

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



**Análisis sobre la incidencia de los postulados del
objetivismo moral en la jurisprudencia del Tribunal
Constitucional peruano (Periodo 2020)**

Tesis para obtener el grado académico de Maestra en Derecho
Constitucional que presenta:

Karla Soledad Cacho Quiroz

Asesor:

José Enrique Sotomayor Trelles

Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, José Enrique Sotomayor Trelles, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis titulada(o) Análisis sobre la incidencia de los postulados del objetivismo moral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (periodo 2020), de la autora Karla Soledad Cacho Quiroz, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 8%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 24 de setiembre de 2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de investigación, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 25 de setiembre de 2024.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>Sotomayor Trelles, José Enrique</u>	
DNI: 45486817	Firma <i>Enrique Sotomayor T.</i>
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1155-0249	



**A Dios, mis padres y hermanos, por ser luz y
fortaleza en medio de la incertidumbre.**

RESUMEN

El objetivismo moral es una teoría filosófica en el campo de la metaética, a defenderemos la tesis de que es aquí donde debe permanecer su preponderancia, que a lo sumo ha de ser teórica.

Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la tendencia argumentativa que pretende demostrar la corrección de los juicios morales se ha trasladado al plano jurisdiccional, a través de la superposición, en abstracto y en concreto, de valores morales autónomos, incommovibles y universales. Dichos valores prevalecen, en muchos casos, sobre cualquier norma jurídica – positiva, incluyendo las que se encuentran en disposiciones constitucionales. Así, el haber endosado una corriente filosófica, sustancialmente teórica, al ámbito práctico, ha supuesto consecuencias inesperadas, ya que los jueces no pueden pretender ser objetivistas morales sin dejar de lado sus sesgos personales, que responden a una moral contingente o coyuntural. Si esto es así, entonces, aquello que se presenta como moralmente correcto, en realidad, se encuentra teñido por un círculo de subjetividad. Tan es así, que se suele equiparar un óptimo moral relativo con un óptimo constitucional.

En vista de esta cuestión, es que el trabajo aborda tres tópicos principales: el primero, de naturaleza filosófica, que tendrá por objeto identificar las premisas teóricas del objetivismo moral, hasta analizar críticamente dos de sus corrientes más representativas: el realismo y el constructivismo. El segundo capítulo, de orden más pragmático, se concentra en estudiar dos sentencias del Tribunal Constitucional peruano, en el marco de procesos de inconstitucionalidad y con un contenido moral preponderante, a fin de identificar la naturaleza de su línea argumentativa, cuando emite decisiones que toman la forma de juicios morales con pretensión de objetividad o corrección. Por último, hemos de engranar estas cuestiones: teórica y práctica, para determinar cómo se manifiesta el objetivismo moral en la justicia constitucional peruana y, con eso en mente, advertir los riesgos que tal situación significa para el Estado Constitucional de Derecho, lo que nos impulsará a ofrecer una propuesta de reivindicación argumentativa.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, objetivismo moral, constructivismo, argumentación constitucional y Estado Constitucional de Derecho.

ABSTRACT

Moral objectivism is a philosophical theory in the field of metaethics, we will defend the thesis that this is where its preponderance must remain, which at most must be theoretical.

However, in the jurisprudence of the Constitutional Court, the argumentative tendency that seeks to demonstrate the correctness of moral judgments has been transferred to the jurisdictional level, through the superposition, in abstract and concrete terms, of autonomous, immutable and universal moral values. These values prevail, in many cases, over any positive legal norm, including those found in constitutional provisions. Thus, having endorsed a philosophical current, substantially theoretical, to the practical field, has entailed unexpected consequences, since judges cannot claim to be moral objectivists without leaving aside their personal biases, which respond to a contingent or conjunctural morality. If this is so, then what is presented as morally correct is, in reality, colored by a circle of subjectivity. So much so that a relative moral optimum is usually equated with a constitutional optimum.

