Dicho de otro modo, una teoría externa reconocería que las interferencias a la libertad de las personas, no pueden ser determinadas *a priori* por la ley del Estado, sino que deben ser el producto de una decisión que interfiera en la menor medida de lo posible en tales libertades³⁶⁹. Las teorías internas se basan en aquello que Borowsky ha determinado como un sistema de libertades positivas, en donde se asumirá que las personas

³⁶⁷ *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...”, *op. cit.*, pp. 310 y 311.

³⁶⁸ *Supra* Capítulo 1. La incorporación de principios y valores políticos y morales en las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

³⁶⁹ Esto no significaría el reconocimiento a un “absolutismo de la libertad”, en la medida que el valor *prima facie* de los derechos fundamentales, permitiría su limitación en razón de intereses, fines o bienes colectivos. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad... op. cit.*, p. 600.

tienen las libertades que la comunidad, a través del Estado decidan otorgarles, por lo que lo razonable y necesario respecto a esa libertad no lo define la persona, sino que se sustenta desde una suerte de beneficio colectivo³⁷⁰.

La segunda razón, estaría dada en función del ideal de pluralidad política y moral de una sociedad; es decir, en la medida en que los principios políticos y morales en que se encuentran sustentados los derechos fundamentales constituyen la expresión más clara de dicha pluralidad, los mismos reivindicarían *prima facie* la mayor libertad posible para desarrollar un proyecto de vida que debería ser objeto de igual consideración y respeto por parte del Estado, y que solo podría ser restringido de manera proporcional cuando la protección de algún aspecto fundamental que se estime más relevante, a ser protegido en razón de la afectación de alguna clase de derechos lo justifique. De esta manera, no solo el ideal de autonomía política se encuentra cubierto por una teoría de interpretación externa, coherente con el principio de proporcionalidad, sino que también la existencia de un pluralismo político y moral se encontrarían protegidos por dicha concepción.

Estas circunstancias generan problemas importantes a las concepciones positivistas que observan en la existencia de una teoría interna de la interpretación, un camino para la preservación del ideal asociado con la función judicial de la noción tradicional de la seguridad jurídica, en la medida que el alcance semántico de las reglas en función de la voluntad del Estado determinan de antemano la existencia del contenido material de la ley, inamovible y con significados que, se asume, podrían razonablemente ser conocidos de antemano por las personas y las y los jueces, lo que aseguraría en este imaginario la posibilidad de contar con marcos de previsibilidad en las decisiones judiciales que resultan necesarios para dicha concepción. Estas pueden ser algunas de las razones por las cuáles las visiones del positivismo jurídico en voz de algunos de los autores antes referidos mantendrán su oposición a la existencia de una teoría basada en el principio de proporcionalidad, en donde son los derechos y libertades de las personas las que determinan los límites de la legislación y no la voluntad del Estado la que alcanza tal objetivo.

³⁷⁰ *Ibidem*, pp. 600 y 601.

La ponderación no puede ser considerada como un ejercicio racional basado en una lógica de carácter objetivo

En repetidas ocasiones, Robert Alexy ha tenido que responder a una serie de autores que han objetado la racionalidad y objetividad del proceso mediante el cuál se desarrolla el juicio de ponderación en los contextos de colisión de los derechos³⁷¹.

Una de las críticas más importante sobre este particular³⁷², ha sido planteada por Jürgen Habermas. De acuerdo con este autor, junto al *reblandecimiento* del sistema jurídico ocasionado por la idea del cumplimiento gradual que imponen los principios jurídicos, así como por la idea de una validez *prima facie* de éstos, el juicio de ponderación establece “el peligro de los juicios irracionales, en virtud de que la ponderación constituiría un procedimiento arbitrario e irreflexivo, aspectos que afectarían la objetividad de una decisión judicial³⁷³”.

Esta crítica al procedimiento de ponderación como método para la interpretación de los principios jurídicos que se encuentran en los textos constitucionales, esencialmente los referidos a derechos fundamentales, tiene como contrapartida una defensa a las metodologías tradicionales utilizadas en los procesos de aplicación de las normas jurídicas, me refiero a la interpretación-subsunción. Me parece que la crítica presentada por Habermas podría ser respondida a través de dos argumentos: a) El primero, en donde se sometería el método de la ponderación a una suerte de exigencia híper-racional; y b) el segundo, en función de reconocer el déficit del procedimiento subsuntivo como herramienta para resolver los problemas complejos de colisiones entre normas de derechos fundamentales.

³⁷¹ Cfr. Alexy, Robert, *Tres Escritos... op. cit.*

Cfr. Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales... op. cit.*, pp. 1511-1519.

³⁷² Este sin duda constituye un tema sumamente polémico. No debemos olvidar que, por ejemplo, la concepción de un positivismo garantista expuesta por Ferrajoli ha cuestionado a la ponderación, tal y como la entiende Alexy, por constituir una forma de razonamiento que debilita el papel cognoscitivista que deberían asumir a su juicio las y los juzgadores, y que según Ferrajoli ocasiona el peligro de impulsar una visión activista en quienes tienen a su cargo la función de juzgar un caso, así como por debilitar el papel normativo de la constitución. En este punto las objeciones que plantea Habermas se presentan en un sentido similar. Para Ferrajoli, la ponderación “ha acabado por convertirse en una burbuja terminológica inflada enormemente hasta designar formas más desenvueltas de vaciamiento y de inaplicación de las normas constitucionales, tanto en el plano legislativo como en el jurisdiccional. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, pp. 44 y 45.

³⁷³ Cfr. Alexy, Robert, *Tres Escritos... op. cit.*

Cfr. Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales... op. cit.*, pp. 1511- 1508.

Empecemos por el argumento de la hiper-racionalización. En el fondo el argumento de Habermas se acusa la imposibilidad material del método de la ponderación para producir soluciones precisas en relación con los problemas que intenta resolver, lo cual supone una pérdida de objetividad y que las decisiones de las y los jueces tengan importantes espacios de subjetividad. Esta objeción ha sido contestada en principio por el propio Robert Alexy quien afirmará que el procedimiento seguido al desarrollar el test de proporcionalidad, no es en absoluto “irracional” en tanto que siempre que se restringe un derecho, el análisis de proporcionalidad exige que tal restricción sea justificada a través de juicios, los cuáles mantienen una pretensión de exactitud en la medida en que se apoyan en una serie de razones para calificar si la interferencia es leve, moderada o grave. Incluso el propio Alexy sostiene que los “argumentos son la expresión pública de la reflexión” aspecto que revela el carácter obligacional de la motivación que deben cumplir las y los jueces al momento de decidir la restricción de un derecho frente a algún otro principio³⁷⁴.

Además, será Bernal Pulido quien complementará este argumento en función de la idea de la *hiper-racionalidad* lo cual significa que el cuestionamiento al principio de proporcionalidad, en que la ponderación es uno de los componentes, en realidad no reconoce que la racionalidad tiene límites y someter a algún procedimiento, sea cuál sea, a una evaluación que desconozca tales límites en realidad constituye una postura irracional³⁷⁵. En otras palabras, la hiper-racionalidad constituye una exigencia irracional³⁷⁶. De acuerdo con nuestro autor, sería correcto afirmar que la ponderación no permite alcanzar una perfecta objetividad en las decisiones que sustenta, sobre todo si pensamos que la “perfecta objetividad” es un ideal que no puede ser alcanzado en ningún contexto normativo, “y mucho menos en un ámbito como el de los principios, tan estrechamente vinculado con ideologías³⁷⁷. Esto no significa que la ponderación sea un procedimiento arbitrario e irreflexivo como sostiene Habermas, significa que los niveles de objetividad que puede permitir, no eliminarían la subjetividad de los jueces en algún

³⁷⁴ Cfr. Alexy, Robert, *Tres Escritos... op. cit.*

Cfr. Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales... op. cit.*, pp. 1511- 1513.

³⁷⁵ Así, “La justificación racional representa una condición de validez, pero sobre todo, de legitimidad de las decisiones. Es una condición de validez por cuanto la motivación es hoy una exigencia constitucional, acentuada en algunos casos especiales, como en el abandono del propio precedente” Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios... op. cit.*, p. 65.

³⁷⁶ Cfr. Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...”, *op. cit.*, pp. 317.

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 318.

momento del proceso interpretativo. Sin embargo, en este punto, no existe distinción alguna entre la ponderación y la subsunción.

El segundo argumento, se dirigirá en contra de la utilidad de la ponderación, afirmando que nada aporta al procedimiento mediante el cual los jueces pueden llevar a cabo la aplicación del derecho³⁷⁸. En otras palabras, según este argumento, toda problemática jurídica puede ser resuelta a través de un procedimiento de interpretación-subsunción³⁷⁹. En el fondo, este punto parece enfocarse en asumir que los procesos de argumentación que se verifican durante la aplicación de un test de proporcionalidad para justificar la necesidad de restricción de los derechos fundamentales y que implican la imposibilidad de construir una regla general que limite tales derechos, en realidad resultan innecesarios, toda vez que bastaría con llevar a cabo una interpretación del texto constitucional para advertir tales parámetros que implicarán una regla general de aplicación subsuntiva de las normas jurídicas. Como puede observarse, nuevamente el aspecto que guía la defensa del método de la subsunción como mecanismo de interpretación constitucional, se basa de alguna manera en el ideal asociado con la función judicial de la noción tradicional de la seguridad jurídica. Esto es la necesidad de contar con reglas generales que permitan una aplicación previsible del contenido de la ley³⁸⁰.

Desde luego, sería inevitable concluir que el ideal jurisdiccional de la noción tradicional

³⁷⁸ *Ibidem*, pp. 319.

³⁷⁹ Para Ferrajoli, la única clase de ponderación jurisdiccional que debe aceptarse en realidad es la que correspondería con la “vieja interpretación sistemática” que implicaría la interpretación de una norma teniendo en cuenta la totalidad de las normas jurídicas del sistema. Por lo que aquella concepción de ponderación que se plantea como antagónica de la interpretación- subsunción en realidad constituiría a su juicio una técnica argumentativa que ampliaría indebidamente la discrecionalidad judicial hasta anular la sujeción del juez a la ley. Esta situación además daría lugar a una afectación a “la certeza e igualdad ante la ley”. Como puede observarse, el argumento de Ferrajoli en realidad defiende la pertinencia del método de interpretación- subsunción teniendo como fundamento los postulados de la noción tradicional de la seguridad jurídica. *Cfr.* Ferrajoli, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 47.

³⁸⁰ Según David Lyons, los tribunales “crean normas relativamente concretas aplicables solo a casos iguales que los que acaban de dirimir”, por ello es lo que también se ha denominado la idea del “autoprecedente”. Pero también deben “tomarse en un sentido más amplio” para abarcar otros casos que no abarcan específicamente los que no acaban de dirimir. “Las implicaciones de este sentido más amplio suelen ser bastante vagas, y tal vaguedad se refleja en el modo de interpretar los precedentes: cada juez interpreta de un modo diferente lo que comporta este sentido más amplio.” La misma incertidumbre se da en la interpretación judicial de las cláusulas constitucionales y de la promulgación de las leyes. *Cfr.* Lyons David, *Ética... op. cit.*, p. 95.

de la seguridad jurídica se ve seriamente desmoronado si es que los jueces parecen no estar atados por la voluntad del legislador democrático³⁸¹. Esta preeminencia de las y los jueces parece constituir un duro y definitivo golpe en contra de la noción tradicional de la seguridad jurídica y da paso a la existencia de un nuevo protagonismo judicial³⁸², cuyos niveles de actuación chocan frontalmente con aquellos que siguen pretendiendo encontrar en la actividad de los jueces la posibilidad de alcanzar en una importante cantidad de casos una decisión razonablemente previsible. Alguien podría pensar incluso que la pesadilla de Hart se ha vuelto realidad³⁸³.

4. La seguridad jurídica en el Estado constitucional.

Si la noción tradicional de la seguridad jurídica se encuentra en crisis al igual que el paradigma dominante del Estado de derecho, ¿qué queda entonces? Deberíamos renunciar al ideal de la seguridad jurídica y a la promesa que enarbolaba o bien, ¿tendríamos que mantener una lucha sin cuartel en contra de la transformación del derecho que supone el desarrollo del Estado constitucional contemporáneo?³⁸⁴

³⁸¹ “En la aplicación de principios, o sea en la aplicación de cualquier norma bajo la técnica de los principios, el juez asume un papel mucho más protagonista o creativo que en la aplicación de reglas, según presentaba esta última la doctrina tradicional” Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios... op. cit.*, p. 65.

³⁸² Según Prieto Sanchís, el protagonismo judicial no es pues una moda pasajera fruto de un gremial afán competitivo por robar cuota de pantalla a los políticos (perturbación psíquica, que de ser cierta, aquí no interesa), sino cabal consecuencia de la supremacía constitucional. “El triunfo de la ponderación sobre la subsunción conduce a la preeminencia del juez” *Ibidem*, p. 41

³⁸³ *Cfr.* Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa...”, *op. cit.*, pp.331.

³⁸⁴ Ha sido planteado por algunos juristas una suerte de reclamo que podría resumirse en esta idea de Ferrajoli: “en todos los casos, sería oportuno que la crítica iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos, y quizás complacerse de ambas cosas en apoyo del activismo judicial promoviera el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible”. En efecto, continua, “entre los factores más graves de la discrecionalidad judicial y del creciente papel de la argumentación, está la crisis del lenguaje legal, que ha llegado a ser ya una verdadera disfunción, por la imprecisión y ambigüedad de las formulaciones normativas, por su oscuridad y, a veces, su contradictoriedad, por la inflación legislativa que ha comprometido la capacidad reguladora del Derecho”. Esta crítica parecería más que describir las constituciones modernas, establecer la manera en que las Constituciones deberían ser, aunque ello sea contrastante con la realidad constitucional. El texto de los derechos fundamentales no resulta ambiguo e indeterminado por un capricho o ignorancia del legislador, lo hace por la naturaleza misma

Desde luego, me parece que los argumentos que se han expuesto en relación con la crisis del ideal y la promesa que supuso la noción tradicional de la seguridad jurídica en el contexto del paradigma dominante del Estado de derecho nos conducen a un camino sin retorno³⁸⁵. El Estado constitucional ha llegado para quedarse durante un buen tiempo y junto a éste, la vigencia de los derechos humanos constituye uno de los imperativos que seguramente marcharán de la mano del enfoque identificado bajo la expresión genérica de constitucionalismo contemporáneo. Las características y problemas del mismo serán en forma considerable los problemas del Estado constitucional.

Por lo anterior, debemos reflexionar muy seriamente sobre la vigencia de determinados conceptos a la luz de este nuevo paradigma de pensamiento y, en su caso, pensar en su necesaria transformación o evolución. Esta situación incluye la idea misma de la seguridad jurídica. La noción tradicional no puede seguir constituyendo un referente para el pensamiento jurídico dado que cómo se ha comprobado, la nueva realidad constitucional impone una serie de exigencias que demuestran que este concepto se encuentra francamente rebasado y, por lo tanto, aferrarse a éste, supone en cierto modo negar la complejidad que envuelve la nueva realidad constitucional en nuestros días.³⁸⁶

En razón de lo anterior, considero que, si hubiese que buscar la preservación de algo de aquello que supuso la noción tradicional de la seguridad jurídica, quizá lo que sería necesario

de los principios y valores políticos y morales que incorporan los derechos al sistema. No existe desde esta óptica, legislador alguno que pueda hacer frente a esta complejidad en los términos de precisión y certeza que exige el pensamiento positivista. *Cfr.* Ferrajoli, *Constitucionalismo principialista... op. cit.*, p. 51.

