

## JUSTICIA Y EQUIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LOS DERECHOS

Rogelio LÓPEZ SÁNCHEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Justicia y equidad a través de los derechos fundamentales.* III. *El desafío de la jurisdicción constitucional: concretización de la justicia y la equidad.* IV. *La superación del formalismo jurídico por medio de la hermenéutica y la argumentación en valores.* V. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

La etapa de la posguerra y el surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre trajeron consigo un compromiso ético universal para el mundo entero: los derechos humanos, tribunales constitucionales, surgidos de las naciones perdedoras de la Segunda Guerra Mundial (Alemania 1951,<sup>1</sup> Italia, 1956)<sup>2</sup> se erigieron como defensores de la dignidad de la persona humana como valor supremo y fundante de los incipientes Estados constitucionales.<sup>3</sup> No tardó mucho en germinar esta semilla, y le siguieron Estados

---

\* Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas, Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

<sup>1</sup> Polakiewicz, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 81, julio-septiembre de 1993, p. 45; Schneider, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 7, enero-febrero de 1979, pp. 7-35; Stern, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988.

<sup>2</sup> Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 2 y ss.

<sup>3</sup> Antes de la Ley Fundamental de Bonn (1949) las Constituciones de los *Länder* de Baviera, Hesse, Renania Palatinado y el Sarre, “como reacción directa al desprecio del hombre nacionalsocialista, contenían la garantía de la dignidad, considerándola ya como derecho

que transitaban hacia la democracia. Naciones como España (1980) lograron consolidar sus tribunales constitucionales a través de la sólida argumentación de sus decisiones. Principios que creíamos inalterables durante el formalismo jurídico, como la irretroactividad de la ley, fueron cediendo terreno ante criterios de justicia formal y equidad, en defensa de la dignidad de la persona y los derechos humanos.<sup>4</sup>

La derrota del formalismo jurídico y el legicentrismo es inminente, dando paso a una visión holística e integradora del derecho. La reformulación del positivismo jurídico, por medio de la reconexión entre el derecho y la moral, es inobjetable, aunque con matices débiles o fuertes. Dicha conexión resulta en ocasiones invisible, pero ésta se ha ido incorporando a la teoría constitucional en la jurisprudencia del orden objetivo de valores o la aceptación expresa de moral en el derecho constitucional.<sup>5</sup>

Bien conocida es la concepción de Aristóteles sobre la justicia distributiva y la justicia correctiva.<sup>6</sup> Mientras que la primera pertenece a un esquema formal, la segunda responde a un criterio de equidad, en la cual se

---

fundamental y derecho humano elemental”. Starck, Christian, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el derecho alemán”, *Jurisprudencia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 136; “Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 489-497.

<sup>4</sup> La fórmula del derecho injusto que abordaremos en la tercera parte del estudio surge en la filosofía del derecho alemana, a través de juristas como Radbruch y Stammler. Centramos la atención en el argumento de la injusticia y de principios, que es sostenido por el iusfilósofo Robert Alexy, desde la teoría la corrección del derecho injusto, a partir de los derechos fundamentales. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 41 y 42. Véase Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 181-190; Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 1930, p. 255.

<sup>5</sup> Cruz, Luis, M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, pp. 24 y ss.; García Figueroa, Alfonso, “Una ventana abierta a la moral en el Estado constitucional”, *Criaturas de la moralidad (una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos)*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 67-101, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, Carbonell, Miguel y García, L. (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 11-27.

<sup>6</sup> *Ética a Nicómaco* es un tratado de Aristóteles que constituye la piedra angular de su filosofía sobre ética y moral, la cual ha impregnado la mayor parte del pensamiento occidental. En el libro V de esta obra se dedica a analizar la virtud de la justicia, clasificándola en distributiva y correctiva. La primera toma un criterio aritmético o económico en torno al justo reparto, mientras que la segunda (justicia correctiva), trata de salvaguardar lo justo de ese reparto, cuando se ve desequilibrado por las relaciones particulares; ahí nace la equidad, con el fin de corregir la ley, ya que la regla universal no contempla cada situación particular. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. de Gallach Palés, Francisco, Valencia, Imp. del Rubio Aguas, 1931, pp. 118-149.

toma en cuenta el contexto y las cualidades de los sujetos.<sup>7</sup> En este sentido, el rol de la equidad es prevenir que el derecho se adhiera rígidamente a sus propias reglas, cuando las mismas produzcan injusticia.<sup>8</sup> Nuestra posición se enfoca en la corrección de la injusticia del derecho mediante los derechos fundamentales como pautas éticas para el juzgador y el empleo de una teoría axiológico-constitucional. Nos adherimos a una visión procedimental y discursiva del derecho, pero no vacía, sino orientada hacia un horizonte de sentido, en conjugación con el empleo de la hermenéutica jurídica.

La presente monografía plantea un estado de la cuestión sobre la concretización de los valores y principios, en aras de satisfacer la justicia y equidad por el juez constitucional. Para ello, se propone no sólo la adhesión a una visión jurídica procedimental o discursiva que acepte una reconexión conceptual entre el derecho y la moral, sino el empleo de la hermenéutica jurídica para dotar de sentido a las normas jurídicas. La justicia no puede quedar reducida a esquemas de justificación meramente formales, incluso, la lógica deóntica no es suficiente para explicar los difíciles y complejos problemas sociales sometidos a debate en la justicia constitucional.<sup>9</sup> Por estos

---

<sup>7</sup> Muñelo Cobo, J. Carlos, *La invención del derecho en Aristóteles*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 175 y 176.

<sup>8</sup> Beever, Allan, "Aristotle on equity, law and justice", *Legal Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, Legal Theory, mayo, 2004, vol. 10, secc. 01, p. 33.

<sup>9</sup> Los primeros intentos de una lógica proposicional y geométrica (en exceso racionalista) para resolver problemas jurídicos, podemos encontrarlos en el modelo jurídico de Leibniz, a principios del siglo XVIII. El jurista alemán sostenía que era posible formular un sistema de reglas deducidos de principios naturales o evidentes, los cuales se podían traducir en una especie de fórmulas parecidas a las ciencias exactas, como las matemáticas. Bobbio, Norberto, *Derecho y lógica*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 10 y 11. En la tesis doctoral del citado autor, éste afirma que los enunciados jurídicos pueden y deben plantearse como una sentencia condicional para verificar su validez (lo justo con lo posible). Hernández Franco, Juan A., *Argumentación jurídica*, México, Oxford University Press, 2010, p. 164; Hernández Franco, Juan A. y Castañeda, Daniel H., *Curso de filosofía del derecho*, México, Oxford University Press, 2009, p. 193. En este sentido, para Leibniz, "el derecho no puede ser injusto, más la ley si puede encerrar injusticias. Pues la ley es formulada por un acto de autoridad... justo es lo que en igual medida participa, de la sabiduría y la bondad". Leibniz, Gottfried W., *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia y la sabiduría*, trad. de Eduardo G. Máñez, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1960, p. 11. En la actualidad, por mencionar algunos, existen también intentos por encontrar mejores formas de validez del derecho a partir de axiomas o fórmulas, como los modelos de Ferrajoli y Alexy. El modelo deóntico seguido por Ferrajoli como el cuadrado lógico de las expectativas, ha sido calificado por algunos autores como excesivamente racionalista. En igual sentido, la fórmula del peso, traducida a términos matemáticos, con calificativos de intenso, medio y leve de la afectación a cada principio, asignando un valor numérico, es otro de los ejemplos del exceso de racionalidad jurídica. Moreso, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad*, Bogotá, Universidad del Externado de