In view of this issue, the work addresses three main topics: the first, of a philosophical nature, which will aim to identify the theoretical premises of moral objectivism, until critically analyzing two of its most representative currents: realism and constructivism. The second chapter of a more pragmatic order focuses on studying two rulings of the Peruvian Constitutional Court, within the framework of unconstitutionality processes and with a predominant moral content, in order to identify the nature of its line of argument, when it issues decisions that take the form of moral judgments with a claim to objectivity or correctness. Finally, we must mesh these issues: theoretical and practical, to determine how moral objectivism is manifested in Peruvian constitutional justice and, with that in mind, warn the risks that such a situation means for the Constitutional Rule of Law, which we will prompt you to offer a proposal for an argumentative claim.

Keywords: *Constitutional Court, moral objectivism, constructivism, constitutional argumentation and Constitutional Rule of Law.*

CONTENIDO

CAPÍTULO I

LA RELACIÓN MORAL-DERECHO Y EL OBJETIVISMO MORAL -----	4
1.2. Algunas distinciones conceptuales relevantes -----	8
1.2.1. Punto de vista interno y moral social -----	9
1.2.2. Punto de vista externo y moral crítica -----	15
1.3. Las conexiones entre el Derecho y la moral -----	17
1.3.1. Conexión semántica clásica -----	17
1.3.2. Conexión semántica cualificada: la injusticia extrema no es Derecho ---	18
1.3.3. Conexión ontológica: la justicia procedimental -----	20
1.3.4. Conexión normativa: la pretensión de autoridad como elemento intrínseco del Derecho -----	22
1.3.5. Conexión identificativa: la identificación del Derecho desde una perspectiva moral -----	24
1.3.6. Conexión justificativa -----	30
1.4. El objetivismo moral, como corriente filosófica en metaética -----	34
1.4.1. Realismo moral -----	34
1.4.2. Constructivismo moral -----	36

CAPÍTULO II

EL OBJETIVISMO MORAL DESDE LA INTERPRETACIÓN EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL -----	45
2.1. Las teorías de la interpretación constitucional -----	46
2.1.1. Teoría cognoscitivista -----	46
2.1.2. Teoría escéptica -----	51
2.1.3. Teoría ecléctica -----	56
2.2. Análisis de casos -----	58
2.2.1. Caso de la ley de cementerios y servicios funerarios -----	59
2.2.2. Caso de la ley de protección y bienestar animal: corridas de toros y peleas de gallos -----	66

2.3. Las constantes del objetivismo moral en la justicia constitucional. Un recuento de la especial naturaleza de los argumentos interpretativos-----	72
---	----

CAPÍTULO III

LA INCIDENCIA DEL OBJETIVISMO MORAL EN LA JUSTICIA

CONSTITUCIONAL, EN EL MARCO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL

DE DERECHO----- 80

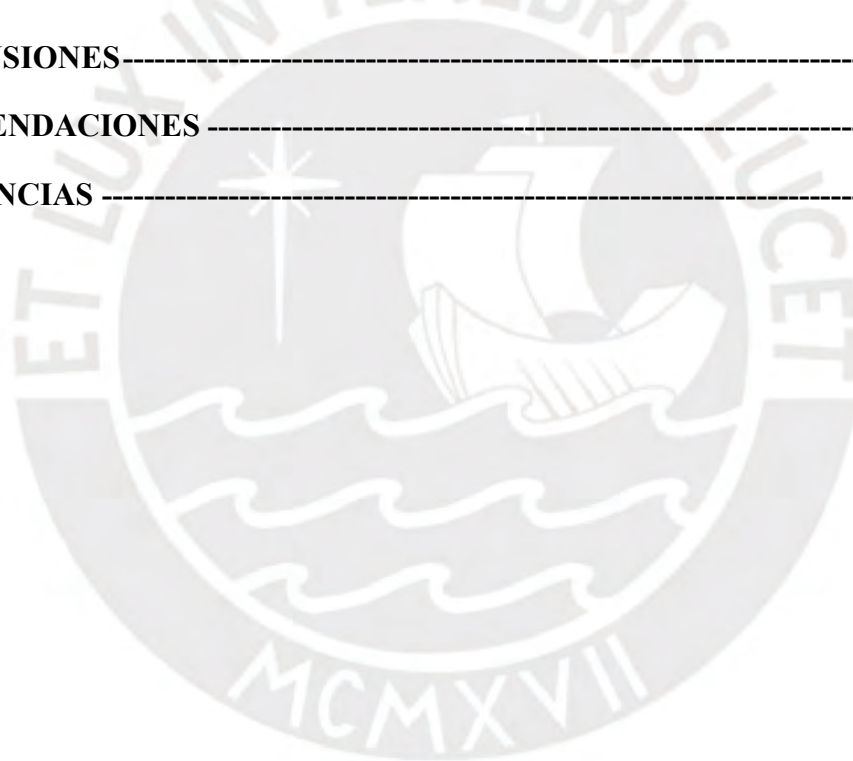
3.1. La incidencia del objetivismo moral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las normas morales – jurídicas como condiciones validez y aplicabilidad de las normas constitucionales – positivas -----	81
---	----

3.2. La incidencia del objetivismo moral del Tribunal Constitucional en un Estado Constitucional de Derecho-----	87
--	----

CONCLUSIONES----- 91

RECOMENDACIONES-----102

REFERENCIAS-----106



INTRODUCCIÓN

Constituiría una mezquindad intelectual, el ignorar que la idea que subyace a este trabajo de investigación no posee ya, una estructura teórica importante. Nos referimos, sin más, al objetivismo moral.

De hecho, Juan García Amado, autoproclamado positivista jurídico, ha impulsado incesantemente una aguda crítica sobre el tema, del que dan cuenta sus innumerables conferencias y obras, como: *Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado Constitucional* (2022) o en *Debates iusfilosóficos: Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*, libro en el que desarrolla su tesis a través de un esfuerzo confrontativo con uno de sus detractores convencionales: Manuel Atienza. Sin duda, la jocosidad de sus argumentos, en un mundo tan complejo como la filosofía jurídica, es un aliciente de investigación. He aquí la razón por la que nos embarcamos en esta empresa de largo aliento.

Con ello no queremos decir, en modo alguno, que la tesis que hoy se presenta carece de aportes innovativos, que esperamos, dicho sea de paso, puedan contribuir a las críticas ya mencionadas. Sin embargo, el enfoque de este trabajo, más que teórico será práctico, pues mucho se ha dicho sobre cómo el objetivismo moral corroe al ejercicio de los jueces constitucionales y, por ende, a la democracia, mas no se ha indagado propiamente en este quehacer, al punto de lograr delimitar las condiciones por las que un determinado Tribunal Constitucional pueda adherirse, sin más, a las premisas del objetivismo moral.

Siendo ya, más puntuales, la problemática que intestamos abordar es la siguiente: los Tribunales Constitucionales, en el marco de sus funciones como legisladores negativos, han sido partícipes medulares en cuestiones de alta resonancia social, insertado en ellas una moral contingente o coyuntural; no obstante, el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad ha supuesto que esta realidad flagrante se esconda en artificios argumentativos que tiendan a una objetividad inexistente. El tema, entonces, es determinar cómo se manifiesta el objetivismo moral en la justicia constitucional peruana, a través de su tarea argumentativa.

Estando, así las cosas, nosotros trabajaremos sobre la siguiente hipótesis: El objetivismo moral (incluso en su acepción mínima) se manifiesta en la justicia constitucional peruana

cuando las decisiones de los jueces son arribadas, a través de un conjunto de postulados argumentativos tendentes a demostrar que las normas morales – jurídicas son una condición de validez, en abstracto, y de aplicabilidad, en concreto, de las normas constitucionales – positivas. Equiparando, de este modo, un óptimo moral relativo con un óptimo constitucional.