³⁸⁵ Desde luego, no asumo que las bases del Estado constitucional necesariamente resulten del todo incompatibles con la idea dominante del Estado de derecho, aunque como sostiene Rafael de Asís, determinadas “construcciones” de la idea de Constitución si pueden hacerlo. *Cfr.* De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Universidad de Jaén. Dykinson, 1999, pp. 89 y 90.

³⁸⁶ Existen algunas ideas que, como vimos en el tercer apartado, en voz de Francisco Laporta, echan de menos la vigencia de los ideales del Estado de derecho y la noción tradicional. Un enfoque que intentará rescatar la noción tradicional pero llevada ahora a una suerte de principio jurídico, podríamos encontrarla en las palabras de la Dra. Laura Miraut, quien afirma que “la positivación constitucional del principio de seguridad jurídica no hace sino llamar la atención acerca de la necesidad de que las decisiones judiciales no sean tan extravagantes desde el punto de vista racional como para impedir al individuo calcular con un amplio margen de previsibilidad su sentido final” Miraut Martín, Laura, “Seguridad jurídica y niveles de predicción en el derecho”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho*, Virgilio Zapatero (coord.), Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2002, vol. 2, Madrid, p. 267 Mi impresión es que no basta con constitucionalizar la noción tradicional; es necesario reformularla por completo.

preservar, sería el ideal en sí mismo. Dicho en otras palabras, la aspiración relativa a que el derecho debería asegurar un determinado ámbito de seguridad a las personas para el desarrollo de sus proyectos de vida y para el ejercicio pleno de sus derechos y libertades fundamentales me parece que sigue siendo vigente y debería constituir uno de los más preciados imperativos de la nueva realidad constitucional. Sin embargo, lo que también queda claro es que la manera en que se sostiene que tal ideal puede ser alcanzado, debe ser objeto de una severa revisión en función de que, como ha quedado demostrado en el apartado precedente, los ideales que encarnaba la noción tradicional se han desmoronado en el contexto de las modernas democracias constitucionales.

De esta manera, en el presente capítulo intentaré establecer las bases de lo que debería ser una auténtica re-conceptualización de la seguridad jurídica adecuada al paradigma o modelo constitucional. Esta reconstrucción o rehabilitación, sin duda, debe ser materia de un importante proceso de reflexión, por lo que las líneas que se proponen tan solo expresan algunos de los fundamentos sobre los cuales sostengo que deberían establecerse las bases para ello. No es una construcción completa, pero aspira a constituir una vía que nos permita abandonar viejas ataduras de pensamiento que, por desgracia, aún se encuentran insertas en los resabios de determinadas estructuras de pensamiento que no aceptan con facilidad que el modelo y las estructuras del Estado legal de derecho no pueden seguir constituyendo los referentes conceptuales para las y los juristas. De igual modo, esta nueva forma de mirar a la seguridad jurídica intenta constituir una salida a la grave crisis que, como observamos en el apartado precedente, experimenta la noción tradicional de la seguridad jurídica y que permitiría renovar las auténticas posibilidades de subsistencia de este ideal.

4.1. Hacia la rehabilitación de la seguridad jurídica en las democracias constitucionales.

En un interesante trabajo, que me permito sintetizar en las siguientes líneas, el profesor Neil MacCormick analiza las implicaciones de dos lugares comunes que suelen estar presentes en las concepciones sobre el derecho. El primero de ellos es relativo al carácter argumentable del derecho y el segundo, en relación a la idea del ideal del Estado de derecho que debería garantizarse a través de un sistema de reglas jurídicas³⁸⁷.

³⁸⁷ Cfr. MacCormick. Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, pp. 5-21.

En dicho trabajo, la tesis de MacCormick parte de reflexionar sobre dos concepciones que parecerían al menos en teoría ser contradictorias. Por un lado, la afirmación de que el derecho “es una disciplina argumentativa” y que presupone el reconocimiento de que el derecho no sería una “ciencia exacta; ni siquiera una ciencia, sino una habilidad práctica, un arte práctico”³⁸⁸ y por el otro, la concepción que afirmaría que “si el Derecho es fielmente observado, prevalece el Estado de Derecho, y las sociedades que viven bajo el Estado de Derecho disfrutan de grandes beneficios en comparación con aquellas que no” y que “entre los valores que puede asegurar ninguno es tan importante como la certeza jurídica, excepto quizás su camarada, la seguridad de expectativas jurídicas y la seguridad de los ciudadanos frente a la injerencia arbitraria del Estado y de sus agentes”³⁸⁹.

Las ideas que se plantean como elementos centrales de las ventajas que proporciona el paradigma del Estado de derecho, de acuerdo con MacCormick, se relacionan con lo que he denominado en este trabajo como la noción tradicional de la seguridad jurídica. De acuerdo con MacCormick, “si el Estado de derecho es respetado, la gente puede tener una razonable certeza previa relativa a las reglas y estándares por los cuáles su conducta será juzgada y a las exigencias que ellos deberán satisfacer para dar validez jurídica a sus transacciones”³⁹⁰.

Simultáneamente, MacCormick reflexiona sobre las posibilidades de reconciliación de las dos posiciones antes referidas, ya que según el profesor de la Universidad de Edimburgo, resulta atractivo, por un lado, reconocer que el derecho tiene una cualidad argumentativa en el contexto de una sociedad abierta, pero por la otra; la idea del Estado de derecho permite enriquecer nuestra vida como seres humanos y como participantes independientes, pero interdependientes “en las actividades públicas y privadas de una sociedad”³⁹¹.

La propuesta de MacCormick para alcanzar tal reconciliación me parece sumamente interesante, ya que la misma puede ser utilizada como base para una apuesta de rehabilitación de la noción tradicional de la seguridad jurídica que resulte acorde con la complejidad de los modelos constitucionales contemporáneos. Esta idea de MacCormick, parecería echar mano de dos ideas importantes: La primera en relación con el papel de las teorías de la argumentación y el papel de la retórica en el derecho, y la segunda en relación con los límites del conocimiento

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 6.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 8.

³⁹⁰ *Ídem*.

³⁹¹ *Ídem*.

de la verdad objetiva que permite el discurso jurídico.

En cuanto a la primera, referirá que el derecho se encuentra limitado por la “tesis del caso especial”, propuesta por Robert Alexy, quien afirmó que la argumentación jurídica “debe ser reconocida como un caso especial del razonamiento práctico general”³⁹². Este aspecto lleva a MacCormick a reconocer que no puede haber “afirmaciones sin razones” y que cualquier razón puede ser cuestionada³⁹³.

El reconocimiento del derecho como un caso especial del razonamiento práctico general lleva a MacCormick a reconocer que en todo proceso de argumentación jurídica existe una dosis de retórica que, en los términos descritos por Perelman, nos introduce en el problema de la persuasión que debería permitir alcanzar la adhesión de un determinado auditorio. Según nuestro autor, “una de las cosas que hace que la retórica tenga mala fama es la notoria posibilidad de que un buen orador pueda ganarse al auditorio con un mal caso”. Esto nos conduce a analizar el problema de la relación existente entre la corrección objetiva de las razones en relación con los propósitos del proceso de argumentación. La idea es que incluso en el caso del Auditorio Universal de Perelman, nada nos garantiza que se pueda alcanzar en todos los temas un consenso contemporáneo, pero aun si existiera, tampoco nos aseguraría que tal acuerdo conduzca a una corrección objetiva de algo³⁹⁴.

MacCormick ofrece como solución a los problemas relacionados con la retórica las herramientas que brindan las teorías procedimentales, entre las que refieren las teorías de Jürgen Habermas y Robert Alexy, las cuales “comparten el interés en la comprensión de las limitaciones del razonamiento práctico, que deben reconocerse para llegar a conclusiones razonablemente aceptables en un contexto interpersonal.”³⁹⁵ De ahí que las teorías procedimentales enfatizan la relevancia de reducir al máximo los ámbitos de subjetividad que

³⁹² Esta situación particularmente se torna manifiesta por las características particulares de las normas constitucionales que analizamos en el primer apartado de la presente investigación y que, en palabra de Manuel Atienza, tiene mucho que ver por el reconocimiento constitucional de los principios jurídicos en los textos constitucionales. *Cfr.* Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 309. De igual manera el profesor Orozco Enríquez, resume los anteriores criterios del profesor Atienza. Orozco Henríquez, J. Jesús, “Jurisprudencia electoral y garantismo jurídico. La función garantista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación” en *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 18, p. 50.

³⁹³ *Cfr.* MacCormick. Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, p. 9.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 12.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 13.

se manifiestan a través de llamadas a la intuición o al instinto³⁹⁶. El objetivo pues, consiste en establecer una teoría procedimental de la argumentación jurídica que permita un esquema de racionalidad que resulte aceptable³⁹⁷.

Hay que mencionar también que para MacCormick la idea del derecho como una entidad argumentable no debería ser vista como una contradicción con las expectativas que se plantean en relación con la ideal del Estado de derecho³⁹⁸. Si se piensa que la concepción dominante del Estado de derecho constituye un mecanismo de protección en contra de la intervención arbitraria en la vida de las personas, ello generalmente se alcanza a través de la definición de las reglas que necesariamente se obtienen a partir de los procesos de deliberación que tienen lugar en los contextos jurídicos. Por ejemplo, qué mejor espacio para esta analogía que el escenario de debate que presupone un juicio³⁹⁹. Sin embargo, el escenario en donde regularmente tiene lugar una serie de discusiones sobre el significado de aquello que es el derecho⁴⁰⁰, se sitúa en los ámbitos de indeterminación del mismo⁴⁰¹, que particularmente en el Estado constitucional tiene un espacio sumamente destacado⁴⁰².

Para MacCormick, la indeterminación del derecho no solo es resultado de que los “Estados comuniquen sus materiales jurídicos en lenguajes naturales (oficiales) y de que estos

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 14.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 15.

³⁹⁸ El profesor Prieto Sanchís, ejemplifica en buena medida algunos de los postulados que deben ser resueltos en este marco y establece sobre este particular que: “Ello significa, además, el sacrificio de la seguridad y de la certeza en aras de la intervención circunstancial y cambiante, la lesión del principio de igualdad y de la homogeneidad jurídica y, en fin, la invasión del ámbito de autonomía y libre disposición por parte de normas imperativas.” Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principios... op. cit.*, p. 22.

³⁹⁹ *Cfr.* MacCormick. Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, p.17.

⁴⁰⁰ Una idea similar podríamos encontrarla en Prieto Sanchís: “no existe un derecho general, definitivo y concluyente, pero sí existe lo que pudiera llamarse un derecho a la argumentación, un derecho a que la conducta sea enjuiciada como el ejercicio de un derecho conflicto con otros derechos o bienes constitucionales.” *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo...”, *op. cit.*, p.225

⁴⁰¹ *Cfr.* MacCormick. Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, p.18.

⁴⁰² De acuerdo con el profesor Giancarlo Rolla, “basta con leer los textos de las Constituciones para darse cuenta de que los elencos de los derechos de la persona tienden a ser cada vez más articulados y minuciosos”. Del mismo modo, el citado autor reconoce que una tendencia que caracteriza al estado actual de las cosas, es la positivización de tales derechos”. *Cfr.* Giancarlo, Rolla, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, pp. 49 y 50.

se vean afectados por la ambigüedad, vaguedad y textura abierta”, acuerdo con este jurista, también tiene lugar debido a la posibilidad de establecer razones en un proceso contradictorio que permita obtener alguna interpretación “razonablemente defendible”⁴⁰³. A esto, yo añadiría que la incorporación en las constituciones modernas de las normas del tipo de los principios jurídicos, que adicionalmente suelen incorporar principios y valores políticos y morales, refieren una especial complejidad en la tipología de las normas jurídicas constitucionales que suscitan una importante cantidad de problemáticas adicionales, mismas que ya han sido abordadas en este estudio⁴⁰⁴.

Esto nos conducirá a un terreno en el que la idea de certeza que se vislumbraba desde la perspectiva de la noción tradicional de la seguridad jurídica, tenga que dar paso a un nuevo tipo que bien puede denominarse como el campo de las *certezas derrotables*. “La certeza del Derecho es, por tanto, certeza derrotable”⁴⁰⁵.

La tesis expuesta por Neil MacCormick, constituye un espacio de enorme importancia para pensar cómo el ideal de seguridad jurídica puede ser rehabilitado dejando atrás su exclusiva vinculación con la noción tradicional que hemos problematizado a lo largo de la presente investigación. Esto nos obliga a transformar la noción estática de certeza en que se basaba la noción tradicional de la seguridad jurídica por una concepción dinámica que permita ser coherente con los ideales del Estado constitucional⁴⁰⁶.

En función de la tesis de MacCormick que se ha expuesto, intentaré establecer las bases de una propuesta de rehabilitación de la seguridad jurídica que resulte compatible con los fundamentos y características de las constituciones en el Estado constitucional. Se tendrán en cuenta las particularidades que le caracterizan y que fueron abordadas en el primer apartado del

⁴⁰³ Cfr. MacCormick. Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

⁴⁰⁴ *Supra*. 1.2. El carácter particular de las normas constitucionales y su relación con la leyes.

⁴⁰⁵ Cfr. MacCormick. Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

⁴⁰⁶ Esto nos debería conducir a reconocer que el derecho mismo cumple con una función instrumental al situarse como construcción social. De esta manera, como afirma el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México Guillermo Estrada, “El derecho sirve para algo y no somos llamados a descubrir la certeza jurídica sino a saber cómo utilizar el derecho o al servicio de qué o de quién está el derecho”. Desde luego, una concepción instrumental de la seguridad jurídica resulta coherente con esta forma de aproximarse al derecho mismo. Cfr. Estrada Adán, Guillermo E. “La de los juristas y la enseñanza” en Estrada, Adán, Guillermo E y Reyes Díaz, Carlos H. (Coords.), *La enseñanza del derecho y del derecho internacional. Reflexiones*. México, Editorial Porrúa y Facultad de Derecho de la UNAM, 2014, p. 213.

presente estudio, y los aspectos que han detonado la crisis de la noción tradicional expuestos en el tercer apartado con el propósito de comprender la manera en que una nueva concepción de la seguridad jurídica sería capaz de superar tales problemas.

4.2. Las bases para la construcción de una concepción amplia de la seguridad jurídica en el Estado Constitucional.

El reto de la interpretación constitucional frente a la crisis de la noción tradicional de la seguridad jurídica en el marco de la complejidad de las normas constitucionales, particularmente las relacionadas con los derechos fundamentales que por una parte incorporan una complejidad estructural debido a su carácter de principios jurídicos, y por la otra, debido a la incorporación de principios y valores políticos y morales, no es menor y como hemos visto ha suscitado una importante cantidad de reacciones traducidas en importantes críticas al constitucionalismo⁴⁰⁷; a la distinción cualitativa entre las normas y los principios jurídicos⁴⁰⁸; o bien a la objetividad y racionalidad de los procesos de argumentación basados en la teoría de la ponderación entre los principios jurídicos⁴⁰⁹.