motivos, la superación del formalismo jurídico debe ir acompañada de un entendimiento sobre los alcances de la hermenéutica jurídica y la argumentación en valores.

El planteamiento de este trabajo se divide en cuatro partes. La primera, explica la conexión entre el derecho y la moral; trata de hacer una revisión histórica del derecho, con el fin de sustraer de la moral los elementos comunes que son traídos en la actualidad para justificar el apego o desapego de las normas a la ética, ya sea una visión atenuada o reforzada, de ahí que la mayor parte del tiempo la conexión sea invisible, pero que siempre dota y fundamenta axiológicamente las decisiones judiciales. El segundo apartado describe los procesos éticos en los que forman parte los derechos fundamentales, en aras del cumplir con los valores de justicia y equidad, y revisa las fundamentaciones iusnaturalistas y positivistas del fenómeno de positivación de los derechos en las cartas constitucionales.

La siguiente parte del trabajo intenta dar sentido al proceso de consagración de los valores y principios contenidos en las Constituciones. Al respecto, ilustraremos estos desafíos que han sido históricos para los tribunales constitucionales, como el derecho extremadamente injusto, en palabras del filósofo argentino Rodolfo Luis Vigo. Igualmente, analizaremos la fórmula de Radbruch, y en líneas sucesivas, plantearemos la simbiosis entre el derecho y la moral, a partir del derecho injusto aplicado por los regímenes autocráticos.

Seguidamente, me adhiero a una visión discursiva del derecho, por medio de la fórmula del jurista alemán Robert Alexy, en torno a la corrección de la injusticia, a través de los derechos fundamentales.<sup>10</sup> En adición a lo anterior, el planteamiento se basa en la consolidación y empleo de la hermenéutica jurídica a nivel constitucional, como instrumento que dota de sentido a las normas jurídicas, y hace posible la justicia y la equidad. La propuesta se centra en la superación del formalismo jurídico por medio de la hermenéutica constitucional y la argumentación en valores, planteamiento que será abordado en la última parte de la monografía. El desafío más grande que tiene la jurisdicción constitucional en la actualidad es la concretización de los valores, contenidos no sólo en los textos fundamentales, sino en el propio derecho internacional. Dar efectividad al derecho a través de la justicia y la equidad es la mejor fórmula que tiene el juez constitucional,

---

Colombia, 2007, pp. 81-98; Ferrajoli, Luigi, Principia iuris. *Teoría del derecho y de la democracia (la sintaxis del derecho)*, Madrid, Trotta, vol. 3, 2011; Mazzare, Tecla (ed.), *Derecho y democracia constitucional (una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli)*, Lima, Ara Editores, 2011.

<sup>10</sup> Alexy, Robert, *Argument from Injustice (A Replay to Legal Positivism)*, trad. de Stanley Paulson, Oxford, Clarendon Press, 2004, pp. 40 y 41.

no sólo porque las normas son vigentes o satisfacen determinado criterio de validez formal, sino por las “razones en las que ellas se fundamentan”.<sup>11</sup>

## II. JUSTICIA Y EQUIDAD A TRAVÉS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son producto de la modernidad ilustrada. Los aportes de la filosofía contractualista, la idea de la dignidad de la persona humana y el racionalismo ilustrado servirán como pautas rectoras de las principales declaraciones de derechos (inglesa, americana y francesa). La filosofía contractualista justificará la existencia de principios básicos para la convivencia, la organización política y la defensa de ciertos bienes, como la vida, la libertad y la propiedad. Filósofos como Grocio, Pufendorf, Hobbes, Spinoza, Locke, Kant y Rousseau forman parte de la idea de contrato social, desde versiones absolutistas hasta democráticas.<sup>12</sup>

Los valores de igualdad, libertad, fraternidad y seguridad alcanzaron su consagración en la Ilustración. Claro que con esto no sugerimos que estos valores no hayan existido con anterioridad, sino que fue hasta la etapa de la modernidad cuando la concepción medieval y estamental de los derechos y libertades del ser humano como propiedades del feudo fueron transformándose progresivamente hasta convertir al hombre en sujeto de derechos por el simple hecho de ser humano. Bien lo refiere el profesor Peces-Barba:

El iusnaturalismo protestante y la filosofía de la Ilustración serán dos vehículos intelectuales que construirán ese nuevo acervo jurídico, que influirá decisivamente en la consolidación de las primeras generaciones de los derechos, en crítica radical a la cultura jurídica de tradición medieval y escolástica. El esfuerzo consistirá en sustituir unos materiales jurídicos heterogéneos formados por costumbres locales, por estatutos municipales o gremiales, decisiones de los Tribunales, normas reales del soberano, feudales, canónicas o romanas, opiniones doctrinales o jurisprudenciales, por un sistema racional, unificado, dependiente del soberano como única fuente del derecho positivo.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Artículo 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

<sup>12</sup> Fernández García, Eusebio, “La aportación de las teorías contractualistas”, *La filosofía de los derechos humanos, Siglo XVII, Historia de los derechos fundamentales, cit.*, cap. VI, vol. II, t. II, p. 21.

<sup>13</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio y Dorado Porras, Javier, “Derecho, sociedad y cultura”, *El contexto social y cultural de los derechos. Rasgos generales de evolución, Siglo XVII, Historia de los derechos fundamentales, cit.*, cap. I, vol. I, t. II, p. 117.