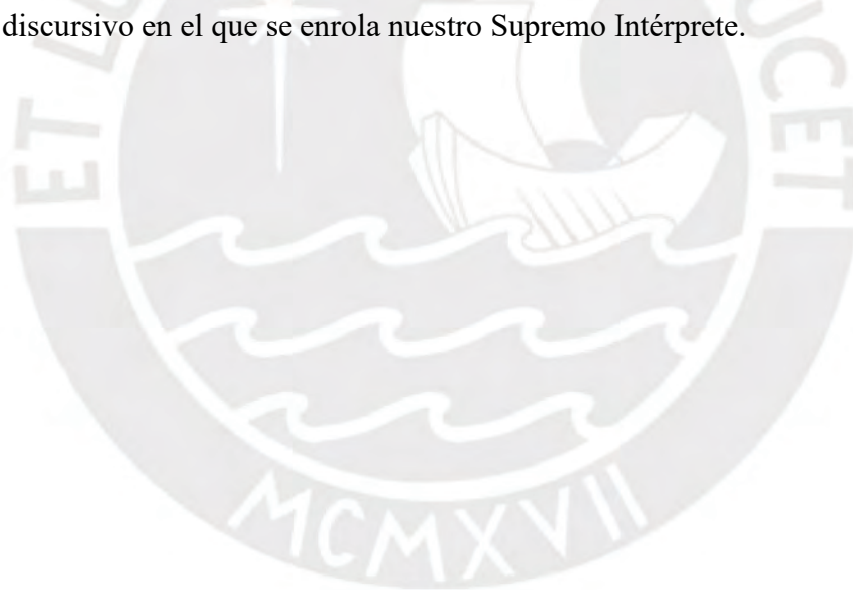
Para tal efecto, en el primer capítulo nos preocuparemos por reseñar los vaivenes históricos entre el iuspositivismo y el iusmoralismo, cayendo en cuenta, finalmente, que el objetivismo moral surge como corolario de los continuos esfuerzos por intentar arrojarle una explicación definitiva a la relación entre el Derecho y la moral.

Debemos precisar que, durante el estudio teórico que se realizará del objetivismo moral, como corriente filosófica en metaética, intentaremos detectar falencias, que deconstruirían la “objetividad” de la teoría, enfocándonos, sobre todo en su acepción mínima: el constructivismo moral mínimo, pues este se aproxima razonablemente a la práctica jurídica de los jueces constitucionales, tanto más en circunstancias en las que el objeto de litis, ostenta un denso contenido moral que amerite ser interpretado. Si bien, el contraste de la hipótesis se realizará exitosamente luego del análisis de sentencias (que veremos a lo largo del segundo capítulo), el aporte teórico que pretendemos establecer en este punto nos proporcionará una base idónea para reafirmarla, situación que se visualizará mejor en el tercer capítulo.

El capítulo segundo, tiene una finalidad clara: determinar a qué teoría de la interpretación constitucional se adhiere la naturaleza de los argumentos que el Tribunal Constitucional utiliza al momento hacer suyas las premisas del objetivismo moral. En consecuencia, el carácter bifuncional de este apartado es ineludible: teórico y práctico. De una parte, desarrollaremos exhaustivamente cada una de las teorías de interpretación constitucional que nos presente la literatura jurídica más especializada; y luego, en referencia a sus postulados, analizaremos dos sentencias, en el marco de procesos de inconstitucionalidad con un contenido moral preponderante (el caso de la ley de cementerios y servicios funerarios - STC. recaída en el Expediente 0002-2019-PI/TC y el caso de la ley de protección y bienestar animal - STC. recaída en el Expediente 0022-2018-PI/TC) en las que podamos advertir que las decisiones del Tribunal Constitucional toman la forma de juicios morales con pretensión de corrección o, lo que es lo mismo, que tengan el sello inmanente de haber sido determinadas de forma “moralmente correcta”.