Para poder intentar una respuesta que resulte razonablemente satisfactoria al problema de la seguridad jurídica en el marco de la interpretación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, como anticipé en las primeras páginas del presente estudio, resulta necesario comprender que los sistemas jurídicos han experimentado una profunda transformación con la emergencia del constitucionalismo de la posguerra. Este aspecto, como hemos podido apreciar, ha revelado una profunda re-definición no solo en el papel que desempeñan las normas jurídicas (particularmente la ley) en los sistemas jurídicos característicos de las democracias constitucionales, sino en la comprensión de la manera en que se han modificado las relaciones entre el poder legislativo que detenta la voluntad general de la

⁴⁰⁷ *Supra* 246. Cfr. Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...”, *op. cit.*, p. 321-330.

⁴⁰⁸ *Supra* 328. Como he señalado entre ellos, José Juan Moreso. Alchurrón, y Bulygin, Frederick Shauer y Víctor Ferreres, Klaus Günther. Cfr. Alchurrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología...* *op. cit.*, pp. 106-107.

Cfr. Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional...* *op. cit.*, pp. 32 y 33.

Cfr. Alexy, Robert, *Tres Escritos...* *op. cit.*

⁴⁰⁹ *Ídem.*

Cfr. Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales...* *op. cit.*, pp. 1511-1508.

sociedad y el papel de las y los jueces como guardianes de la Constitución.

Claro está que los problemas de la interpretación jurídica de las normas constitucionales en las modernas democracias constitucionales resultan sumamente amplios, diversos y complejos, y no es la intención del presente estudio tratar de resolverlos ni aproximarse siquiera a ello. Lo que sí desarrollaré en las siguientes páginas se relaciona con una explicación que tratará de dar cuenta de los elementos necesarios para la construcción de una nueva concepción de la seguridad jurídica que resulte acorde con el Estado constitucional y particularmente con los problemas que suscita la interpretación debido a la complejidad semántica de las normas jurídicas, por un lado y por el otro, la incorporación de los principios y valores políticos y morales dentro de los márgenes mismos del derecho.

Consideremos ahora que resulta necesario recordar que una cantidad importante de teóricos, desde los que han sustentado la idea según la cual la noción tradicional de la seguridad jurídica realizaría en alguna medida un ideal de justicia⁴¹⁰ hasta aquellos que lo ubican como un instrumento técnico al servicio de alguna clase de fines⁴¹¹, entre otros aspectos han reivindicado la idea según la cual uno de los objetivos fundamentales de la noción tradicional de la seguridad jurídica (el ideal legalidad-certeza) tendría como uno de sus propósitos fundamentales la protección de la autonomía política y moral de las personas con una diferente intensidad, pero esencialmente coincidiendo en que de alguna forma u otra la noción tradicional contribuiría a la realización de este aspecto⁴¹².

En efecto, me parece que una de las ideas que han permitido el amplio desarrollo de la noción tradicional de la seguridad jurídica se relaciona con la posibilidad de que a partir de la realización de los fines que se predicaban de la noción dominante del Estado de derecho como base del contractualismo que situaba a la voluntad general, representada por el legislador democrático como el fundamento para la protección de los derechos y libertades de las

⁴¹⁰ *Supra*. 137 y 147. Entre ellos Lon Fuller, Radbruch, Elías Díaz, Felipe González Vicén.

Cfr. Fuller, L. Lon, *The Morality of Law...* *op. cit.*

Cfr. García Manrique, Ricardo, "Acerca del valor moral...", *op. cit.*, p. 9.

⁴¹¹ *Supra* 148. Entre ellos Ricardo García Manrique, Francisco Laporta, Antonio Pérez Luño, entre otros.

Cfr. García Manrique, Ricardo, "Acerca del valor moral...", *op. cit.*, pp. 12-13.

⁴¹² *Supra* 153. Entre ellos Elías Díaz, Joseph Raz, Ricardo García Manrique.

Cfr. Díaz, Elías, *Sociología y filosofía...* *op. cit.*

Sobre las implicaciones de esta idea *Cfr.* Laporta, Francisco, "Imperio de la ley. Reflexión..." *op. cit.*, pp. 133-145.

Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad...* *op. cit.*, p. 281.

personas, a través de la existencia de leyes, generales, abstractas, impersonales, estables y no retroactivas a las cuales los juzgadores deberían ceñir sus decisiones interpretativas, sería posible alcanzar una sociedad caracterizada por el gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres, protegiendo a estos últimos en contra del autoritarismo y la discrecionalidad del poder político. Por consiguiente, la construcción que hemos podido observar en este trabajo a la luz de los ideales legislativo, político y asociado con la función judicial de la noción tradicional de la seguridad jurídica precisamente reivindicaría tales aspectos y así adquiriría una enorme popularidad y adhesión.

De ahí que la protección contra la arbitrariedad y discrecionalidad del Estado, así como la protección de la autonomía política y moral de las personas para la realización de sus proyectos de vida, se situarían como dos componentes básicos detrás de la noción tradicional y como fundamento de esta última⁴¹³. No obstante lo anterior, el modelo constitucional, como he apuntado, detonará una enorme sacudida a la efectiva realización de tales ideales en el marco de los nuevos parámetros que el pensamiento constitucional impone por lo que la crisis de esta noción, como ha quedado de manifiesto en el tercer capítulo, se ha vuelto sumamente compleja de afrontar por quienes han defendido tal concepción de la seguridad jurídica.

Así las cosas, no resulta fácil echar por la borda sin más la realización de los ideales prometidos en el marco de la visión dominante del Estado de derecho que reclama en contrapartida la aceptación de la noción tradicional de la seguridad jurídica. La lucha contra la arbitrariedad y la protección de las libertades fundamentales no constituyen aspectos que resulten ajenos al constitucionalismo contemporáneo, por lo que la vigencia del ideal según el cual el Estado debería proporcionar la seguridad jurídica necesaria para alcanzarlos se constituye como un reclamo o aspiración vigente incluso bajo los principios del constitucionalismo y la crítica a la noción clásica del Estado legislativo de derecho. Lo único que no resulta tan vigente es el programa o camino que los Estados así como muchas y muchos juristas se han presupuesto para poder alcanzar tales finalidades.

En función de lo anterior, resulta necesario construir una versión renovada de la seguridad jurídica que permita, en lo posible, alcanzar los fines anteriormente expuestos que no resultan conquistas menores del Estado de derecho frente a los gobiernos autoritarios. Para lograrlo, como propone MacCormick, quizá sería necesario abandonar la concepción estática

⁴¹³ Cfr. Laporta, Francisco, “Imperio de la Ley. Reflexión...”, *op. cit.*

Cfr. Laporta, Francisco, “Materiales para una reflexión...”, *op. cit.*, pp. 321-330.

del ideal de certeza jurídica y dejar de concebirla como una cualidad sustancial de las normas jurídicas en particular y del ordenamiento en lo general que se basa en las posibilidades objetivas de interpretación que plantean los límites semánticos de las normas jurídicas, y reconocer que tal concepción resulta inalcanzable en el marco de la complejidad que caracteriza al modelo constitucional⁴¹⁴.

De lo anterior se infiere que sea necesario dar el salto hacia una concepción dinámica o instrumental de la seguridad jurídica más coherente con la complejidad de las democracias constitucionales modernas. Seguir sosteniendo que la seguridad jurídica se debe basar en la legalidad y la certeza resulta tanto como negar la complejidad y cualidades del constitucionalismo al tiempo que constituye una apelación a una realidad que para bien o para mal ya no existe más y quizá nunca haya existido del todo, a no ser en el laboratorio de la mente de algunas y algunos juristas.

Precisamente por ello, podemos tomar como base de la edificación de una reconcepción del ideal de la seguridad jurídica: la concepción dinámica propuesta por MacCormick. Para dicho autor, esta concepción dinámica surge de la reconciliación entre dos de los lugares comunes que en ocasiones se piensan como contradictorios. Por una parte, la idea del carácter argumentativo del derecho y por la otra, una concepción ideal del Estado de derecho. Para MacCormick, es necesario tener presente que existe un espacio característico del derecho que tiene que ver con su indeterminación. Esta indeterminación que no solo es producto, como lo sostiene del hecho según el cual el derecho es comunicado a través de lenguajes oficiales⁴¹⁵, sino debido al reconocimiento de los llamados derechos de defensa que suelen presentarse en el ámbito del contradictorio de los procesos judiciales. De esta manera, “cuando parezca haber en juego una cuestión relevante de justicia o de orden público la acusación o demandante tendrán razones para buscar en los materiales jurídicos alguna disposición que, bajo alguna interpretación razonablemente defendible, justifique la acción civil o la acusación penal entablada en el presente caso”⁴¹⁶.

Es justo el derecho de defensa en un proceso contradictorio un mecanismo adecuado

⁴¹⁴ Como sostiene el propio MacCormick, “Si el Estado de derecho se toma como ideal aislado, existe el riesgo de no comprenderlo adecuadamente. En ese caso quizás se acentúen sus aspectos más estáticos centrados en la certeza y seguridad jurídicas de las expectativas jurídicas” *Cfr.* MacCormick. Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, p. 21.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁴¹⁶ *Ídem*.

para combatir la arbitrariedad del Estado, en la medida que garantiza la existencia de un diálogo libre entre las partes en conflicto y que debe ser escuchada en igualdad de condiciones por quien tiene a su cargo la impartición de justicia. Es aquí donde la certeza del derecho se transforma en una certeza derrotable⁴¹⁷.

Pero me parece que la reflexión de MacCormick es apenas el comienzo de una nueva apuesta por la seguridad jurídica. Si recuperamos el carácter dinámico o procedimental de una nueva apuesta por la seguridad jurídica frente a la noción tradicional construida sobre una visión estática y sustantiva, entonces estamos en condiciones para hacer frente a los diversos elementos que ocasionaron la crisis de la noción tradicional. Parecería que una concepción así tiene una mejor armadura para enfrentar la complejidad del Estado constitucional y así poder alcanzar los ideales de combate a la arbitrariedad y protección y garantía del ideal de autonomía que fueron estandarte de la concepción dominante del Estado de derecho. De ahí que se considere que el carácter dinámico de la seguridad jurídica no debería abarcar sólo los derechos de defensa, desde luego fundamentales, sino que podría extenderse a una concepción más amplia y ambiciosa.

Una concepción instrumental o dinámica de la seguridad jurídica debería, por tanto asegurar el combate a la arbitrariedad, la protección de la autonomía de las personas en un plano de igualdad sustancial, al tiempo que asegura el cumplimiento de los principios democráticos, que por cierto siguen resultando vigentes a la luz del constitucionalismo moderno. De igual manera, esta concepción dinámica de la seguridad jurídica debería ser capaz de reconocer el carácter particular y especial de las disposiciones constitucionales, tanto por su estructura (principios jurídicos) como por la positivación de principios y valores políticos y morales en un contexto de pluralidad social.

Por otra parte, una nueva concepción de la seguridad jurídica debería permitir la preservación del principio democrático de las mayorías, a la vez que debería asegurar que el desarrollo de la democracia y los derechos fundamentales de la persona no se pongan en peligro. Finalmente, esta re-concepción de la seguridad jurídica debería asegurar en la mayor medida de lo posible, ejercicios de razonabilidad en las decisiones judiciales al tiempo de establecer los espacios necesarios para una discrecionalidad controlada que reduzca en lo viable los límites de la subjetividad.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 19.

La pregunta a considerar en este punto es ¿qué tipo de concepción podría asegurar una seguridad jurídica que cumpla con tan complejas exigencias? Me parece que la respuesta en este punto es bastante predecible y en realidad parte de reconocer un atajo que nos proporcionan los elementos básicos de una teoría de los derechos fundamentales como la que ha expuesto Robert Alexy. En efecto, en su momento la aspiración de la noción tradicional de la seguridad jurídica era la de tener leyes generales, abstractas, permanentes, no contradictorias, que delimitaran el actuar del Estado y que aseguraran que las personas pudieran prever razonablemente las consecuencias de sus actos. La premisa era: leyes con tales características para proteger las libertades. Sometimiento del poder judicial a la voluntad del pueblo en la medida en que tal voluntad es clara y constatable en función del lenguaje petrificado de las leyes⁴¹⁸.

El camino propuesto por la noción tradicional en realidad partía de proteger la libertad a través de las leyes. Por el contrario, una noción dinámica de la seguridad jurídica partiría de una tesis distinta y más obvia: proteger la libertad a través de proteger la libertad. ¿Qué mayor seguridad jurídica puede existir para las personas que la de vivir bajo la protección de un Estado que se asegura de garantizar dentro de lo posible las libertades y derechos fundamentales de la persona y que sólo restringe tales derechos y libertades bajo condiciones excepcionales y plenamente justificadas? ¿Qué mejor protección para el proyecto de vida de las personas bajo el ideal de autonomía que la subordinación de las leyes a tal principio de justificación del Estado?

Pues bien, la seguridad jurídica en el Estado constitucional efectivamente resulta de una noción instrumental y dinámica que reconoce por encima de cualquier orden del propio Estado la necesidad de salvaguardar los fines mismos del Estado que son esencialmente el combate a la arbitrariedad y la protección de la autonomía de las personas, pero que además válidamente podría ser capaz de asegurar el respeto de una comunidad que mantiene una pluralidad política y moral en un contexto de toma de decisiones democráticas.

Es así que el principio de proporcionalidad reconocido como elemento central en la tesis de Robert Alexy se erige como la columna vertebral de la seguridad jurídica en el Estado

⁴¹⁸ Quizá esto es aquello que se calificó en algún momento como la “falacia descriptivista” atribuida a ciertas formas de positivismo, que limitarían el potencial racionalista del lenguaje que se había predicado respecto al papel de las leyes en el derecho. *Cfr.* Romo Michaud, Javier, *Los conceptos jurídicos fundamentales y el análisis normativo*, México, Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho, UNAM, 2006, p. 136.

constitucional⁴¹⁹. Ello, por otra parte, no supone abandonar por completo la noción tradicional, sino reconocerle más bien como una concepción restringida de la seguridad jurídica, que en todo caso debería subordinarse a la primera. De esto me ocuparé más adelante.

Veamos algunas de las razones por las que afirmo que el principio de proporcionalidad debería ser reconocido como el rostro de la seguridad jurídica en el Estado constitucional. Las razones en realidad no solo se relacionan con las posibilidades de realización de los objetivos de una democracia constitucional como he apuntado líneas atrás pues adicionalmente permiten responder a los aspectos en donde la noción tradicional ha sufrido una importante crisis tal y como se ha expuesto en esta sección.

En primer lugar, debe resaltarse que el principio de proporcionalidad permite enfrentar dos de las características que como hemos observado en el presente estudio poseen las normas constitucionales. Por un lado, la complejidad derivada de su estructura (la distinción entre reglas y principios)⁴²⁰ así como la incorporación en el terreno del derecho positivo de principios y valores políticos y morales característicos de una sociedad plural.