El proceso de constitucionalización de los valores de la Ilustración, el racionalismo y el contractualismo moderno tuvieron como piedra angular el valor de la seguridad jurídica.<sup>14</sup> En palabras de García de Enterría, el lenguaje de los derechos no se conformó con un molde prefigurado ni con una simple aparición de términos: “sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres. Las palabras deben insertarse en el sistema que intentan expresar, ese (aura de sistema) que es consustancial al Derecho como un todo, sin lo cual su simple comprensión sería imposible”.<sup>15</sup>

Fue en el periodo de la Ilustración donde la universalidad del derecho y el principio de la dignidad humana alcanzan su máximo esplendor, con la filosofía del profesor de Königsberg, Immanuel Kant: “una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima, permite la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos, según una ley universal”.<sup>16</sup> El principio de la dignidad humana queda expresado con la fórmula de no instrumentalización de la persona humana,<sup>17</sup> la cual será recogida por el Tribunal Constitucional federal alemán. En este sentido, “la dignidad implica, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. La dignidad humana será entonces el principio legitimador de los derechos de la personalidad”.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> De esta manera: “Hobbes, Puffendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito del estado de naturaleza como la superación del *ius incertum* y su conversión en estado de seguridad”. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 482.

<sup>15</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 29 y 37.

<sup>16</sup> Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, trad. de G. Lizarraga, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873, p. 44; Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, trad. cast. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, *La metafísica de las costumbres*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 39; Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Santa Fe, Argentina, El Cid Editor, 2003, pp. 75 y 79; Pérez Luño, Antonio Enrique, “La universalidad de los derechos humanos”, en López García, José Antonio y Real, J. Alberto del (coords.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 53.

<sup>17</sup> Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, trad. de Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra, México, Porrúa, 2003, p. 170.

<sup>18</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, *La filosofía de los derechos humanos, Siglo XVII, Historia de los derechos fundamentales*, cit., cap. XIII, vol. II, t. II, p. 452; Pérez Sánchez, María Cristina, *Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: J. J. Rousseau, I. Kant y la perspectiva teórica del institucionalismo jurídico en Maurice Hauriou*, tesis doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid,

De esta forma, los derechos fundamentales hunden sus raíces en la moral, porque se apoyan en argumentos y razones morales. Éstos alcanzan plena efectividad cuando se juridifican, así como cuando son reconocidos y protegidos por el derecho. El positivismo jurídico permite una estrecha conexión entre los valores éticos que fundamentan los derechos, ya sea fuerte o débil, según sea la corriente con la que nos identifiquemos. La mayor parte de los autores que hemos citado a lo largo del presente trabajo forman parte del positivismo corregido o moderado. Ahora tocará analizar las posturas de filósofos del derecho basadas en la fundamentación ética de las normas jurídicas y de los propios derechos. Lo anterior, con la finalidad de tener un mejor esquema de justificación con base en principios y valores.

En una de sus últimas obras, Ronald Dworkin emplea la fábula del erizo y la zorra del poeta griego Arquíloco, con el fin de ejemplificar la importancia de los valores en el derecho. “La zorra sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una importante”.<sup>19</sup> Quizá (como sostiene Isaiah Berlin), pese a su astucia, la zorra se da por vencida ante la única defensa del erizo.<sup>20</sup> Precisamente, los valores, como el erizo, también son cosa importante. La idea acerca de que los valores éticos y morales dependen uno del otro es un dogma, proponen un modo de vida, que se relaciona igualmente con toda una compleja teoría filosófica. Dworkin advierte que los erizos parecen ingenuos o engañosos, inclusive peligrosos.<sup>21</sup> Valores como la justicia, la libertad, la democracia, la responsabilidad, la verdad, entre otros, son continuamente empleados por los tribunales y han sido motivos de intensos debates. Su concretización requiere preparación, destreza, habilidad; demanda conocimiento a profundidad sobre las necesidades de una sociedad, hasta el conocimiento de las actitudes populares. El juez no se encuentra obligado a saberlo todo, pero sí a ser consciente y sensible de los problemas más agudos que aquejan a la comunidad en la que se encuentra. Ésta es la idea de la justicia en su contexto, de la aplicación de valores no solamente desde una óptica procedimental, sino la adopción de una mentalidad jurídica consciente.

En otra de sus obras, el jurista de Oxford se adhiere a una postura crítica de los derechos como: “criaturas de la moralidad”. La posición que adopta es de derechos morales en contra del Estado, cuya exigencia se centra en

---

Departamento de Derecho Constitucional, 2004, p. 658; Dotti, Jorge E., “Observaciones sobre Kant y el liberalismo”, *Araucaria*, Sevilla, Universidad de Sevilla, vol. 6, núm. 13, 2005, pp. 4-12.

<sup>19</sup> Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 1.

<sup>20</sup> Berlin, Isaiah, *El erizo y la zorra*, Barcelona, Moschnik Editores-Océano, p. 17.

<sup>21</sup> Dworkin, Ronald, *Justice for...*, *op. cit.* pp. 2 y ss.

“una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética”.<sup>22</sup> Los principios morales y jurídicos tienen un papel preponderante en el razonamiento de los jueces para la solución de casos difíciles. En su teoría, Dworkin pretende conciliar, o por lo menos, acercar el positivismo y el iusnaturalismo, basándose en el modelo constructivista político del filósofo norteamericano John Rawls.<sup>23</sup> El modelo de la función judicial de resolución de casos difíciles postulado por Dworkin es el de la respuesta correcta, denominado como modelo del juez Hércules, relacionado con la interpretación que hacen los jueces constitucionales. De esta manera, “la Constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el documento, y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política”.<sup>24</sup> Conforme a este modelo, la teoría política sirve como instrumento de la justicia constitucional. A continuación presentaremos un ejemplo sobre la aplicación concreta el principio de igualdad en términos de la filosofía liberal.

La igualdad siempre ha sido uno de los valores más complejos de interpretar por los operadores en las Constituciones contemporáneas. Desde la perspectiva de la filosofía política, la igualdad se enfrenta ante dos clases distintas de diversidad:<sup>25</sup>

- 1) La básica heterogeneidad de los humanos, y
- 2) La multiplicidad de variables desde las que se puede juzgar la igualdad.

Para comenzar, debemos precisar de qué tipo de igualdad estamos hablando. En la actualidad, distintos autores se han referido a este valor bajo diversas ópticas. Por ejemplo, para John Rawls se trata de la igualdad en relación con la distribución de los bienes elementales. Dworkin nos habla del tratamiento como iguales en igualdad de recursos. Thomas Nagel, de

---

<sup>22</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999, pp. 230 y 233.

<sup>23</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 17-61; *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 13; *Liberalismo político*, México, FCE, 1995; Walzer, M., *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993, p. 13.

<sup>24</sup> Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Madrid, Ariel, 1999, p. 267.