Esto, con el objetivo, claro está, de caer en cuenta sobre los caracteres que revisten a la línea discursiva detrás de estos consensos, sobre los que fluctuarían argucias disforzadas para introducir juicios subjetivos preconcebidos. Intentaremos, finalmente, condensar el proceso argumentativo del Tribunal Constitucional peruano, a través de lo que llamaremos: “Constantes del objetivismo moral del Tribunal Constitucional”

Finalmente, el tercer capítulo constituirá, en principio, la condensación de todo lo que hasta aquí se expondrá, al punto de ver plenamente comprobada la hipótesis de investigación. Para ello, el universo filosófico que se desarrolló en torno al objetivismo moral se aunará, a modo de engranaje, a las conclusiones extraídas de la naturaleza argumentativa del Tribunal. De esta manera, estaremos en las condiciones de poder atribuir, plenamente, a su argumentación, los postulados del objetivismo moral. Ya en la segunda parte, hablaremos sobre cómo este fenómeno impacta en el Estado Constitucional de Derecho, sumergiéndonos en un importante debate democrático que desembocará en una tímida, pero no por eso menos relevante, propuesta para reivindicar el proceso discursivo en el que se enrola nuestro Supremo Intérprete.



CAPÍTULO I

LA RELACIÓN MORAL-DERECHO Y EL OBJETIVISMO MORAL

El presente es el capítulo más denso de la investigación, desde el punto de vista teórico, y no por eso menos interesante, pues la relación entre moral y Derecho es una discusión inacabada, pese a su resonancia histórica y filosófica. Sin embargo, el lector encontrará en esta disertación tópicos clave, que no solo servirán para intentar fundar una teoría en proceso de construcción, sino que han de ser recurrentes a la hora de abocarnos a la delimitación conceptual más importante del capítulo: el objetivismo moral. Así, la asimilación teórica de cada apartado se enfocará a extraer argumentos para conocer la tesis central del objetivismo moral y sus variantes y, desde allí, abordar las críticas que pudieran surgir.

De esta manera, comenzaremos con una ilustrativa reseña a cerca de los mitos griegos que presentaron a la dinámica entre el Derecho y la moral, como un tema de problemático. En seguida, hablaremos sobre algunas categorías relevantes que, pese a su aparente simplicidad conceptual, podrán ofrecernos una fecunda discusión entre iusmoralistas (aquellos que ensayan una teoría sobre la conjunción conceptual entre Derecho y moral) e iuspositivistas (aquellos que ensayan una teoría sobre la separación conceptual entre Derecho y moral), gracias a las ideas que se tejen en torno a ellas y, que, finalmente, darán indicios sobre la posición que ha de ocupar el Tribunal Constitucional, para ser concebido como un objetivista moral, en el marco de un despliegue argumentativo específico. Las instituciones aludidas son las siguientes: i) punto de vista interno y moral social y ii) punto de vista externo y moral crítica.

Sin embargo, expuestas así las cosas, la disertación teórica podría tornarse un tanto difusa, así que, en el afán de sistematizar las ideas imperantes a lo largo de la historia sobre las conexiones entre el Derecho y la moral, nos valdremos de la estructura propuesta por José Juan Moreso. En ese entendido, hablaremos detenidamente, por ejemplo, de: i) conexión semántica clásica, ii) conexión semántica cualificada, iii) conexión ontológica, iv) conexión normativa, entre otro. De esta manera, el lector podrá deslizarse a lo largo de interesantes doctrinas sobre la dualidad: Derecho – moral, muchas de las cuales, pese a su antigüedad, aún mantienen vigencia en el vertiginoso mundo de la teoría del Derecho. Es necesario advertir, en este punto, que el desarrollo conceptual de cada uno de estos apartados es más prolífico que la exposición original.