En primer término, es necesario recordar que la existencia de un referente externo de la interpretación como el principio de proporcionalidad parte del hecho reconocer la existencia de una distinción cualitativa entre reglas y principios caracterizada por el cumplimiento a la manera de todo o nada de las primeras, y de la exigencia de un mandato de optimización de los segundos. Esta distinción permite que la aplicación de los principios jurídicos se dé en función de lo que Dworkin denominó como la dimensión del peso⁴²¹ y que permite reconocer, según Alexy, que los principios tendrían una validez *prima facie*, lo cual implica un “ámbito de protección inicial” que permitiría relacionar semánticamente todo aquel conjunto de normas jurídicas y posiciones que sea posible vincular con un principio en cuestión⁴²². Así, cuando los principios jurídicos entran en colisión, esta validez *prima facie* se ve sometida al proceso de

⁴¹⁹ La idea del reconocimiento del principio de proporcionalidad como un referente externo a la legislación que permite determinar los límites de las restricciones a los principios jurídicos constituye la base de la distinción, por ejemplo, entre las teorías internas que reconocen que los límites de la interpretación de los derechos provienen del contenido semántico de las expresiones y las teorías externas que reconocerán que tales límites provienen de algo distinto al legislador y a la ley y se sitúan como un parámetro externo en el proceso de interpretación. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...” *op. cit.*, p. 309.

⁴²⁰ *Supra* 88. *Cfr.* Alexy Robert, *Teoría de los derechos...* *op. cit.*, p. 82.

⁴²¹ *Cfr.* Dworkin, Ronald, *Los derechos en...* *op. cit.*, pp. 75 y 77.

⁴²² *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa...”, *op. cit.*, p. 310.

ponderación que permite determinar por la restricción de alguno de los derechos en función de la importancia del opuesto el “contenido efectivamente garantizado de los principios”⁴²³ que permite aplicar a una situación determinada el contenido de la posición efectivamente garantizada.

Conforme a esto, el principio de proporcionalidad, a través del método de ponderación⁴²⁴, constituye una herramienta que tiene como propósito garantizar la aplicación de los principios jurídicos en la mayor medida de lo posible aspecto que, tratándose de los derechos fundamentales, se traduce en una necesaria interpretación expansiva del contenido de los derechos que nos lleva a asegurar que en las decisiones judiciales, se exija a los jueces el reconocimiento del máximo de libertades y derechos posibles a favor de las personas. Esto, entre otros propósitos, permite asegurar el ideal de autonomía de las personas por un lado, pero por el otro, permite combatir la actuación arbitraria del Estado en tanto que toda restricción a los derechos y libertades expresadas en función de algún principio jurídico debe ser excepcional y estar plenamente justificada. De este modo, el principio de proporcionalidad en relación con la estructura de los principios jurídicos permite el cabal cumplimiento de los propósitos de la aspiración de la seguridad jurídica así entendida.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad permite dar cuenta de un ámbito de complejidad relativamente olvidado por las y los juristas. Me refiero a la importancia que tiene en una democracia constitucional el reconocimiento en el ámbito del derecho positivo de un conjunto de principios y valores políticos, muchas veces contrapuestos, que en gran forma reflejan la existencia de un pluralismo político y moral necesario en una sociedad democrática. En este punto resulta importante recordar la tesis que expuse en relación con el reconocimiento de las constituciones modernas como instrumentos tanto del consenso como del desacuerdo (teoría del consenso aparente). Según una idea conocida, expuesta por Jeremy Waldron, las decisiones políticas fundamentales en una sociedad reflejan necesariamente motivos de desacuerdo, motivo por el cual, de acuerdo con este jurista, la existencia de tales desacuerdos, revelarían lo inadecuado de pensar en la existencia de una carta constitucional

⁴²³ *Ídem*

⁴²⁴ Es importante recordar, como sostiene Robert Alexy, que es el Tribunal Constitucional Alemán quien impulsaría el uso del método de ponderación a través de sus famosa sentencia del año 1958 en el caso Lüth. Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales... op. cit.*, p. 1506.

como un instrumento que deba resguardar, entre otros aspectos, a los derechos fundamentales⁴²⁵.

Tal y como lo expuse en el primer capítulo, reconociendo la importancia de la tesis de los desacuerdos fundamentales de Waldron, me parece que dicha tesis tiene una enorme importancia para una teoría constitucional que reconozca los ámbitos de pluralidad política y moral de una sociedad democrática, en la medida en que reconozcamos a las constituciones modernas como los espacios tanto de los acuerdos como de los desacuerdos necesarios en dicha sociedad. La coexistencia normativa en una constitución de principios y valores políticos y morales contrapuestos constituye una importante afrenta a la expectativa de consistencia y coherencia de un sistema jurídico de acuerdo con el modelo positivista, pero desde la teoría jurídica de los principios jurídicos, así como desde la perspectiva que reconocería la positivación de tales principios y valores políticos y morales en una sociedad plural y democrática, resulta plenamente realizable y necesaria. De esta manera, la aplicación de los principios jurídicos de acuerdo a un mandato de optimización, en realidad tiene también un efecto importante en relación con la existencia de principios y valores políticos y morales, toda vez que permite la coexistencia de principios y valores contrapuestos, que pueden o no entrar en conflicto en una sociedad democrática, reflejando la existencia tanto de acuerdos como desacuerdos sociales. Asimismo, la expectativa de un ideal de la seguridad jurídica que dé cuenta de la pluralidad política y moral de una sociedad democrática queda cubierta a partir del principio de proporcionalidad.

Quizá uno de los obstáculos que con mayor dificultad debe sortear el principio de proporcionalidad como realización de la seguridad jurídica, se relaciona con la posibilidad de resguardo del principio democrático. En efecto, si se piensa en el ideal de la voluntad general representado en un parlamento democrático que expresa tal voluntad a través de la ley, la realización del principio de proporcionalidad en realidad constituye la anteposición de la voluntad de las y los jueces sobre la figura del parlamento. Sin embargo, si pensamos nuevamente en las constituciones modernas como los espacios tanto de los acuerdos como de

⁴²⁵ *Supra*. 110. Cfr. Waldron Jeremy, *Law and Disagreement...* *op. cit.*, pp. 221-223. Para un estudio extenso del debate entre Waldron y Dworkin en relación con el paradigma constitucional y la democracia

Cfr. Virgüez Ruiz, Santiago, *Revista de Derecho...* *op. cit.*, pp. 7-8. Dicho autor se refiere a la versión castellana del texto de Waldron.

Cfr. Waldron, Jeremy, *Derechos y desacuerdos...* *op. cit.*

los desacuerdos políticos y morales de las sociedades modernas, deberíamos dejar de lado la posibilidad de la existencia de la ley como el producto de una voluntad uniforme que debe ser acatada por los jueces.

Dicho de otra forma, la existencia de acuerdos y de desacuerdos a través de lo que siguiendo a Ferreres y Waldron se denominó como los “conceptos esencialmente controvertidos”, que por cierto, suelen estar fuertemente representados en las constituciones modernas, particularmente en el ámbito de los derechos fundamentales, en realidad nos deberían llevar a descartar la tesis de la voluntad uniforme del legislador que debe ser aplicada exactamente tal y como proponía, por ejemplo, la noción tradicional de la seguridad jurídica. Lo dicho hasta aquí supone que las constituciones modernas constituyen un ámbito de discusiones inacabadas que exigen un debate permanente en la sociedad en donde el papel de los tribunales se erige como parte de un proceso permanente de discusión democrática sobre el significado y prevalencia de determinados sentidos a las expresiones normativas. Esto podría ser aplicado a la idea de “certeza derrotable” expuesta por MacCormick. Si recordamos una de las ideas expuestas por Waldron, quizá seamos una mejor sociedad si discutimos permanentemente sobre determinadas cuestiones⁴²⁶ en las que no cabe alcanzar una verdad concluyente, solo espacios para certezas derrotables⁴²⁷. Si se piensa en los espacios judiciales como sitios en donde la sociedad puede debatir con determinadas reglas la búsqueda de la prevalencia de determinadas significaciones sobre otras respecto a concepciones esencialmente controvertidas, la tensión entre parlamento y jueces, en realidad se transforma en diálogo entre poderes. Además de lo antes mencionado, esta vía de argumentación quizá nos permitiría superar la tensión existente entre derechos humanos y democracia, pero de alguna manera también dar cuenta de la afirmación según la cuál el principio de proporcionalidad no entra en conflicto necesariamente con una concepción de democracia como parece acusarse respecto al pensamiento constitucionalista. Esta argumentación nos permite recordar que la voluntad de los parlamentos es limitada y por tanto, existen espacios para el debate argumentativo que bien podrían tener lugar en sede judicial.

⁴²⁶ *Supra.* 106. Cfr. Waldron, Jeremy, *Vagueness in Law... op. it.*, p. 540.

⁴²⁷ *Supra.* 375. Cfr. MacCormick. Neil, “Retórica...”, *op. cit.*, p. 19

Finalmente, el principio de proporcionalidad permite asegurar parámetros realizables de objetividad y racionalidad judicial”.⁴²⁸ Como expliqué en otra parte en el presente estudio, el principio de proporcionalidad a través del método de la ponderación, permite la determinación y aplicación de derechos y libertades de las personas bajo parámetros amplios y basados en esquemas de justificación cuya obligación resulta ineludible para las y los jueces.

Pensemos en un ejemplo concreto que me permiten poner a discusión los postulados anteriormente referidos. Analizaremos el planteamiento de la sentencia emitida por la Corte Constitucional Colombiana a propósito del caso de la Acción de tutela 523/1997 en relación con la imposición de una sanción corporal dentro de la tradición indígena Páez, en el norte del Cauca en ese país⁴²⁹.

El problema planteado en el caso anteriormente referido es el siguiente: En el mes de agosto de 1996 fue asesinado Marden Arnulfo Betancur, quien se desempeñaba como Alcalde en el Municipio de Jambaló. Derivado de tal acto, los Gobernadores de los cabildos indígenas del Norte del Cauca determinaron asumir la responsabilidad de investigar y sancionar a los responsables, por lo que se ordenó la aprensión de Francisco Gembuel y otras 5 personas más por la participación en el homicidio del alcalde⁴³⁰. El asunto en comento puso a discusión esencialmente dos temáticas relevantes: el derecho de una persona inculpada a ser asistida por un defensor y la constitucionalidad de la imposición de una sanción consistente en “60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios”⁴³¹.

En este contexto, uno de los temas más importantes a ser decididos por la Corte Constitucional de ese país se relaciona con la determinación de la constitucionalidad de la aplicación de penas de sanción corporal en un contexto de interculturalidad relacionado con las prácticas ancestrales y consuetudinarias de los pueblos indígenas. Para justificar su decisión la Corte emitió una serie de razonamientos preliminares para contextualizar el problema.

⁴²⁸ Alexy, Robert, *Derechos Fundamentales...* op. cit., p. 1513. Nota: El autor cita este párrafo de: J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, op. cit., págs. 315 ss.

⁴²⁹ Actor: Francisco Gembuel Pechene, Demandado: Luis Alberto Passu, gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscue, Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca: Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, Expediente T-124907. MP Dr. Carlos Gaviria Díaz. 15 de octubre de 1997.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁴³¹ *Ibidem*, p.6.

En primer lugar se refirió a la importancia del “reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural” que de acuerdo con la Corte corresponde a una “nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares que reivindica para sí su propia conciencia ética”. De esta manera, para la Corte el respeto por la diferencia y la tolerancia “constituyen imperativos de una sociedad que se fortalece en la diversidad” y en donde cada sujeto se hace responsable del desarrollo de “su propio proyecto de vida”⁴³².

De esta manera, reconoció que: “el Estado tiene la misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente” pero también advirtió la existencia de importantes tensiones, como la que se suscita entre “el reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos así como la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal”. Precisamente por todo ello, a un Estado democrático le estaría “vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido”⁴³³.

De esta manera, y como una cuestión preliminar de enorme relevancia la Corte Constitucional es consciente de la complejidad de un asunto de tales dimensiones, por lo que afirmó que la sentencia se inscribía en el análisis de “los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía” por lo que a la solución del caso correspondería establecer límites “basados en un verdadero consenso intercultural que deberían respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio” debido a que “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural” y en donde la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía” la premisa a seguir⁴³⁴.

Lo que resulta particularmente interesante en este caso, es que de acuerdo con la Corte Colombiana, los límites mínimos que deberían seguir las autoridades indígenas tiene que ver con “un consenso intercultural sobre lo que realmente resulta intolerable por atentar contra los

⁴³² *Ibidem*, p. 7.

⁴³³ *Ibidem*, p. 8.

⁴³⁴ *Ídem*.

bienes más preciosos del hombre”, que a juicio del tribunal serían “el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas”⁴³⁵.

En el presente caso, por tanto, la cuestión a resolver consiste en determinar si la sanción consistente en 60 fuetazos con un instrumento denominado como “perrero de arriar ganado” constituye alguna forma de tortura, trato cruel, inhumano o degradante o no. Para ello, me parece que sería importante recordar algunas de las cuestiones que hemos referido en el presente estudio.

Entre otros aspectos, una primera cuestión a apuntar con claridad se relaciona con la expresión “tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” que constituyen violaciones a los derechos humanos, incluso por reconocimiento de la comunidad internacional⁴³⁶. Sin embargo, también es cierto, que la expresión “tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes” podría ser considerada como una expresión esencialmente controvertida con las consecuencias que ello provoca⁴³⁷.

Consideremos ahora que nos encontramos frente a un caso de una profunda indeterminación del derecho que nos impedirá en principio conocer la existencia de un límite claro a esta cuestión. No se trata de un problema relacionado con la idea de Hart respecto a la existencia de un caso difícil debido a la ambigüedad, vaguedad o imprecisión del lenguaje en donde existirían casos obvios que corresponderían al núcleo de certeza de término⁴³⁸, se trata por el contrario de un problema inscrito en el corazón mismo del término. ¿Será que toda forma de castigo corporal debería estar proscrita por el derecho? ¿Existirían castigos corporales

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 9.

⁴³⁶ De esta manera, la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes se encontrarían “prohibidos en el Derecho Internacional contemporáneo con carácter absoluto en el sentido de que no pueden ser objeto de derogación, ni siquiera en caso de peligro público” *Cfr.* Salado Osuna Ana, “La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (Art. 3 CEDH)” en Santolaya Machetti, Pablo y García Roca, Francisco Javier, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2005, p. 97. De igual manera, Gadalmaz, Liliana, “La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista CEJIL, Debates sobre derechos humanos y el Sistema Interamericano*, año 1, núm. 2, septiembre de 2006, p.90.

⁴³⁷ *Supra.* 102. *Cfr.* Waldron, Jeremy, *Vagueness in Law... op. cit.*, p. 529.

⁴³⁸ *Supra.* 104. La controversia sobre el significado se relaciona con el corazón de la materia. tiene que ver con la existencia de paradigmas rivales que pugnarían por la reivindicación del concepto y es necesario tomar partido para alcanzar una solución. *Ídem.*

permitidos? ¿Todo castigo corporal daña la dignidad de las personas? Este problema no puede ser resuelto sin apelar a una serie de concepciones relacionadas con la elección y adhesión a determinados principios y valores políticos y morales. ¿Qué sucedería si asumimos que existe una moralidad objetiva y que existirían determinados parámetros inamovibles de afectación de la dignidad humana? ¿Qué pasaría, en cambio, si partimos de una concepción relativista de la moral? ¿Qué pasa si la determinación de la existencia de “tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes no tiene que ver con la acción desplegada sino con el propósito de la sanción? Estas son algunas interrogantes que nos llevarían seguramente en muchos de ellos, a definiciones antagónicas de la idea de “tortura y otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes”.