<sup>25</sup> Sen, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, versión de Ana María Bravo y revisión de Pedro Schwartz, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 13.



igualdad económica, y Nozick, cuyo planteamiento es totalmente antagónico, postula por una igualdad de derechos libertarios, sin necesidad de redistribución de recursos. Si nos adherimos a la visión de John Rawls, el juez se dedicará a buscar un modelo de justicia a partir de un esquema de reconciliación entre los principios de libertad y de igualdad, desde la concepción de los filósofos contractualistas clásicos, como Locke, Rousseau y Kant. Para él, los principios de justicia deberán ser escogidos a partir de un velo de la ignorancia, lo cual asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger dichos principios. Ahora bien, en relación con los principios de justicia, surge la aplicación de los principios de igualdad y diferencia en la situación de posición original:<sup>26</sup>

- 1) Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás, y
- 2) Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y *b)* se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

De acuerdo con los anteriores principios, la finalidad de Rawls es compensar las desventajas de los menos favorecidos y brindar una igualdad de oportunidades a todas las personas. Por ejemplo, aplicando mayores recursos en la educación de los menos inteligentes durante los primeros años escolares.<sup>27</sup> El juez constitucional que se adhiera a esta posición estará a favor de las cuotas de género exigidas en determinados órganos gubernamentales. En igual forma, la concepción de justicia distributiva o justicia social, aplicando medidas positivas o de intervención en la economía, con el fin de hacer efectivo el Estado democrático y social de derecho.<sup>28</sup> En el moderno Estado constitucional, la igualdad no solamente se agota en el mero principio formal o legal, sino que va más allá. Tal y como expone Rawls, deben crearse las oportunidades para poner en igualdad de condiciones a los más desaventajados, con la finalidad de lograr la justicia material.

Siguiendo el contractualismo de carácter kantiano se encuentra el iusfilósofo argentino Carlos Nino, quien defiende y postula una teoría de los

<sup>26</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., pp. 67 y 68.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>28</sup> Barry, Brian, *Teorías de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 373 y ss.

derechos humanos, basada en el contenido ético de aquéllos. Al respecto, afirma que los jueces apoyan sus decisiones en juicios valorativos de adhesión normativa, los cuales se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico. “Estos principios consistentes en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona serán justificados racionalmente mediante un constructivismo ético, un discurso moral... dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos”.<sup>29</sup>

No menos importante es la relación ética y moral de los derechos a partir de una visión neotomista. Filósofos de renombre, como Jacques Maritain, han sostenido que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 tuvo influencia iusnaturalista, no sólo por una cuestión semántica, sino por el fundamento ético universal que adquieren los derechos a partir de una revisión del tomismo clásico.

El fundamento filosófico de los Derechos del Hombre es la ley natural... En el curso de la era racionalista, los juristas y filósofos, sea con fines conservadores o revolucionarios, han abusado a tal punto de la noción de ley natural, la han invocado de manera simplista y arbitraria, que es difícil emplear hoy esta expresión sin despertar la desconfianza y la sospecha de muchos de nuestros contemporáneos. Deberían, sin embargo, darse cuenta de que la historia de los derechos del hombre está ligada a la de la ley natural y que el descrédito en que el positivismo ha tenido por un cierto tiempo a la idea de ley natural ha conllevado un descrédito semejante para la idea de los derechos del hombre.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 91 y 109.

<sup>30</sup> Maritain, Jacques, *L'homme et l'Etat (El hombre y el Estado)*, trad. de Juan Miguel Palacios, Madrid, Ediciones Encuentro, 1983, pp. 97 y 98. El citado filósofo añade en otra de sus relevantes obras con fundado espíritu medieval: “la idea de derecho natural es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico. No remonta a la filosofía del siglo XVIII, que la ha deformado más o menos, sino a Grocio, y antes de éste a Suárez y a Francisco de Vitoria; y más lejos a Santo Tomás de Aquino; y más lejos a San Agustín; y a los padres de la Iglesia, y a San Pablo; y más lejos aún a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, Sófocles en particular”. Maritain, Jacques, *Les droits de l'homme et la loi naturelle (Los derechos del hombre y la ley natural)*, trad. de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Buenos Aires, Biblioteca Nueva, 1943, p. 88; Maritain, Jacques, “Reflexiones sobre la persona humana y la filosofía de la cultura”, en Maritain, Jacques *et al.* (coords.), *La defensa de la persona humana*, trad. de Juan Miguel Palacios, Buenos Aires, Ediciones Stvium de Cultura, 1949, pp. 37-63.

Asimismo, la idea de dignidad de la persona en los derechos humanos fue puesta en práctica, siguiendo a Mauricio Beuchot (conforme a la concepción de Santo Tomás de Aquino) por fray Francisco de Vitoria,<sup>31</sup> fray Bartolomé de las Casas y fray Alfonso de la Veracruz.

De acuerdo con lo anterior, creemos que el desafío del juez constitucional en el siglo XXI es cumplir satisfactoriamente tanto la justificación externa como interna de sus decisiones a partir de un adecuado y pertinente empleo de una o varias teorías de derechos fundamentales y de justicia. Zagrebelsky ha sostenido que la interpretación constitucional es “un acto de adhesión o ruptura con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte”.<sup>32</sup> Si adoptamos dicha posición, debemos tomar en cuenta entonces, que el juez constitucional tiene un doble desafío en las actuales sociedades plurales. Se encuentra obligado a motivar y argumentar para convencer al auditorio especializado; el judicial.<sup>33</sup> Y por otro lado, sus decisiones deben provocar un mínimo convencimiento racional en la sociedad donde se encuentre, sin exceder los límites que los propios valores del liberalismo le imponen.

### III. EL DESAFÍO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: CONCRETIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA EQUIDAD

La justicia impartida por los tribunales constitucionales es fundamental para ejercer un límite efectivo de los poderes públicos.<sup>34</sup> El desplazamiento paulatino del antiguo modelo de Estado de derecho y la sustitución del mismo por el Estado constitucional moderno son pieza clave en la revaloración de

---

<sup>31</sup> Es patente el claro humanismo por parte de algunos de los frailes que llegaron a América y la denuncia de estos hacia las injusticias padecidas por los indígenas. “Queda, pues, firme todo lo dicho, que los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, como los cristianos, y que tampoco por éste título pudieron ser despojados de sus posesiones, como si no fueran verdaderos dueños, los príncipes y las personas particulares”. Vitoria, Francisco de, *Derecho natural y de gentes*, título original: *Relectiones theologicae, R. P. Fr. Franciscini Victorae*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1946, pp. 160 y 161.

<sup>32</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre de 2008, p. 264; “Jueces constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año. XXXVII, núm. 117, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, septiembre-diciembre de 2006, pp. 1135-1161.

<sup>33</sup> Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Biblioteca Romano-Hispánica, Gredos, 1989, p. 43.

<sup>34</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, p. 150.

los textos jurídicos. Mientras que en el primer modelo de Estado se expresa el sometimiento del mismo a un conjunto de normas e instituciones jurídicas en el Estado constitucional tiene vigencia la aplicación y eficacia directa de la norma fundamental en el resto del ordenamiento jurídico.<sup>35</sup>

Las Constituciones son percibidas hoy en día como un conjunto de principios y valores, los cuales irradian e impregnan en todas las áreas del derecho. El nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo aglutina todo un conjunto de pensamientos de la filosofía del derecho tan heterogéneo, que incluso llega a ser en ocasiones contradictorio observar autores positivistas y iusnaturalistas bajo un mismo techo.<sup>36</sup> A pesar de ello, es preciso mencionar que la revaloración del Estado de derecho, el desplazamiento de la ley (legicentrismo), como ejes vertebradores de los sistemas jurídicos tradicionales, son revisados desde una óptica crítica, que permite la fusión de valores y principios en la construcción de la teoría constitucional, donde existe más ponderación y menos subsunción en la solución de casos difíciles. No resulta extraño, por consiguiente, que algunos autores se atrevan a afirmar el surgimiento del “imperialismo de la moral” en el derecho constitucional.<sup>37</sup> Aunque no coincidimos del todo con esta aseveración, cabe darle importancia al sólido replanteamiento de los valores éticos, cuyo contenido constitucional y jurídico son indispensables para la sólida fundamentación de las decisiones de los tribunales constitucionales.<sup>38</sup> En este sentido, Pedro de Vega defiende esta visión axiológica de la norma constitucional, al afirmar:

Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo... la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, a nivel científico, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdic-

---

<sup>35</sup> Schneider, Hans Peter, “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 71-115; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001.

<sup>36</sup> Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2008; *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002.

<sup>37</sup> Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 270.

<sup>38</sup> Alexy, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica”, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 159-177; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 1988, pp. 139-151; Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002; Figueruelo Burrieza, Ángela, “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa”, en Torres Estrada, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, op. cit., p. 126.

ción constitucional está llamada a desempeñar... si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica.<sup>39</sup>

De esta forma, las Constituciones no deben ser meras declaraciones retóricas o postulados inacabados e incumplidos, sino textos vivos que integren a la sociedad; es decir, no basta con tener Constitución, sino que es necesario estar en Constitución.<sup>40</sup> La revaloración e importancia de la existencia de valores y principios en los textos fundamentales ha resultado ser una de las fórmulas en las que la jurisdicción constitucional ha tomado un respiro, y mediante la cual ha permitido una mejor operatividad al juez constitucional. Incluso, el establecimiento de “cláusulas valorativas o materiales”<sup>41</sup> nos ha llevado, como sostendría Prieto Sanchís, hacia una especie de

...constitucionalismo ético donde la necesaria y olvidada conexión entre derecho y moral vuelve a hacerse presente, el juez ha salido de la alternativa entre la “boca muda” o “juez legislador”; ya que la moral penetra no solamente mediante la teoría o la doctrina, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación.<sup>42</sup>

Los trágicos acontecimientos derivados de la Segunda Guerra Mundial volcaron los esfuerzos de los juristas por buscar un criterio material y objetivo bajo el cual se pudiera emitir un juicio crítico sobre la validez del derecho positivo. En igual sentido, el hallar pautas axiológicas para orientar su elaboración y aplicación. “En este contexto la filosofía de los valores elaborada por Scheler y Hartmann trazaron un camino llano, que conducía directamente a emplear el concepto de valor como criterio material para la validez del derecho”.<sup>43</sup> La doctrina jurisprudencial alemana es baluarte y ejemplo

<sup>39</sup> Vega García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7 (monográfico sobre garantías institucionales), 1979, p. 95.

<sup>40</sup> La clasificación pertenece al destacado profesor Lucas Verdú, quien retoma algunas ideas del jurista alemán Karl Loewenstein. Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 48.

<sup>41</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 140.

<sup>42</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

<sup>43</sup> Torre Martínez, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 6 y 7.

de la consolidación de esta deontología positivizada. Un paradigma de ello es la doctrina del orden de valores, inspirada en la Escuela neokantiana de Baden. Fue en el fallo Lüth, dictado por la primera Sala del Tribunal Constitucional Federal alemán el 15 de enero de 1958, cuando se proclama la naturaleza de los derechos fundamentales como un sistema valorativo. Este caso tiene relación con un boicot realizado por el director de una agencia de prensa en Hamburgo, Erich Lüth, contra la película *Unsterbliche Geliebte* (La amada inmortal), del cineasta colaborador del régimen nacionalsocialista, Veit Harlan.<sup>44</sup>

La sentencia emitida por la Primera Sala consistió en revocar la sentencia del tribunal estatal de Hamburgo, que había condenado a Lüth a una indemnización civil a favor de Harlan, por considerar que los llamados al boicot de su película no estaban amparados por la libertad de expresión. De igual forma, se empleó la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares *Drittwirkung der Grundrechte* para fundamentar el fallo aludido, recordando algunos precedentes del Tribunal Laboral Federal Alemán. Los magistrados de la Primera Sala ponderaron los bienes jurídicos en conflicto: el derecho a expresar opiniones, frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que podían resultar violados con el ejercicio del primer derecho. En la referida sentencia, se lee en los párrafos 1 y 27 (BvF 7,198):

Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho...

Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 y ss., 197 y ss.]; 6, 32 [40 y ss.]), sino que ha establecido —en su capítulo sobre derechos fundamentales— un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los

---

<sup>44</sup> El referido cineasta había filmado distintas películas que fueron empleadas por el régimen nacionalsocialista como propaganda antisemita, entre la que se encontraba “Dulce judío” (*Jüid Süß*), en 1940. Véase García Amado, Antonio, “Cómo se escribe la historia de la filosofía del derecho del nazismo. Paralelismos y diferencias con la historiografía de la filosofía del derecho bajo el franquismo”, en Puy, F. et al. (eds.), *Problemática actual de la historia de la filosofía del derecho española*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 19-44; García Amado, Antonio, “Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria”, en García Amado, Juan Antonio y Paredes Castañón, José Manuel (coords.), *Torturas en el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 19-45.

derechos fundamentales (Klein / v. Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz*, t. II, 4, notas al Art. 1, p. 93). La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura...

En concordancia con el sistema de valores fundamental, el viejo derecho [anterior a la Constitución] debe orientarse —en cuanto a su contenido— a ese sistema de valores; de ahí se deriva para él un contenido constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación.