Es evidente que la comunidad internacional ha alcanzado un importante consenso sobre la importancia de erradicar la tortura y las penas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, consenso que se ha reflejado en numerosas disposiciones internacionales que se han elaborado en la materia. Incluso la prohibición absoluta de la práctica de la tortura ha sido considerada como una norma *ius cogens* en el terreno internacional⁴³⁹.

Sin embargo, los límites del consenso respecto a las consecuencias que deberían imponerse a quienes incurran en este tipo de prácticas, se desvanece al momento en que cada quien se decanta por la consideración de lo que a su propio juicio constituye el elemento definitorio de tal práctica. Sin duda, en el caso que nos ocupa, existirán personas que afirmen que cualquier forma de castigo corporal daña la dignidad e integridad de las personas por lo que debería proscribirse el castigo físico en todas sus formas, por otra parte, habrá quienes afirmen que bajo ciertas condiciones, el castigo físico no sería atentatorio de la dignidad de las personas y que no debería considerarse como prohibido. Como se puede ver, en este caso el debate se encuentra en el centro de la cuestión misma.

Es evidente también que la Constitución operaría de acuerdo con la tesis que he

⁴³⁹ Cfr. Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, serie C, núm. 289, párrafo 141.

Cfr. Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, serie C, núm. 275, párrafo 304.

Cfr. Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, Párrafo 143

Cfr. Corte IDH. Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 11 de marzo 2005, serie C, núm. 123, párrafo 100.

planteado en el presente trabajo en donde operaría como la síntesis tanto de los acuerdos como de los desacuerdos⁴⁴⁰. Refleja un intenso acuerdo de prohibir cualquier forma pena o trato cruel, inhumano o degradante, pero un profundo desacuerdo en cuál es el significado que debería adscribirse a la calificación de tales actos. En estas condiciones, desde luego de sobra está la reiteración de que la noción tradicional de la seguridad jurídica con los elementos de seguridad y certeza nada pueden hacer para resolver esta cuestión.

Por ello, es necesario pensar entonces en el significado de la seguridad jurídica de la manera en que ha sido descrito aquí. Si la seguridad jurídica en el Estado constitucional adopta la fisonomía del principio de proporcionalidad, las personas que viven en el contexto de una sociedad democrática y plural en los ámbitos político y moral, tienen la seguridad de que su espacio de libertades para la consecución de sus proyectos de vida que reclaman la misma consideración y respeto por parte del Estado, no podrán ser restringidos más que a través de aspectos excepcionales y justificados racionalmente. Esto no significa que una persona tendrá la seguridad en la solución del caso, o bien respecto a los espacios de predecibilidad de los ámbitos de cobertura con los que cuenta su forma de concebir el mundo. La seguridad jurídica en el Estado constitucional adopta una doble fisonomía: a) Primero como expectativa del reconocimiento más amplio de las libertades y derechos de las personas; y b) En segundo, como justificación a las restricciones, por cierto, excepcionales, a los derechos y libertades de cada persona. Esta doble fisonomía, además, se instrumentaliza en el proceso de deliberación democrática que se debería desarrollar en los tribunales del Estado en donde cada contendiente de éste, debería ser capaz de ser escuchado en condiciones de igualdad sustancial, con el propósito de justificar las razones desde las que justifica su actuar, así como la orientación y perspectivas de vida que se encuentran detrás de sus propias consideraciones expuestas en el caso.

Nada nos garantiza en el Estado constitucional la posibilidad de predecir el contenido del fallo de los tribunales, con una reducida excepción que se relaciona con en qué tanto tales predicciones se basan en un análisis del ejercicio de las libertades en relación con los principios y valores políticos y morales que se encuentran en juego. La seguridad jurídica en el Estado constitucional, al ser una concepción dinámica, reduce la certeza de las personas a una simple expectativa de la aplicación del principio de proporcionalidad en donde la limitación a sus

⁴⁴⁰ *Supra* Capítulo 1. La incorporación de principios y valores políticos y morales en las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

derechos y libertades fundamentales se encuentra directamente relacionada con la satisfacción de algún otro principio de igual o mayor importancia.

De esta manera, debe apuntarse también que todas aquellas herramientas interpretativas que favorezcan un criterio externo de la interpretación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, como acontece con el principio de proporcionalidad, de igual manera contribuirían al ideal de la seguridad jurídica en nuestras democracias constitucionales. Pienso por ejemplo en algunos recursos interpretativos, como podrían ser el bloque o parámetro de regularidad constitucional que ha tenido un amplio desarrollo en algunas democracias latinoamericanas;⁴⁴¹ el principio de interpretación conforme con los estándares más altos en materia de derechos humanos;⁴⁴² el principio pro persona;⁴⁴³ el reconocimiento de principios y obligaciones generales en materia de derechos humanos,⁴⁴⁴ así como los denominados deberes de prevención, investigación, enjuiciamiento⁴⁴⁵ e incluso la reparación integral por violaciones a los derechos humanos⁴⁴⁶; adicionalmente, y no exento de

⁴⁴¹ Cfr. Rodríguez Manzo, Graciela; Arjona Estévez, Juan Carlos, *et la.*, *El bloque de constitucionalidad en México. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, pp. 17 y 18.

⁴⁴² Cfr. Rodríguez, Gabriela, Puppo, Alberto, *et la.*, *Interpretación conforme. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, p. 29.

⁴⁴³ Cfr. Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio Pro persona, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, p.17.

⁴⁴⁴ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, p. 20.

⁴⁴⁵ Ortega Soriano, Ricardo Alberto, Robles Zamarripa, José Ricardo, *et la.*, *Deberes específicos de prevención, investigación y sanción. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, pp. 25-36.

⁴⁴⁶ Saavedra Álvarez, Yuria, *Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, p. 19.

problemas teóricos, el control de convencionalidad-constitucionalidad⁴⁴⁷. Todas estas herramientas en realidad favorecerían la realización de la seguridad jurídica en el Estado constitucional si contribuyen a la reducción de los espacios de discrecionalidad y autoritarismo por parte del Estado al tiempo que favorecen el desarrollo de los derechos y libertades tanto individuales como colectivas. No tengo tiempo, ni resulta oportuno analizar todas estas construcciones teóricas que han emergido como aspectos instrumentales dentro del Estado constitucional, pero lo que me interesa de destacar su utilidad, es la medida en que puedan contribuir a esta nueva concepción amplia de la seguridad jurídica.

Regresando a la sentencia colombiana que hemos analizado aquí, el reconocimiento de la seguridad jurídica en el Estado constitucional bajo la óptica que hemos apuntado permitiría por tanto, a las comunidades indígenas y a las personas que pertenecen a ellas, exigir que el Estado implemente una perspectiva basada en el principio de proporcionalidad y que, por tanto, toda restricción a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas tenga una adecuada justificación y que la misma resulte excepcional. En contrapartida, la persona inculpada en el referido asunto tendría una expectativa similar, en donde también podría exigir que el Estado reconozca los derechos al debido proceso legal y de acceso a la justicia en función de su máxima extensión posible. Como puede observarse, en un asunto como el que tratamos ahora es posible que coexistan dos visiones o maneras de ver y entender al mundo, ninguna de ellas más importante que la otra, y que encuentran cabida tanto en la protección constitucional como en sus principios morales y políticos positivados. Salvo en circunstancias particulares, como la del caso en cuestión, tales principios colisionan requiriendo la intervención de los tribunales del Estado.

Más allá del fallo particular de este caso, en donde la Corte Constitucional determinó declarar, por ejemplo, la Constitucionalidad del castigo corporal en función de realizar un análisis detallado del concepto tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes, y referir que los mismos constituyen una afectación a la dignidad de las personas, por lo que en el asunto en cuestión, y siguiendo el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, determinó que no toda pena corporal constituye tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos

⁴⁴⁷ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Sánchez Gil, Rubén. *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, p. 18.

producidos deben ser graves y crueles⁴⁴⁸. Para la Corte Constitucional de Colombia, “el fuste consiste en la flagelación con el ‘perrero de arriar ganado’ que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna” y constituye una sanción que es utilizada en la cultura del pueblo Páez, y que “aunque indudablemente causa aflicción su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo”. Su propósito no consiste en humillar al individuo “groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno” y su finalidad no es el escarnio; es que la persona recupere su lugar en la sociedad⁴⁴⁹.

Es verdad que la decisión de la Corte Constitucional de Colombia resulta por demás discutible y la pregunta más bien es, ¿qué asunto no resulta discutible cuando se trata de cuestiones vinculadas a los derechos humanos? Desde luego, que podríamos discutir con las razones expuestas por el tribunal colombiano, y podríamos afirmar que mientras este criterio se mantenga, nos encontramos frente a una certeza respecto al criterio del tribunal, certeza que, desde luego, es derrotable y nos recuerda que el derecho en nuestros días, es ante todo una disciplina de carácter no concluyente.

4.3. La noción tradicional de la seguridad jurídica como concepción restringida de la seguridad jurídica.

Una concepción amplia de la seguridad jurídica no podría tirar por la borda sin más uno de los elementos más importantes surgidos en el proceso de construcción del Estado moderno: las leyes del Estado⁴⁵⁰ y con ellas las diversas consecuencias que su utilización ha reivindicado entre las cuáles se encuentra la noción tradicional de la seguridad jurídica⁴⁵¹.

Sin embargo, es evidente que la noción tradicional de la seguridad jurídica no puede servir en el Estado constitucional como el modelo que permitiría a las personas en una sociedad alcanzar los objetivos que se afirmaron cuando tal noción fuera construida, es decir,

⁴⁴⁸ Actor: Francisco Gembuel Pechene, Demandado: Luis Alberto Passu, gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscue, Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca: Corte Constitucional Colombiana, Sala Cuarte de Revisión de Tutelas, Expediente T-124907. MP Dr. Carlos Gaviria Díaz. 15 de octubre de 1997. p. 15.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p.17.

⁴⁵⁰ *Supra*. 1.1.1. La visión dominante de la noción “Estado de derecho”.

⁴⁵¹ *Supra*. 136. Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad...”, *op. cit.*, p. 483.

el combate a la arbitrariedad y la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas. Las razones han quedado expuestas en el apartado tres del presente estudio. No abundaré más.

La pregunta más bien tendríamos que formularla en otra dirección. ¿Tiene entonces alguna utilidad la noción tradicional de la seguridad jurídica en el contexto del Estado constitucional o democrático? O dicho de otra manera, ¿una democracia constitucional requiere en alguna medida de los elementos de legalidad y certeza para alcanzar sus objetivos? Mi impresión es que la noción tradicional de la seguridad jurídica sigue teniendo una enorme vigencia, siempre y cuando a) se inscriba en el contexto de una concepción amplia de la seguridad jurídica como la que acabo de exponer y; c) se encuentre subordinada a aquella y se limite a controlar las actuaciones estatales. Tales requisitos resultan fundamentales para el mantenimiento de la noción tradicional de la seguridad jurídica en el Estado Constitucional.

En efecto, me parece que con lo que hasta ahora se ha expuesto aquí, podríamos afirmar con cierta claridad que la expectativa de legalidad y certeza que configuró los elementos esenciales de la noción tradicional en realidad presenta enormes limitaciones cuando se le somete a los parámetros y particularidades del Estado constitucional como ya se ha apuntado. Hemos podido constatar a partir del presente estudio que los procesos de racionalidad y objetividad que se predicaron de la noción tradicional como ideal legislativo, político y jurisdiccional en realidad se encuentran severamente cuestionados a la luz del paradigma constitucional y las problemáticas particulares que plantea en función de su configuración. Ello no debería sin embargo, llevarnos al extremo opuesto relativo a una suerte de “inutilidad de la ley”, sino que quizá, deberíamos reflexionar sobre la manera en que el papel de la ley se ha redimensionado en el contexto de las democracias constitucionales modernas⁴⁵².

Tengo la impresión (tal y como imagino que hasta aquí habrá quedado plasmado) que por sí misma la *noción tradicional* no asegura la protección de ningún valor en particular, salvo el resguardo de una promesa de aplicación estricta del contenido de un conjunto de disposiciones sobre las que se predicen ámbitos de claridad y de límites objetivos en el terreno semántico. Esto que parece no resultar demasiado ambicioso y , como hemos vislumbrado, pueden ser atributos al servicio de toda clase de finalidades, por ejemplo, el reconocimiento de la estricta

⁴⁵² Sobre los problemas asociados con la crisis de la ley ya hemos abundado bastante en la presente investigación, por la cual me parece que no resulta necesario apuntar alguna otra cuestión. *Cfr.* Hierro, Liborio L., “El imperio...”, *op. cit.*, p. 291-298.

aplicación de las leyes al servicio de modelos autoritarios; sin embargo, podría de la misma manera, ser utilizado para potenciar los fines que establece el Estado constitucional.

Precisamente por ello, considero que la noción tradicional de la seguridad jurídica vigente en el paradigma dominante del Estado de derecho puede resultar útil ahora en el Estado constitucional si se le mira como una concepción restringida dentro de una noción más amplia de la seguridad jurídica basada en el principio de proporcionalidad y las bases del debido proceso legal dentro del contradictorio judicial. Las razones que me llevan a afirmar lo anterior se basan particularmente en la recuperación y rehabilitación de las bases conceptuales de la noción tradicional ahora aplicadas a los fines y cánones del Estado constitucional.

La rehabilitación de la *noción tradicional* como concepción restringida de la seguridad jurídica en el Estado constitucional pasa necesariamente por intentar comprender de qué manera dicha noción puede estar al servicio de los objetivos perseguidos por el ideal de la seguridad jurídica, los cuales se relacionan con el combate a la arbitrariedad y la protección de los derechos y libertades de las personas. Es precisamente por ello que solo en determinados contextos siguen siendo vigentes las expectativas de legalidad y certeza tal y como fueron prefiguradas por dicha noción.

Así, una concepción restringida de la seguridad jurídica basada en la realización de los ideales de legalidad y certeza es necesaria cuando de actos provenientes de las autoridades estatales formales o informales se trata. Pensados de esta manera, los ideales de legalidad y certeza se convierten en garantías de las personas frente a los actos provenientes del poder público. De tal forma, por supuesto, que cuando estamos en presencia de actos que afecten a las personas dentro del ámbito penal, fiscal, administrativo, etc, las personas requieren que el poder de las autoridades se encuentre debidamente limitado. Es a las autoridades del Estado a las que debe exigirse la aplicación estricta de leyes expedidas con la claridad necesaria para que las autoridades no cuenten con cheque en blanco que pueda afectar la libertad y autonomía de las personas, así como que al mismo tiempo configuren la convalidación de las prácticas de un Estado autoritario.