La teoría axiológica se encuentra presente en el pensamiento del jurista alemán Rudolf Smend. Esta posición pugna por una teoría de los derechos fundamentales que sirva como factor de integración material y como expresión de un sistema de valores. Su concepción se aparta de la clásica visión formal del constitucionalismo, partiendo de una visión tripartita de factores de integración: personal, funcional y material. Esta última óptica hace referencia a un conjunto de vivencias sustantivas encarnadas en un grupo de valores socialmente compartidos, como la bandera, el himno, las fiestas nacionales, y por supuesto, los derechos fundamentales como valores concretos de un sistema cultural.<sup>45</sup>

La doctrina jurisprudencial alemana se va configurando entonces como un valor y un principio fundamental en el Estado constitucional, a partir de la influencia ejercida por los pensadores pertenecientes a la Escuela de Baden, en torno al replanteamiento de la filosofía kantiana sobre la no instrumentalización de la persona humana.<sup>46</sup> Así, este valor, junto con el libre desarrollo de la persona,<sup>47</sup> edifican la piedra angular de la jurisprudencia alemana, fundada en un orden objetivo de valores; es decir, una moral objetivada en las normas constitucionales.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, trad. de José Ma. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, pp. 62-106. (Esta edición contiene otros trabajos del constitucionalista alemán publicados en *Staatrechtliche Abhandlungen*, 1968).

<sup>46</sup> Fernández Segado, Francisco, “La dignidad de la persona como valor supremo”, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 3-38.

<sup>47</sup> Bernal Pulido, Carlos, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad”, *El derecho de los derechos (escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 247-254.

<sup>48</sup> Benda, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, *Manual de derecho constitucional*, presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio

La excelente calidad de la argumentación de las decisiones del propio Tribunal alemán ha demostrado que la dinámica y la flexibilidad de estos principios permiten la solución efectiva de casos difíciles, entre otros, donde se encuentra involucrada la libertad sexual de la mujer (aborto), la libertad de expresión y sus manifestaciones más específicas (libertad artística, de cátedra, honor, imagen, intimidad, datos personales, etcétera), el debido proceso penal (prohibición de trato al inculcado como objeto durante el proceso penal), la utilización de la persona como mero factor de riqueza (materia laboral), o como mero objeto de entretenimiento (límites a la libertad contractual).

Por consiguiente, el desafío de la justicia constitucional consiste en volver efectivos los valores de dignidad y libre desarrollo de la persona humana, mediante su aplicación efectiva, con objeto de lograr la equidad y la justicia, pues qué mejor que los principios que dieron vida a Estados constitucionales tan sólidos, como el alemán o el español, para lograr tan elevada finalidad. La construcción de una teoría de los derechos fundamentales<sup>49</sup> a partir de precedentes constitucionales, debe auxiliar a la teoría del derecho y su pretensión de corrección de la injusticia de las normas jurídicas, porque una teoría de los derechos fundamentales coherente cumple con su propósito cuando los jueces resuelven algún conflicto en la imposición de límites o restricciones a los derechos, constituyéndose ésta como el mejor camino para el fortalecimiento de las instituciones judiciales y la consolidación de precedentes que irradian el ordenamiento jurídico.

---

López Piña, Madrid, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, 2006, p. 119; Von Münch, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, trad. de Jaime Nicolás Muñoz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, pp. 9-34; Fernández García, Eusebio, “La dignidad de la persona”, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2001, pp. 19 y ss. Para un análisis filosófico de la dignidad humana, se recomienda la magnífica obra del profesor Thomas de Koninck: *De la dignidad humana*, trad. de María Venegas Grau, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2006; Asís Roig, Rafael de, “El artículo 10.1 de la Constitución española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en Monereo Pérez, J. L. et al. (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada, Comares, 2002, pp. 153-175.

<sup>49</sup> Una teoría de los derechos fundamentales podemos definirla como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales”. Böckenförde, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Bastida, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 45.



#### IV. LA SUPERACIÓN DEL FORMALISMO JURÍDICO POR MEDIO DE LA HERMENÉUTICA Y LA ARGUMENTACIÓN EN VALORES

Una de las características básicas y fundamentales del Estado liberal de derecho era la supremacía legal, donde la ley era la única y principal fuente jurídica, mientras que las demás fuentes eran auxiliares o alternas. Lo anterior, podemos encontrarlo en los totalitarismos previos a los acontecimientos bélicos mundiales de mitad del siglo XX (nacionalsocialismo y fascismo, principalmente). El nacionalsocialismo estuvo caracterizado por una concentración de poderes absoluta, ejerciendo la función legislativa, a través de ordenanzas, ya que el Parlamento estaba compuesto en su mayoría por los funcionarios del partido. La función ejecutiva tanto de canciller como presidente del *Reich* dependía igualmente del *Führer*, y posterior a 1934, la función judicial (juez supremo) también recaía en el mismo, incluso teóricos como Carl Schmitt señalaban que era él quien defendía el derecho.<sup>50</sup>

En este contexto, la posición del filósofo alemán Gustavo Radbruch resulta especialmente importante en la revisión del iuspositivismo tradicional y su crisis. Y esto, lo señalamos no sólo por ser un destacado disidente del régimen nacionalsocialista (Radbruch fue uno de los primeros catedráticos alemanes en ser expulsado por este régimen absolutista), sino porque en su idea de derecho contiene tres elementos básicos: la justicia, el fin y la seguridad, y el orden; los cuales se encuentran en permanente tensión. De este modo, la exigencia del profesor de Heidelberg se fundamenta en la conexión entre la norma, el hecho y el valor. Incluso en la formulación abierta de una crítica hacia la racionalidad legalista del derecho, siendo desplazada por una racionalidad material, basada en un constitucionalismo democrático.<sup>51</sup> La fórmula del derecho extremadamente injusto la elaboró en 1946, en el famoso artículo titulado “Gesetzliches Unrecht und übersetzliches Recht” (arbitrariedad legal y derecho supralegal), en la revista *Süddeutschen Juristen*, de la forma siguiente.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Lucas Verdú, Pablo, *Manual de derecho político (introducción y teoría del Estado)*, Madrid, Tecnos, vol. I, 2001, p. 108. La teoría constitucional del pensador alemán Carl Schmitt sirvió de base y fundamento al derecho nacionalsocialista, son claves para la comprensión del mismo, la dialéctica amigo-enemigo, el decisionismo político, estado de excepción, entre otros. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 2009; *La defensa de la Constitución (estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución)*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1983.

<sup>51</sup> Radbruch, Gustavo, *Filosofía del derecho*, estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 1999, pp. 45-65.

<sup>52</sup> Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 181-190. La arbitrariedad (explica el catedrático Luis Legaz

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder resolverse, de tal forma que el derecho positivo, afianzado por la promulgación y la fuerza que tenga también preferencia cuando sea injusto o inadecuado, en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia, alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “derecho injusto” ante la justicia. Es importante trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas, a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no solo es “derecho injusto”, sino que más bien carece de naturaleza jurídica.

En esta fórmula podemos distinguir dos elementos caracterizadores. El primero, se refiere a la medida insoportable de las leyes. El segundo, a la negación consciente del establecimiento del derecho positivo. Dicho en otros términos: “la injusticia extrema, no es derecho”.<sup>53</sup> El planteamiento de la citada fórmula adquirió una validez significativa a raíz de numerosos casos en donde se encontraba en juego la dignidad de las personas que habían sido sometidas al derecho discriminatorio del régimen nacionalsocialista, como la pérdida de ciudadanía de quienes profesaban el judaísmo, y las sucesivas leyes que los despojaban de sus propiedades. Situación por la cual los jueces del régimen de la posguerra tuvieron la prueba más importante que desafió al sistema jurídico y constitucional de la época al momento de declarar nulas muchas de las normas legalmente válidas, incluso en contra de los principios jurídicos que durante décadas fueron considerados inderrotables, como la prohibición de irretroactividad de la ley en perjuicio del inculpadado, pero que constituían un derecho éticamente insoportable y la invocación expresa en sus sentencias de la fórmula de Radbruch.<sup>54</sup>

---

y Lacambra) es la negación de la forma de derecho y negación de la justicia, en tanto que la justicia se realiza a través del derecho. Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 614. La idea del derecho injusto también había sido discutida por el filósofo alemán Rudolf Stammler, tratando de encontrar una posición moderada a través de una posición relativista del derecho. Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 1930, p. 255.

<sup>53</sup> Alexy, Robert, “Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en Vigo, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, México, Fontamara, 2004, p. 269.

<sup>54</sup> BVerfGE 3, 58; 6, 132. Véase Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula Radbruch”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 75-96.

En igual sentido se encuentra el famoso precedente relacionado con los centinelas del muro de Berlín, resueltos por el Tribunal alemán.<sup>55</sup> Esta decisión mereció el aval no sólo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino de la comunidad internacional y académica, que condenaba rotundamente el derecho que prevalecía en la Alemania oriental, aun cuando los hechos habían sucedido durante los años setenta.<sup>56</sup> Los magistrados de aquel Tribunal realizaron una ponderación para resolver el conflicto entre los principios de justicia material del Estado de derecho y la prohibición absoluta de retroactividad y legalidad en materia penal. Al respecto, los jueces afirmaron que “en un Estado donde no se respetaran los principios democrático, de división de poderes y respeto a los derechos fundamentales, resultaría absurdo pretender darle validez al principio de no retroactividad de las leyes penales en beneficio de los mismos infractores del orden constitucional”. Para este propósito, se desarrolló una estructura argumentativa a partir del mandato de justicia material, contenido en la observancia de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, el cual prohibía la aplicación de una causa de justificación de ese tipo, legitimando así la invocación de los criterios de la fórmula de Radbruch. Lo anterior encontró soporte en el propio derecho internacional de los derechos humanos, situación que se ajustaba perfectamente a la ley fundamental de aquel país. De esta manera, la aplicación de la fórmula era pertinente y legítima, ya que existía una carga desproporcional e injustificada. En este tenor, la condena impuesta a los demandantes no violaba el principio de culpabilidad, ya que ésta encontraba fundamento en el principio de la dignidad humana, el derecho a la vida, así como el principio de Estado de derecho.

Una de las principales críticas que se han lanzado en contra de dicha fórmula es la violación al principio de seguridad jurídica, que protegen los principios del debido proceso. Sin duda alguna, el pensamiento jurídico de Radbruch contribuyó a la rehabilitación de los estudios de filosofía del derecho. Asimismo, superó el rígido normativismo, “al admitir la presencia operativa en el derecho de ciertos principios básicos de derecho

---

<sup>55</sup> El caso fue resuelto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional federal alemán el 24 de octubre de 1996. BVerfGE 95, 96.

<sup>56</sup> Los hechos acontecieron la noche del 14 de febrero de 1972, cuando una persona intentó cruzar a través del río Kreuzberg a la llamada Alemania occidental. Una vez que cruzó, fue visto por dos guardias de la frontera, quienes se percataron de la huida cuando se encontraba a la mitad del río, disparándole dos y tres veces, respectivamente, no pudiéndose determinar quién realmente propició el tiro con el que murieron las personas. Ellos estaban conscientes de que podían matar al fugitivo, pero tenían órdenes de evitar su escape a como diera lugar. Dicha obligación derivaba del Reglamento de Servicio del Ministerio de Defensa y de la propia Ley sobre la Frontera Estatal, ambas de la R. D. A.

natural”.<sup>57</sup> El filósofo del derecho, Robert Alexy, ha replanteado la fórmula de Radbruch, desde su teoría discursiva de los derechos fundamentales, basado en la teoría de Jürgen Habermas. El argumento principal sobre la corrección de la injusticia del derecho encuentra su origen en la antigua conexión entre el derecho y la moral, desde una postura moderada o corregida de positivismo jurídico. Para el profesor de la Universidad de Kiel, el núcleo de este argumento “consiste en la tesis que los actos jurídicos institucionales siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación sobre cual es el acto jurídico material y procedimentalmente correcto”.<sup>58</sup>

De tal forma, la justicia queda institucionalizada a partir de la teoría discursiva de los derechos fundamentales, los cuales constituyen un mínimo de moral de corrección o de justicia que debe existir en el derecho.<sup>59</sup> De esta forma, el ejercicio de ponderación de principios constitucionales se convierte en la mejor herramienta argumentativa para justificar restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales. El propio Habermas ha criticado dicha posición, manifestando el rígido procedimentalismo de Alexy sobre las normas jurídicas, y advirtiendo que el ejercicio de ponderación es una herramienta meramente subjetiva y susceptible de un ejercicio discrecional y arbitrario de la argumentación como cualquier otro procedimiento justificativo.<sup>60</sup>

En este sentido, ¿es suficiente el procedimiento discursivo de la corrección de la injusticia para satisfacer los ideales de justicia y equidad que exige una sociedad?, ¿es necesaria la adopción por parte del juez de alguna corriente de la filosofía ilustrada o liberal para motivar sus decisiones?, ¿es posible establecer racionalmente el principio de justicia? Perelman afirma que no se puede justificar racionalmente la idea de justicia material si no existe un consenso mínimo de valores en donde se desarrolle el sistema normativo, el cual no puede ser sometido a algún criterio racional; es decir, es perfec-

<sup>57</sup> Vigo, Rodolfo, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”, *cit.*, p. 55.

<sup>58</sup> Sieckmann, Jan, “Human Rights and the Claim to correctness in the Theory of Robert Alexy”, *Law, Rights and Discourse (The Legal Philosophy of Robert Alexy)*, Ed. George Pavlakos, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, pp. 189-206.