Pensar así la noción tradicional de la seguridad jurídica permite además un viraje fundamental desde la perspectiva del Estado constitucional. A nadie que no sea el Estado mismo le deberían ser aplicadas las más amplias exigencias al momento de intervenir la esfera privada de las personas. Contrario a lo que presuponía la noción tradicional dentro de la visión dominante del Estado de derecho en donde legalidad y certeza aplicaban de forma indistinta a

todas las temáticas, se tratara de personas, ciudadanos o de autoridades, que no distinguía de contextos particulares para enderezar una exigencia de estricta aplicación de la ley; en el Estado constitucional debemos partir de la base según la cual si a algún sujeto le puede ser impuesta una exigencia de legalidad, es en suma al Estado mismo cuando emite actos que pueden afectar la esfera de derechos de las personas. En estas condiciones, podemos afirmar que la aplicación estricta de la ley, solo tiene sentido cuando se trata de analizar las exigencias de actuación del Estado, y tal vez en determinados casos relacionados con los ámbitos de aplicación del derecho privado que no afecten derechos fundamentales o restrinjan derechos y libertades.

Ahora bien, si el imperativo de legalidad debería ser pensado como una garantía en el ámbito de actuación de las autoridades estatales cuando se afecta la esfera jurídica de derechos de las personas, lo cierto es que tal concepción de la legalidad no deja de encontrarse subordinada a la concepción amplia de la seguridad jurídica que hemos dibujado líneas atrás. En otras palabras, puede afirmarse que la aplicación de legalidad exigida a los actos del Estado debe ser considerada como una exigencia de los Estados democráticos, siempre y cuando no existan problemas preliminares que puedan ser resueltos desde la perspectiva del principio de proporcionalidad concebido como visión amplia de la seguridad jurídica. Así las cosas, nadie puede argumentar que algo debería ser realizado porque está previsto en la ley sin tener que argumentar que se encuentra justificado por la aplicación del principio de proporcionalidad, o bien que tal principio no debería ser aplicado porque no significa la vulneración desproporcionada de derechos y libertades de las personas⁴⁵³.

Me parece que existen diversos ejemplos que me permitirían ilustrar lo anterior, pero ahora utilizaré un caso que específicamente, a mi juicio, reflejaría los problemas de intentar mantener la vigencia de la noción tradicional de la seguridad jurídica en el contexto del Estado Constitucional. Me refiero aquí a la Contradicción de criterios 293/2011 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Adicionalmente, deberíamos recordar que la protección de las personas hoy en día no se restringe a su protección constitucional dado que la misma se ha consolidado incluso en el ámbito del derecho internacional contemporáneo. *Cfr.* Estrada Adán, Guillermo Enrique. “La protección de la persona humana” en Estrada Adán, Guillermo E. y Fernandez de Casadevante Romani, Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual*, México, Editorial Porrúa y Facultad de Derecho de la UNAM, 2014, p. 11.

⁴⁵⁴ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el

En el caso en comento, la Suprema Corte de Justicia de México debía resolver criterios contradictorios sustentados por Tribunales Colegiados de Circuito en relación con: a) La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; y b) el carácter obligatorio u orientador de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para el propósito que me interesa ilustrar me enfocaré en la primera cuestión⁴⁵⁵.

La contradicción de los criterios presentados por los tribunales en el caso en comento se refiere a que uno de ellos sostenía que los tratados internacionales, incluso los que reconocen normas de derechos humanos se encuentran por encima de las leyes federales, pero por debajo de la Constitución (posición del Séptimo Tribunal Colegiado en el amparo directo 344/2008). Mientras el otro tribunal sostuvo que “cuando se trate de un conflicto que verse sobre derechos humanos, tratados o convenciones internacionales suscritos por el Estado Mexicano los tratados internacionales deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución” (posición del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito)⁴⁵⁶.

De esta manera, el tribunal constitucional mexicano debía determinar a propósito de dicho asunto el alcance del artículo 1º de la ley fundamental que en virtud de una reforma constitucional acontecida en el año 2011⁴⁵⁷ que habría incorporado una cláusula de apertura⁴⁵⁸ que reconocía la protección constitucional de los derechos humanos reconocidos en la

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. MP Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁴⁵⁷ D.O.F., 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. 10 de junio de 2011, Primera Sección, pp. 2-5.

⁴⁵⁸ Se ha dicho que: “Por ello, al existir cláusulas de apertura en el texto constitucional que incorporan normas provenientes del derecho internacional, se inicia una confusión doctrinal sobre dos temas interconectados, pero con objetivos diferenciados desde la propia Constitución. Por un lado, el procedimiento de incorporación del derecho internacional al derecho interno, que exige una relación previa de jerarquización de las normas, con el objeto de evaluar que la norma a incorporar cumple con los principios y reglas fundamentales en un país determinado; y por otro lado, el reconocimiento de dichas normas como constitucionales, a partir de la cláusula de apertura que las integra al texto constitucional, en virtud de que la Constitución reconoce en esas mismas normas una serie de principios y reglas indispensables para conducir el actuar de las autoridades en ese país.” *Cfr.* Rodríguez Manzo, Graciela; Arjona Estévez, Juan Carlos, *El bloque de... et la., op. cit.*, p. 8.

Constitución así como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuera parte. Precisamente por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación la Suprema Corte de Justicia de la Nación advirtió que en el tema en cuestión, el análisis que se había desarrollado previamente por ese tribunal se basó en el criterio de jerarquía de las normas jurídicas y que dicho criterio resultaba limitado e insatisfactorio para dar cuenta del problema.

Igualmente, advirtió que la reforma constitucional en cuestión reconoció los derechos humanos provenientes de dos fuentes: la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano fuera parte. Para la Corte mexicana esto requiere de dos precisiones conceptuales: a) La primera, relativa al hecho según el cual la Constitución incluyó dentro de su catálogo a las “normas de derechos humanos” reconocidas en tratados internacionales, por lo que la distinción entre el objeto y fin de los tratados internacionales resulta irrelevante toda vez que lo determinante es advertir la existencia de norma de derechos humanos ya sea que se encuentren en la Constitución o en cualquier tratado internacional ratificado por el Estado con independencia de que su propósito sea o no la protección de los derechos humanos⁴⁵⁹.

En función de ello, de acuerdo con el Tribunal mexicano, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales formarían parte de un mismo catálogo de derechos humanos que resulta obligatorio para el Estado, por lo que sería irrelevante la fuente u origen nacional o internacional del derecho en cuestión. De esta manera, el criterio de jerarquía no constituye un modo adecuado de abordar este problema. En consecuencia, el efecto útil que puede reconocerse a la reforma se basa en reconocer que las normas de derechos humanos reconocidas indistintamente en el texto de la Constitución o en un tratado internacional constituyen un nuevo “parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano”⁴⁶⁰

Según la Suprema Corte de Justicia mexicana existen algunas herramientas interpretativas que permitirían alcanzar la materialización de la reforma en derechos humanos. La primera, la denominada interpretación conforme en virtud de la cual las y los operadores jurídicos al interpretar una norma de derechos humanos, incluyendo la propia Constitución,

⁴⁵⁹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Contradicción de tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. pp. 25, 26 y 27.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 30.

deben tomar como referente de interpretación del catálogo de derechos humanos que ahora reconoce la Constitución Federal, con independencia de su fuente normativa. Adicionalmente, la segunda herramienta, denominada como principio pro persona, obliga a que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo momento la interpretación más amplia. Precisamente por ello, y en casos de duda que puedan suscitarse por una eventual multiplicidad de normas o interpretaciones disponibles que resulten aplicables a un mismo derecho, deberá elegirse aquella que resulte más protectora. De manera que esto lleva a considerar al máximo tribunal mexicano, que existe una suerte de “inviabilidad” para poder resolver este tipo de situaciones con apoyo a los criterios tradicionales de interpretación y resolución de antinomias⁴⁶¹.

Hasta aquí, parecería que la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce la importancia de: a) Incorporar la tesis de la distinción cualitativa entre normas y principios jurídicos, que por un lado hace posible la aplicación de una teoría externa de la interpretación basada en el principio de proporcionalidad y por el otro; b) argumentar la necesidad de abandonar una concepción tradicional de la interpretación basada en el método de la interpretación-subsunción para resolver casos de derechos humanos.

Sin embargo, tan sólo un par de párrafos más adelante, parece que la Suprema Corte de Justicia cambia de parecer de todo lo que había referido con anterioridad y señala que no obstante todo ello “es pertinente aclarar que la interpretación sistemática que se realiza a continuación únicamente toma en consideración las disposiciones constitucionales que guardan relación con la ampliación del catálogo de derechos humanos reconocidos en la Constitución y con su inclusión dentro del ámbito material de protección del juicio de amparo.”⁴⁶²

De manera inexplicable, la Suprema Corte apunta que tal y como:

“expresamente se estableció en el artículo 1º constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 35.

internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”.

Es especialmente interesante analizar el párrafo anteriormente citado, en la medida en que sus postulados parecerían alejarse de la constatación preliminar que exige la posibilidad de la aplicación de una teoría externa de la interpretación por una de carácter interno en donde el aspecto determinante para establecer el límite de una norma constitucional se sitúa en el contenido del texto y la voluntad (si es que puede hablarse de ello) del legislador y no en un referente externo como podría ser el principio de proporcionalidad. De esta manera, entonces parecería ser que el método para la identificación de restricciones a la Constitución no lo es la aplicación del principio de proporcionalidad sino la identificación del contenido semántico del texto constitucional.

Resulta evidente que tales postulados no pueden coexistir sin anularse lógicamente. En realidad, y pensando en el ideal de la seguridad jurídica en el Estado constitucional que he prefigurado en la presente investigación, el mismo queda abiertamente desfigurado en la sentencia en comento.

En efecto, cuando apunté sobre la necesidad de construir una noción amplia de la seguridad jurídica que fuera capaz de restringir al máximo la discrecionalidad del Estado y garantizar la autonomía política y moral de las personas para que pudiesen desarrollar sus respectivos proyectos de vida, entendiendo que en una democracia deberían sentarse las bases para la libre convivencia y reconocimiento de todas las formas de entender el mundo (pluralismo político y moral) afirmé que tal ideal se encontraría representada en una democracia constitucional por el reconocimiento del principio de proporcionalidad como fundamento mismo de la Constitución. La noción tradicional de la seguridad jurídica (legalidad y certeza) podría desempeñar un nuevo papel, ahora como una noción restringida dentro de esta construcción más amplia, y aplicada de manera exclusiva a los casos en donde se tuviera que regular la interferencia del Estado con los derechos y libertades de las personas. La utilidad de esta forma de comprender la seguridad jurídica queda claramente ejemplificada en función de la desafortunada contradicción que presenta la Suprema Corte de Justicia en la

resolución que ahora comentamos.

Tratemos de comprender por qué razones afirmo lo anterior. Parecería ser cuando se trata del reconocimiento de derechos y libertades de las personas la Suprema Corte de Justicia de la Nación estaría de acuerdo en el reconocimiento del principio de proporcionalidad como eje de aplicación de las normas de derechos humanos, o lo que sería lo mismo, la aplicación de un referente externo de la interpretación para determinar el sentido y alcance de las reglas, que incluso podría utilizar otros referentes externos como el criterio de interpretación conforme o bien el principio pro- persona. Pero cuando se trata de la interpretación de restricciones a los derechos, tales referentes externos se anularían por la interpretación- subsunción del contenido semántico de la propia norma fundamental y se preferiría una metodología de interpretación de carácter interno en donde el alcance de los derechos es determinado a priori por el legislador constitucional⁴⁶³.

Esta situación nos lleva a un sinsentido. Ello es así, debido a que tal configuración interpretativa del texto constitucional en realidad lejos de reducir los ámbitos de discrecionalidad del Estado y potencialidad de las libertades y derechos fundamentales, los eleva a un límite insoportable para los fines mismos de una democracia constitucional. Bastaría que el legislador democrático incorpore por la vía de las restricciones a los derechos cualquier regla que desee por arbitraria, absurda o incluso abiertamente incompatible con otros fines constitucionales para que por este simple hecho obligue a los tribunales del país a tener que sujetarse al contenido de la norma, sin importar que la misma coexista dentro de un sistema de protección de derechos, que incluso se encuentre alineado con estándares internacionales.

Si asumiéramos el postulado de la seguridad jurídica que se ha prefigurado aquí para el Estado constitucional, este problema sería simplemente inexistente. Un modelo de la seguridad jurídica como el que he apuntado previamente, tendría la virtud de subordinar cualquier teoría interna de la interpretación (entre la que se encontraría la que utilizaría el método de interpretación- subsunción) a que el problema no debe ser resuelto antes, a través de los

⁴⁶³ Este por ejemplo podría ser el método propuesto por Müller y analizado por Carlos Bernal Pulido cuando afirma que: “El principio de proporcionalidad no puede convertirse en un criterio- y mucho menos el único- para la concreción de los derechos fundamentales. Antes que ponderaciones, la concreción de los derechos exige una detallada labor de delimitación del contenido normativo de cada uno de ellos. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad... op. cit.*, pp. 567. También puede observarse al respecto el análisis que desarrollar Robert Alexy sobre el particular. *Cfr.* Alexy Robert, *Teoría de los derechos... op. cit.*, p. 300 a 303.

critérios propuestos por una teoría externa, que como en el modelo que propongo, pudiera anteponer a cualquier problema relacionado con la aplicación de las reglas jurídicas del sistema la utilización de tales referentes externos, y sólo en caso de que los mismos no fueran aplicables, existiría la posibilidad de acudir al contenido de la ley, en esta ocasión traducido ahora sí como binomio entre legalidad y certeza. El modelo propuesto por la Corte en la Contradicción de tesis 293/2011 no solo se afianza a los postulados de la noción tradicional de la seguridad jurídica, asumiendo que el principio de supremacía constitucional se afirma con la posibilidad de la aplicación exacta del referido texto (aunque hemos podido ver en este estudio, que ello en el contexto de las democracias constitucionales modernas resulta imposible) y desconociendo que las particularidades de las normas constitucionales en realidad hacen imposible ello. No puede dejarse de resaltar que la operación contraria, es decir, la anteposición de la noción tradicional de la seguridad jurídica aplicado a las normas constitucionales (que en realidad es el efecto de la sentencia de la Suprema Corte mexicana), por encima del principio de proporcionalidad como una noción amplia, en los términos que he propuesto aquí, ocasiona un profundo daño a la construcción de un modelo constitucional que responda a las exigencias y propósitos que una idea básica de la democracia requiere.

Como he referido hasta aquí, el propósito del presente estudio en realidad se ha relacionado con el desarrollo y comprensión de una noción que durante muchos años ha sido sumamente importante para un sector de la doctrina jurídica, pero que como hemos visto, se encuentra sumergido en una compleja crisis que requiere que la doctrina jurídica pueda reflexionar sobre su pertinencia. Desde luego, lo apuntado hasta ahora, tan solo representa las bases de lo que imagino deberá ser un largo camino que nos lleve a poner en duda una serie de postulados que siguen siendo reflexionados, gran cantidad de veces de manera acrítica por muchas y muchos juristas en nuestras democracias constitucionales. El modelo que he presentado dista mucho de ser acabado, y mucho menos se presenta con un ánimo concluyente, sino que pretende sentar las bases de nuevas reflexiones que nos permitan alcanzar la seguridad jurídica en el Estado constitucional. Ya no una seguridad fundada y dirigida sobre todo al Estado; seguridad jurídica para las personas que constituyen el centro y razón de ser del Estado mismo en el contexto de nuestras democracias constitucionales.