<sup>59</sup> Alexy, Robert, “Derecho y corrección”, *La institucionalización de la justicia*, edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane, trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez, Granada, Comares, 2005, p. 45; *idem*, “La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho”, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 51-72; Raz, Joseph *et al.*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

<sup>60</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez (sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso)*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 302 y 303.

tamente arbitrario y lógicamente indeterminado.<sup>61</sup> Así, el cumplimiento del ideal de justicia a partir de procedimientos meramente descriptivos o procedimentales no es suficiente. Si queremos realmente dar sentido a las normas jurídicas y dotarlas de sustancia, es necesario acudir a la hermenéutica jurídica y a las distintas pautas para su aplicación en el derecho.

La hermenéutica jurídica puede mostrarnos la estructura del proceso de comprensión, así como las condiciones de posibilidad de los textos jurídicos. Esto evita la posibilidad de reducir la interpretación a una mera técnica en el simple procedimiento aplicativo.<sup>62</sup> El círculo hermenéutico acuñado por el filósofo Gadamer podría servirnos como instrumento para acercar la comprensión entre los elementos que componen determinada situación jurídica a partir de un ejercicio circular de la comprensión y tratando de atisbar las dificultades de entendimiento a causa de los impedimentos que nacen de la historia y tradición de los fenómenos sociales.<sup>63</sup> Asimismo, si adoptamos la hermenéutica como auxiliar en la interpretación de las normas, deberemos asimilar un concepto de horizonte, con objeto de comprender la dinámica de las normas jurídicas al contexto social, que se encuentra siempre en perpetuo movimiento.<sup>64</sup>

La idea perseguida con el proceso de hermenéutica constitucional es la comprensión intersubjetiva del proceso discursivo del derecho y concretizar de mejor forma los valores y principios constitucionales a los problemas sociales que se pretenden resolver, desde una razón práctica. Dicho proceso únicamente es posible si el propio juez sabe comunicar los valores constitucionales por medio de un proceso discursivo y racional. Este proceso paulatino, de reconocimiento y consolidación de una Constitución material, viviente, forma parte del desafío que el juez constitucional tiene en el siglo XXI. Esto lo podemos observar en la creación de nuevos derechos humanos a partir de la interpretación extensiva de principios y de la axiología constitucional,<sup>65</sup> en aras de salvaguardar la justicia y la equidad.

---

<sup>61</sup> Perelman, C. H., *De la justicia*, trad. de Ricardo Guerra, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1964, pp. 70-73.

<sup>62</sup> Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación (elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 225; Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, México, Taurus, 2000.

<sup>63</sup> Gadamer, Hans George, *Verdad y método II*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, p. 68.

<sup>64</sup> *Ibidem*, *Verdad y método I*, pp. 372 y ss.

<sup>65</sup> Tribe, Laurence, *The Invisible Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 32; Strauss, David A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, 2010.

## V. CONCLUSIONES

Las Constituciones son textos vivos que aspiran a ser factores de integración de nuestras sociedades. El juez constitucional tiene un papel preponderante en la conjugación de esos valores, traducidos en derechos fundamentales o principios constitucionales. El desafío de la justicia constitucional es mayúsculo en la medida en que los problemas sociales se judicializan. Ante dichos conflictos, no es suficiente la preparación y el conocimiento de herramientas epistemológicas para la justificación interna de las resoluciones.<sup>66</sup> Es necesario un amplio conocimiento de las teorías de la justicia que fundamentan las propias normas jurídicas a fin de dar una justificación externa, y con base en la axiología constitucional.

La simbiosis entre el derecho y la moral permite llevar a cabo una función crítica del derecho positivo. En este contexto, es también indiscutible que la teoría constitucional, en la actualidad se encuentra impregnada de valores y principios que irradian el resto del ordenamiento jurídico. La derrota del formalismo y legalismo jurídico, ante el ascenso de concepciones más flexibles, permite comprender holísticamente los problemas jurídicos y auxiliar la labor del intérprete constitucional.

Las técnicas para la resolución de conflictos en donde se encuentran involucrados valores y principios constitucionales son diversas. En la ponderación, por ejemplo, el juez se ve obligado a realizar un juicio ético sobre los valores en conflicto. La doctrina jurisprudencial alemana fue la primera en consagrar en sus precedentes este tipo de razonamientos, a través de la teoría del orden objetivo de valores, fundamentada a su vez por el replanteamiento de la filosofía kantiana de la Escuela de Baden. El desafío que representó para el Tribunal Constitucional federal alemán el derecho nacionalsocialista y el ejercicio creativo por parte de los jueces sobre la invención de un derecho “extremadamente injusto”, a partir de la fórmula de Radbruch, permitió cumplir con los ideales de justicia y equidad que requería la resolución de los problemas causados por la injusticia de las condiciones económicas, políticas y sociales del régimen autocrático pasado.

La reinención del derecho procedimental y discursivo que realiza el positivismo moderado o crítico sobre la justificación de las decisiones de los tribunales resulta atractiva para los operadores jurídicos. El planteamiento de la corrección del derecho, mediante pautas moralmente universales

---

<sup>66</sup> En la fundamentación o justificación interna se decide si se están siguiendo las premisas que se aducen como fundamentación; es decir, la corrección de estas premisas. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 1997, p. 213.

como los derechos humanos, representa un modelo dinámico que se ajusta al replanteamiento del positivismo jurídico, permitiendo la coexistencia de principios constitucionales y el empleo de una dogmática jurídica flexible. La asunción del paradigma valorativo por el juez, a partir de la ponderación de los principios en conflicto, debe llevarse a cabo en el contexto de una reflexión judicial consciente, y empleando una hermenéutica que permita dotar de sentido y sustancia a las normas de manera pertinente, en su adecuado y justo contexto. Una dogmática constitucional que se encuentre alejada de la justicia y la equidad como valores rectores y orientadores tiende a convertir la justicia constitucional en simple legalidad y deja sin utilidad práctica la labor del operador judicial.

Por estas razones, la labor del intérprete constitucional se ha constituido el día de hoy como uno de los pilares fundamentales del Estado constitucional democrático. La fuerza normativa de los textos fundamentales, así como del propio derecho internacional de los derechos humanos, debe orientarse hacia una labor crítica a través de la expansión y potencialización de los derechos fundamentales como principios y valores que doten de sentido todas las normas de los inferiores ordenamientos. La interpretación conforme y el control de convencionalidad son ejemplos claros de la realización de este proceso, que está siendo progresivamente aceptado por las jurisdicciones constitucionales iberoamericanas. Afirmamos, sin dubios, que este es apenas el comienzo de una era de justicia constitucional que tenga por fin la concretización de los derechos fundamentales y que aspire a satisfacer los ideales de justicia y equidad, que por siglos han permanecido en la mesa de debate, pero que por su profunda dimensión e impacto en los conflictos y las relaciones humanas siguen vigentes hoy en día.