Conclusiones

1. Resulta innegable que el tránsito que va del Estado de derecho o Estado legislativo de derecho al Estado Constitucional, fundamentalmente acontecido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, constituye un dato histórico que nos obliga a redefinir una importante variedad de conceptos e instituciones fundamentales para la comprensión del fenómeno jurídico en las democracias constitucionales modernas.
2. El derecho pues, ya no es lo que era. Si bien el ideal del Estado de derecho constituyó un hito en la transformación del pensamiento jurídico permitiendo la configuración y desarrollo de muchos de los ideales que el día de hoy consideramos fundamentales a cargo del Estado en un contexto democrático, lo cierto es que muchos de los fundamentos en que se sustentó dicho ideal deben ser redefinidos a la luz de la transformación que el pensamiento constitucionalista ha generado en los sistemas jurídicos estatales.
3. Uno de los elementos centrales en la configuración del Estado de derecho se relaciona justamente con el papel de las leyes aprobadas por el parlamento democrático como producto de la voluntad popular expresada en éste. El papel de la ley, su relevancia dentro del sistema jurídico, así como las diversas consecuencias que se predicaban respecto a su naturaleza, permitieron articular y desarrollar una serie de concepciones y visiones sobre el papel de las instituciones del Estado, los derechos de las personas y la realización de diversos ideales entre los que se localiza la seguridad jurídica. Precisamente por lo anterior, cualquier propuesta relacionada con la comprensión del derecho en las modernas democracias constitucionales de nuestros días, debería reflexionar de manera importante respecto a la relación existente entre la ley y el Estado de derecho como presupuesto necesario para dar cuenta de la existencia o no de una auténtica transformación del pensamiento jurídico. Esta relación, ley-Estado de derecho nos obliga a pensar en la vinculación entre tales ideales y la evolución y desarrollo de las diversas concepciones que alimentan al pensamiento positivista.

4. A lo largo del Estudio que aquí se presenta he podido establecer algunas de las ideas principales que se vinculan con la relación de la ley con el ideal dominante del Estado de derecho. El presente estudio ha identificado como elementos centrales de dicha visión dominante: a) la necesidad de no solo reconocer que un Estado de derecho constituye el tránsito que va del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes, sino que; b) requiere necesariamente que la producción de las leyes cumpla con los principios democráticos de separación de poderes, reconocimiento de la voluntad popular, así como de limitación del Estado en función del contenido de esas prescripciones normativas.

5. Un dato de principal interés para el propósito de la presente investigación se relaciona con la exaltación de la ley, la cual se produciría fundamentalmente en el desarrollo del pensamiento liberal, en especial en la Europa continental, y que generaría importantes consecuencias sobre la manera de concebir el papel de la legislación dentro del Estado. El culto a la legislación originaría importantes consecuencias para el pensamiento jurídico en la medida que subordinó muchos otros elementos al mantenimiento de su vigencia. De la mano de tal situación, el desarrollo de las vertientes de pensamiento que apuntaron a la racionalización del conocimiento jurídico de alguna manera encontraron en la ley un aspecto de enorme apoyo para la materialización de sus concepciones. Entre las consecuencias inmediatas que generaría la exaltación de la ley, podemos afirmar que algunas de las más relevantes se relacionan con una rígida concepción del ideal de separación de poderes, que genera una idea relacionada con la importancia de mantener una estricta separación entre los procesos de creación y aplicación normativos, así como una serie de expectativas sobre los órganos encargados de esas labores. Por un lado, la configuración del legislador democrático como legislador racional y por el otro, la idea del juez como mero aplicador mecánico del derecho. Tales ideales, en realidad, constituirían una primera versión del positivismo, en concreto en el marco de la transformación del pensamiento que se experimentó durante finales del siglo XVIII y principios del XIX.

6. Las concepciones vinculadas con la exaltación de la ley, sin embargo, fueron desafiadas principalmente a partir del desarrollo del proceso revolucionario ocurrido en los

Estados Unidos que, si bien mantenía algunos ideales similares a los reivindicados por la revolución francesa, experimentarían un proceso distinto en cuanto a la manera de configurar las instituciones del Estado. El surgimiento de la revisión judicial a cargo de los tribunales del Estado y la posibilidad de anular leyes expedidas por el legislador democrático resultaría en que cualquier posibilidad de exaltación de la ley, como la acontecida en Francia, en los Estados Unidos simplemente no tuviera un lugar reservado.

7. La emergencia de la revisión judicial en los Estados Unidos constituyó el elemento más importante sobre el que se estructuraría el pensamiento constitucionalista, incluso por encima del modelo expuesto por el jurista Hans Kelsen relativo a la necesidad de un tribunal constitucional, pues de acuerdo con el modelo norteamericano, las posibilidades de actuación de los jueces se volvieron tan importantes que incluso debilitarían las concepciones relativas al papel de los legisladores democráticos, comprometiendo la expectativa depositada en la voluntad general entendida como el soberano del Estado.
8. El proceso anteriormente referido es especialmente relevante para comprender la manera en que el papel de la ley cambiará de manera determinante con la transición del Estado legislativo de derecho hacia las democracias constitucionales que conocemos hoy en día. Esta transformación nos obligaría a pensar fundamentalmente en dos efectos relacionados con el papel de la ley en el Estado constitucional: a) El primero relacionado con las características particulares que poseen las normas constitucionales; y b) el segundo, con el desplazamiento de la ley a un lugar secundario. Tales características causarían efectos muy importantes en la comprensión del derecho mismo.
9. Me parece que con ello podríamos demostrar que el centro de la mirada de las y los juristas en este proceso de transición hacia el Estado constitucional se relaciona con el papel de las leyes y la medida en que su aplicación puede contribuir a los fines del propio Estado. Precisamente por ello, el presente estudio al dar cuenta de la transformación experimentada por las leyes en el Estado, así como por el reconocimiento de una serie de características especiales de las normas constitucionales

concede que muchas de las categorías metodológicas y teóricas construidas para explicar al Estado de derecho no pueden seguir siendo las mismas y deben ser objeto de una profunda transformación. Entre los conceptos que sufren esta afectación se encontraría desde luego la noción tradicional de la seguridad jurídica.

10. De este modo, el presente estudio pudo identificar los elementos centrales de la denominada *noción tradicional de la seguridad jurídica* construida a partir de los pilares de certeza y legalidad que se establecieron como columnas fundamentales del edificio mismo del Estado de derecho. En algunas acepciones teóricas no se puede distinguir entre los conceptos seguridad jurídica y Estado de derecho que de alguna manera serían equivalentes. Esta situación me permite constatar la importancia de este concepto en el Estado liberal moderno y comprender algunas de las razones por la que su empleo se encuentra tan afianzado en el pensamiento de las y los juristas.
11. Adicionalmente, pude identificar en el presente estudio que, en suma, existirían dos grandes reivindicaciones del ideal de la seguridad jurídica. La primera que reconocería que la noción tradicional de la seguridad jurídica, o vista como la moral interna del derecho de acuerdo con L. Fuller, posee un valor intrínseco de justicia por lo que su lugar en el Estado de derecho resulta fundamental para posteriormente pensar en la forma en que el propio sistema puede asegurar marcos de justicia sustanciales. En suma, esta primera reivindicación apunta a señalar que existe algo en la noción tradicional de la seguridad jurídica que presenta rasgos de justicia por sí misma. Una segunda aspiración, desde luego, un poco más elaborada nos permite afirmar que la noción tradicional de la seguridad jurídica se convertiría en la gran promesa del racionalismo positivista. Esta enorme promesa en realidad se realiza a través del reconocimiento de la seguridad jurídica como ideal legislativo, como ideal político y como ideal jurisdiccional.
12. Las relaciones existentes entre la noción tradicional de la seguridad jurídica y las expectativas racionalistas de la ciencia positivista, a mi juicio, explican de manera detallada las razones que asegurarían que su defensa se sitúe como uno de los componentes y aspiraciones fundamentales del Estado moderno. La noción tradicional

de la seguridad jurídica en realidad se constituiría como la visión más acabada de la materialización de las leyes parámetro del ejercicio de la voluntad del legislador, capaz de articular, expresar y determinar el alcance de la misma, al tiempo de organizarla en un complejo sistema de prescripciones debidamente articuladas en un ordenamiento que se expresa a través del lenguaje, y que constituye una fuente exclusiva y por tanto fácil de identificar de la autoridad del Estado. Por otra parte, la noción tradicional de la seguridad jurídica integraría el paradigma del sometimiento del Estado mismo y las y los ciudadanos a la voluntad del legislador, ya que incluso su razón de ser se halla en establecer las condiciones y reglas específicas que aseguren que la producción de las leyes creadas por el parlamento democrático sean en primer lugar, conocidas por todas y todos, y que en su aplicación exista una razonable previsibilidad de las decisiones en la medida que la actuación de las y los jueces se reduce a constatar y determinar de forma específica tal voluntad pre-fijada.

13. La gran promesa del racionalismo que constituyó la noción tradicional de la seguridad jurídica al enfrentarse a las condiciones y características particulares fijadas por las constituciones modernas ha entrado en una profunda crisis, de donde han emergido una enorme cantidad de tensiones que lejos de reconocer la magnitud del cambio sufrido por la realidad jurídica en las democracias constitucionales, parece haberse aferrado en muchos casos a intentar mantener su vigencia. Esto explica el por qué, frente al desarrollo del constitucionalismo moderno, es difícil que importantes sectores de la doctrina jurídica se planteen la necesidad de cuestionar las expectativas de legalidad y certeza que se afirman como base del pensamiento jurídico.

14. A lo largo del presente estudio he intentado mostrar que la crisis de la noción tradicional de la seguridad jurídica en el Estado constitucional no se debe solo al debilitamiento de la ley por ocupar ahora un lugar secundario, o bien por la proliferación de normas jurídicas, o incluso por el desprestigio que en los últimos años ha experimentado el ideal de representación política y la legitimidad política de los parlamentos. A mi juicio, la crisis de dicha noción no solo se corresponde con la crisis de la ley, sino que se materializará fundamentalmente en la crisis de los ideales que se asumía debía alcanzar ya sea como expectativas legislativas, políticas o asociadas con la

actividad judicial. De ahí que esta crisis en realidad es una crisis estructural de los ideales mismos del Estado de derecho o Estado legislativo de derecho. Así, he podido constatar la necesidad de rehabilitar dicho ideal, pero ahora bajo un nuevo enfoque, condiciones y características del constitucionalismo moderno, lo que implica de suyo abandonar esta noción como la única posibilidad de materialización de la seguridad jurídica.

15. De esta manera, he intentado plasmar algunas de las características más relevantes que considero deberíamos tener presentes en relación con el papel de las normas jurídicas constitucionales en los Estados contemporáneos. Me refiero a las diversas expresiones de lo que aquí he denominado como las diferentes maneras de entender la expresión “constitucionalización del ordenamiento”; el carácter particular de las normas jurídicas constitucionales que refieren la necesidad de reconocer una distinción cualitativa entre reglas y principios jurídicos, así como las consecuencias de la incorporación de principios y valores políticos y morales en los ordenamientos jurídicos positivos por conducto de tales principios constitucionales positivados.

16. He intentado reflejar la existencia de una nueva complejidad normativa de la ley fundamental en las democracias constitucionales. Tal complejidad en realidad se materializaría en dos dimensiones: Una jurídica, en virtud de la estructura de los principios jurídicos que se opone a la estructura de las reglas y que permitiría la posibilidad de coexistencia sistemática de prescripciones jurídicas contradictorias, aspecto que desde una visión tradicional del positivismo jurídico resulta sumamente difícil de aceptar en la medida que trastoca de manera determinante los ideales de plenitud y coherencia del ordenamiento normativo. Adicionalmente, la incorporación de reglas jurídicas del tipo de los principios jurídicos, de acuerdo con la tesis expuesta por Robert Alexy, exigiría la redefinición del concepto de validez absoluta predicado a las reglas por el positivismo jurídico y el reconocimiento de dos ideas fundamentales para la vigencia de los principios jurídicos. Un sistema de validez *prima facie*, que se relaciona con el máximo potencial abstracto de los principios jurídicos y la posibilidad de que esa validez *prima facie* sea restringida de manera proporcional cuando un principio de derechos fundamentales entre en colisión con otro principio respecto al

cual deba ceder en lo estrictamente necesaria. Es así como el sistema de validez *prima facie* sumado a lo que Ronald Dworkin determinó como el ámbito del peso de los principios jurídicos, constituyen dos categorías que añadirán complejidad a la estructura jurídica de las constituciones modernas. Por otra parte, la ambigüedad e indeterminación de las normas constitucionales si bien plantea un problema recurrente en materia de los problemas de la interpretación constitucional, los mismos no resultan muy distintos de los problemas a los que se enfrenta la interpretación jurídica en general. La nota distintiva en relación con la interpretación constitucional se relaciona más bien con las problemáticas interpretativas que trascienden los problemas semánticos de la interpretación, y que se vinculan con la complejidad que importa la positivación de principios y valores políticos y morales como reglas jurídico-constitucionales.

17. Este otro ámbito de complejidad de las normas constitucionales, particularmente de aquellas referidas a derechos fundamentales o humanos que se desarrolla en los ámbitos de la comprensión política y moral de los enunciados constitucionales. De este modo, la constatación relativa a que a través de las constituciones modernas se incorporaron al derecho positivo una enorme cantidad de principios y valores políticos y morales, muchas veces con potencial contradictorio, nos conduce a una concepción más amplia del ideal constitucional. En este estudio he planteado la necesidad de pensar a la Constitución no solo como el sitio en donde se producen los acuerdos básicos de la sociedad, es decir, como un instrumento del consenso, sino además, y acaso con una mayor relevancia, resulta necesario pensar en las constituciones modernas como espacios que permiten la materialización de los desacuerdos democráticos propios de sociedades basadas en un pluralismo tanto político como moral. Precisamente como un elemento que permitiría alcanzar lo anterior, se ha dado cuenta de la incorporación en los textos constitucionales de los que junto a Jeremy Waldron y Víctor Ferreres se han denominado como conceptos esencialmente controvertidos. Así las cosas, la existencia de las normas constitucionales con estas características no únicamente harían posible desde el plano jurídico la existencia de principios y valores que contienen prescripciones potencialmente contradictorias, sino que en el plano político esta posibilidad es la que alimenta y posibilita el pluralismo

social. De esta forma, la complejidad de las normas constitucionales se resuelve en una complejidad jurídica de la estructura de las normas y en una complejidad política y moral relativa a su finalidad de asegurar marcos adecuados para la libre coexistencia de proyectos de vida con potencial de contradicción.

18. La caracterización de un modelo constitucional envuelto en esta complejidad nos conduce necesariamente a poner en duda las posibilidades de éxito de la noción tradicional de la seguridad jurídica bajo tales caracteres que muchas veces se tornan contradictorios con las expectativas fijadas por las visiones cercanas al ideal del Estado de derecho. Es así que el presente estudio ha considerado de enorme relevancia emprender un proceso de rehabilitación y reconstrucción del ideal de la seguridad jurídica aplicable al Estado constitucional. Una cuestión que ayuda a emprender este proceso se relaciona con la distinción entre los objetivos que perseguiría la noción tradicional y los medios que emplea para alcanzarlos. He constatado que en una multiplicidad de construcciones y reflexiones teóricas relativas al ideal de la seguridad jurídica, se afirma que los fines más importantes que permitiría alcanzar se relacionan de alguna manera con los postulados enarbolados por el Estado de derecho o Estado legal y que se vinculan con el combate a la arbitrariedad, así como con la protección de los derechos y libertades fundamentales que permitan a las personas el desarrollo de sus proyectos de vida en un contexto de pluralidad política y moral. Por otra parte, los medios empleados por la noción tradicional se vinculan con las expectativas de legalidad y certeza como mecanismo que permita alcanzar los fines referidos.
19. El presente estudio ha reconocido la importancia y vigencia en el Estado constitucional de los objetivos que han reconocido al ideal de la seguridad jurídica por lo que tales fines, se considera, siguen constituyendo premisas fundamentales ahora en las democracias constitucionales modernas. Por ello, he planteado la necesidad de visitar los mecanismos que eventualmente permitirían alcanzar tales postulados. En suma, una propuesta de rehabilitación de la noción tradicional de la seguridad jurídica constituye una nueva apuesta para alcanzar los fines que el Estado moderno se ha planteado.

20. Para proyectar una nueva concepción de la seguridad jurídica en el Estado constitucional me ha parecido de enorme relevancia, advertir la propuesta expuesta por Neil MacCormick, relativa a la posibilidad de conjugar el ideal del Estado de derecho con el carácter argumentable del derecho. A partir de esta idea se puede dejar atrás una concepción estática y rígida de la seguridad jurídica para construir una concepción dinámica y flexible de la misma. partir del reconocimiento del carácter no concluyente que presentan las reglas del sistema jurídico, así como los procesos del contradictorio judicial, nos permitirá identificar que el derecho se construye fundamentalmente a través de verdades no concluyentes. En la premisa expuesta por MacCormick el ideal de la seguridad jurídica se relaciona de alguna manera con una suerte de concepción instrumental que transformaría la seguridad jurídica en la protección de las reglas del debido proceso legal y subrayadamente los derechos de defensa en un contradictorio en donde ambas partes contendientes se disputarán no solo pretensiones contradictorias, sino incluso con mayor importancia, la primacía de los significados de las reglas jurídicas.

21. La perspectiva de MacCormick me permite pues pensar en una nueva visión de la seguridad jurídica en las democracias constitucionales. A esta concepción la he denominado como visión amplia de la seguridad jurídica y coincide esencialmente con los rasgos expuestos por MacCormick. Es decir, se trata de una concepción dinámica, estructural y flexible de la seguridad jurídica que hace frente a las enormes complejidades, tanto jurídicas como políticas, que plantean las normas constitucionales en las democracias modernas. Esta nueva forma de identificar la seguridad jurídica parte de la premisa de que la mejor forma para proteger los derechos y las libertades es la protección de los derechos y libertades mismos. En otras palabras, para qué intentar resguardar el contenido de las normas jurídicas como conducto para la protección de las libertades y derechos cuando estos cuentan con mecanismos que les protegen y garantizan de manera directa.

22. Este trabajo defiende que una concepción amplia de la seguridad jurídica se logra alcanzar cuando se resguarda al principio de proporcionalidad como elemento determinante en los procesos de interpretación constitucional. Lo dicho hasta aquí

supone que la premisa según la cual las personas pueden tener en una democracia constitucional la seguridad de que en todo proceso interpretativo los derechos y libertades serán interpretados en clave expansiva, hasta el máximo de sus posibilidades jurídicas y fácticas y que por el contrario, la interferencia en sus derecho y libertades y más aún yo diría en sus respectivos proyectos de vida, solo se realizará de manera excepcional y justificada en la medida estrictamente necesaria para alcanzar algún otro fin que se justifique con mayor importancia en un caso particular, y que constituye en sí misma, la mayor oportunidad de realización de los objetivos prometidos por el ideal de la seguridad jurídica, esto es, el combate a la arbitrariedad y la protección de los derechos y libertades fundamentales.

23. He planteado también en este estudio que resulta particularmente importante no perder de vista las posibles aportaciones que incluso en un modelo constitucional nos permitirían alcanzar la noción tradicional de la seguridad jurídica entendida como legalidad y certeza. De esta manera, he reconocido que resulta fundamental la transformación de la noción tradicional de la seguridad jurídica de una concepción restringida inserta en una más amplia. De tal suerte, la noción tradicional de la seguridad configurada como visión restringida, se plantea como legalidad y certeza exigida a las actuaciones del Estado, particularmente cuando tales actos se dirigen a la intervención o interferencia en la esfera de derechos de las personas y eventualmente en las exigencias que desde el derecho privado pudieran exigirse recíprocamente las personas. Sin embargo, esta concepción restringida de la seguridad jurídica siempre se encuentra sometida a la realización de la concepción amplia de modo que cuando se puedan afectar derechos y libertades, en realidad el criterio definitorio debería basarse en el empleo de la concepción amplia. De tal forma, se esperaría que en una democracia constitucional el poder del Estado estuviera limitado de manera rigurosa por la aplicación estricta de la ley, aspecto que conduce necesariamente a la protección de las personas en contra de la arbitrariedad estatal. Todo ello subordinado a la protección fundamental de los derechos y libertades de las personas.

24. El presente estudio no establece, y no podría hacerlo, una proyección definitiva del ideal de la seguridad jurídica en el Estado constitucional. Lo antes expuesto tan solo

constituye una base de premisas que podrían llevarnos a una rehabilitación integral de este ideal aplicado ahora a las democracias constitucionales. De esta manera, y tal como lo he expuesto, el presente estudio no es puerto de llegada sino punto de partida en el desarrollo de una de las reflexiones que me parece, de manera más relevante, tendrían que plantearse en el futuro prometedor y que nos auguraría el desarrollo de las democracias constitucionales en el mundo.

Bibliografía

- AGUILÓ REGLA, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007.
- ALCHURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª edición, Madrid Fundación coloquio jurídico Europeo, 2009.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 31
- ALEXY, Robert, *Tres Escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. II. Cuatro objeciones. Posición 881 de 2280. Libro electrónico
- ALEXY, Robert; *Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad; The Spanish Constitution in the european constitutional context*, trad. de David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.
- ANGULO NOBARA, Javier, “El derecho a la salud en México. La construcción jurídica de los derechos humanos”, en Ortega Soriano, Ricardo Alberto, et la. (coords.), *De las palabras a la realidad: Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales como derechos exigibles. Reflexiones Contemporáneas*. México, Fascículo 1, CDHDF, 2013.
- ATIENZA, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991.
- ATIENZA, Manuel, *El Sentido del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 2001.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “Sobre el método jurídico tradicional como ficción” en *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor M.G Losano*, Madrid, Dykinson, 2006.
- BECCARIA, César, *De los delitos y las penas*, Madrid, Aguilar, 1974.

- BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, ISSN 0211-5743, núm. 77, mayo- agosto de 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo..* Madrid, Editorial Trotta/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad del Externado, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1999.
- CARRIÓ, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.
- CASSIRER, Ernst, *La filosofía de la ilustración*, 3ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución” en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Derechos morales, concepto y relevancia”, *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 15, 2001.
- DE ASÍS, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Universidad de Jaén. Dykinson, 1999.
- DE CARRERAS, Francesc, *El Estado de Derecho como sistema*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 10ª ed., Madrid, Taurus, 2010.
- DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus Humanidades, 1992.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona Editorial Ariel, 2009.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael, *Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller*, Madrid, Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 19, 2002.
- ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique. “La protección de la persona humana” en Estrada Adán, Guillermo E. y Fernandez de Casadevante Romani, Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual*, México, Editorial Porrúa y Facultad de Derecho de la UNAM, 2014.

- ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique y REYES DÍAZ, Carlos H. (Coords.), *La enseñanza del derecho y del derecho internacional. Reflexiones*. México, Editorial Porrúa y Facultad de Derecho de la UNAM, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista.” *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 34, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Garantías, La ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 2ª ed, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid, Trotta, 2011, t.1,
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, SÁNCHEZ GIL, Rubén. *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- FERRERES, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*, 2ª ed., México, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Apuntes de historia constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 1996.
- FUENTES PÉREZ, Dalia Berenice. “Principios y aplicación de los derechos de las y los niños: Autonomía de la voluntad. Interés superior y prioridad” en Estrada, Adán, Guillermo, E. y Fernandez de Casadevante Romani, Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual*. México, Editorial Porrúa y Facultad de Derecho de la UNAM, 2014.
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven and London, Yale University Press, 1967.
- FULLER, Lon, *Positivism and fidelity to law. A reply to professor Hart*. Harvard Law Review, Vol. 71, 1958.
- GADALMEZ, Liliana, “La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista CEJIL, Debates sobre derechos humanos y el Sistema Interamericano*, año 1, núm. 2, septiembre de 2006.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derechos y pretextos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.

- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 1989.
- GIANCARLO, Rolla, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.
- GUASTINI, Ricardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo*, 2ª ed, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- GUASTINI, Riccardo, “Principi del diritto”, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990.
- GUZMÁN OROZCO, Guillermo (Selección, traducción y prólogo) *Fallos históricos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2000.
- HABERMAS, Jurguen, *Facticidad y Validez*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- HART, Herbert L. A, *El concepto de derecho*, trad. De Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Adeledo Perrot, 1961.
- HART, Herbert. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño” en Moreso José Juan y Pompeau Casanovas (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica.
- HART. Herbert L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000.
- HERRERA, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución en Crítica Jurídica”, *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, ISSN 0188-3968, núm 16, año 1995.
- HIERRO, Liborio L. “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm, 19, 1996.
- JARDÍN, André, *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- JORI, Mario “I concetti di diritto nel pensiero giuridico positivo”, *Saggi di Metaigiurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 1985.
- KELSEN Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1996.
- KELSEN, Hans, *La garantía Jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001.
- KUHN S. Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. De Carlos Solís, ed. electrónica, México, Fondo de Cultura Económica, 2010

- LANDA, César, “Crisis del Positivismo Constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Año VI, núm 6.
- LAPORTA, Francisco, “Imperio de la ley y seguridad jurídica”, en Díaz, Elías y Colomer, José Luis, *Estado, justicia y derechos*, Madrid, Alianza, 2002.
- LAPORTA, Francisco, “Imperio de la Ley. Reflexión sobre un punto de partida de Elías Díaz” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm 22, 1999.
- LAPORTA, Francisco, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm 22, 1999.
- LYONS, David, *Ética y Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989.
- MACCORMICK, Neil, “Retórica y Estado de Derecho” *Revista Isegoría*, núm. 21, 1999.
- MACLEOD-CULLINANE, Barry. *Lon L. Fuller and the enterprise of law*, Legal Notes Libertarian Alliance, Reino Unido, ISSN 0267-7083, núm. 22, 1995.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Principio Pro persona, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- MORESO, José Juan, *Ethica More Iuridico Incorporata*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2013.
- MORESO, José Juan, “Ferrajoli o el constitucionalismo optimista”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 31, 2008.
- MIRAUT MARTÍN, Laura, “Seguridad jurídica y niveles de predicción en el derecho”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho*, Virgilio Zapatero (coord.), Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2002, vol. 2, Madrid.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, 1ra Reimpresión, Madrid, Tecnos, 1987.
- MORESO, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales” en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- NINO, Santiago, *¿Es la dogmática jurídica “dogmática”? Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)* 1ª Reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, “Jurisprudencia electoral y garantismo jurídico. La función garantista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación” en *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 18.
- ORTEGA SORIANO, Ricardo Alberto, *La interpretación de los derechos fundamentales y el concepto seguridad jurídica*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, Doctorado “Unión Europea y Derechos Humanos” Directora: Dra. María del Carmen Barranco Avilés.
- ORTEGA SORIANO, Ricardo Alberto, ROBLES ZAMARRIPA, José Ricardo, *et la., Deberes específicos de prevención, investigación y sanción. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- ORTEGA SORIANO, Ricardo y ROBLES ZAMARRIPA, José Ricardo, “Estudio introductorio. Desarrollo humano, seguridad humana y derechos humanos: Tres miradas hacia un punto de encuentro.”, en Ortega Soriano, Ricardo, Robles Zamarripa, Ricardo, Ascencio, Ana Karina (coords.), *Seguridad Humana, Una Apuesta Imprescindible*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2015.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Seguridad jurídica” 2ª ed., en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (Eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- PINO, Giorgio, “Principios, ponderación y la separación entre Derecho y moral. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus críticos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 34, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo.*, México, serie Derecho, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”, en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado. Derecho Público e Historia Constitucional*, España, Junta General del Principado de Asturias, núm. 4, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación. Colección Derecho procesal de los derechos humanos*, México, Ubijus/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos/ Centro de Estudios de Actualización de Derecho, 2014.

- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos*, Madrid, “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson., 1998.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- RAWLS, John, *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del Derecho*, Trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 1982.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, *Estudio preliminar en La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre. Universidad de los Andes, 2005.
- RODRÍGUEZ MANZO, Graciela; ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos, *et la., El bloque de constitucionalidad en México. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- RODRÍGUEZ, Gabriela, PUPPO, Alberto, *et la., Interpretación conforme. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- ROJAS AMANDI, Víctor, *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- ROMO MICHAUD, Javier, *Los conceptos jurídicos fundamentales y el análisis normativo*, México, Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho, UNAM, 2006.
- RUIZ, Miguel Alfonso, “Positivismos ideológico e ideología positivista”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González M. A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006.
- SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, *Teoría de las reparaciones a la luz de los derechos humanos. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.
- SALADO OSUNA, Ana, “La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (Art. 3 CEDH)” en Santolaya Machetti, Pablo y García Roca, Francisco Javier, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2005.

- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Notas sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Núm. 28, abril de 2008.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *Democracia Constitucional: Una radiografía teórica*, 3ª reimpression, , México, Fondo de Cultura Económica/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *El Péndulo inclinado hacia la Constitución. La democracia Constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.
- SCARPELLI, Uberto, “¿Qué es el positivismo Jurídico?”, en Rentería, Adrián, *Filosofía Analítica y Filosofía del Derecho en Italia*, México, Editorial Cajica, 2006.
- STAROBINSKI et al., *Breviarios del Fondo de Cultura Económica*, trad. de Tomás Segovia, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, México, Editorial Themis, 1996.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Dogmática Jurídica y Teoría Moral”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm 4, 1996.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Interpretatio Prudentium. Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.
- TAMAYO Y SALMORÁN Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, 2ª reimpression, México, Editorial Fontamara, 2006.
- TROPER, Michel, *Ensayos de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2004.
- VÁZQUEZ, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2010.
- VEGA GÓMEZ, Juan, *El debate Hart- Fuller. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Dickinson, 2014.
- VIRGÜEZ RUIZ, Santiago, *Revista de derecho publico*, Los Andes, núm. 35, julio-diciembre de 2005.
- WALDRON JEREMY, *Law and Disagreement*, Oxford, 2012.

- WALDRON, JEREMY, *A rights-Based Critique of Constitutional Rights*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 13, 1993.
- WALDRON, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, Madrid. Ed. Marcial Pons, 2005.
- WALDRON, Jeremy, *The rule of law in Contemporary Liberal Theory*, Ratio Juris, 1989.
- WALDRON, Jeremy, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, California, California Law Review, vol. 82, 1994.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.