Por supuesto, hemos procurado no perder de vista a las categorías conceptuales iniciales y, lo que resulta ser nuestro fin principal: el objetivismo moral. Verbigracia, cuando se desarrolle el tema de conexión normativa, en el que se propugna, que la pretensión de autoridad es un elemento intrínseco al Derecho, por ser tal; el punto de vista interno será el eje principal para explicar la propuesta de Joseph Raz. En cuanto al objetivismo moral, podremos encontrar ideas contingentes en torno a él, cuando disertemos a cerca del positivismo jurídico incluyente, en el apartado de conexión identificativa y justificativa.

Finalmente, y como no podría ser de otra forma, el objetivismo moral tomará un lugar predominante en este capítulo. Como su estudio está enfocado en percibirlo como una corriente filosófica en metaética, el entendimiento de los aparatados preliminares será crucial para asimilar fácilmente las ideas que lo circundan.

Básicamente, nos centraremos en sus vertientes principales: el realismo moral y el constructivismo, en ambos, la constitución o el conocimiento de la verdad moral, coadyuvarán a su desarrollo. Además, nos enfocaremos en la versión más representativa del constructivismo metaético: el objetivismo moral mínimo de Manuel Atienza, no solo disgregando analíticamente su propuesta, sino ofreciendo una crítica certera a la misma, desde una perspectiva más acuciosa, centrada en la paradoja de la pretensión de objetividad y las inconsistencias de su rasgo falibilista. Esta crítica, al fin de cuentas, nos proporcionará una base clave que respaldará nuestra hipótesis a nivel teórico.

1.1. Orígenes clásicos de la discusión entre positivismo e iusmoralismo

El contraste más certero en la cosmovisión griega sobre lo que hoy entendemos como Derecho y moral¹, se remonta a la producción filosófico – política de Platón, con el *Critón* (1971) y Sófocles, a través de su obra teatral: *Antígona* (1981). Básicamente, en el *Critón* se desarrolla un contrapunto argumentativo entre Sócrates y un personaje con el mismo nombre de la obra, siendo que aquel se encuentra a portas de ser ejecutado y este último intenta persuadirlo de huir de su reclusión, por considerar que la pena impuesta es injusta. El razonamiento que utiliza Sócrates para contraargumentar se basa en reivindicar las bondades de la ley y la *polis*², y lo hace a través de las siguientes premisas resumidas

¹ Brea menciona que la problemática que se expone en el mundo clásico, a través de sus obras se centra en: “[...] la relación entre derecho natural/razón/moral y derecho positivo/leyes en las póleis de la Hélade” (2021: 45)

² Cabe indicar que, para disuadir sobre el particular, Sócrates emula la conciencia de la “la ley”, a través de su personificación:

por Brea: i) La violencia contra la patria, en cualquiera de sus formas, es inadmisibles; entonces, someterse a sus órdenes deviene en un mandato imperativo, a menos que se la persuada en base a la justicia, ii) A través de las leyes, Sócrates, pudo ejercer a plenitud su libertad; de hecho, acogerse a sus prerrogativas fue un acto de mera deliberación volitiva, en el que no confluó engaño o coacción alguna. Así, cuando convino en quedarse en Atenas, su manifestación implícita fue el allanamiento a su legislación, iii) Todo sistema político que se precie de ser bueno concibe la justicia en el cumplimiento y respeto de sus leyes; por lo que, al violar los mandatos atenienses, escapando de la cárcel, estaría condenándose al destierro de cualquier otro Estado político. (2021: 46)

Así, solo a través de la anuencia de los atenienses (sus verdugos) podría atreverse a la proeza de fuga ya que, bajo otras circunstancias, su accionar no estaría alineado a la justicia y la probidad, encarnadas en su sistema legislativo; antes bien, quienes le causaron un sufrimiento injusto fueron los juicios de los hombres:

SÓCRATES.

¿Es preciso no cometer injusticia de ninguna manera?

CRITON

Sí, sin duda.

SÓCRATES.

¿Entonces es preciso no hacer injusticia á los mismos que nos la hacen, aunque el vulgo crea que esto es permitido, puesto que convienes en que en ningún caso puede tener lugar la injusticia?

CRITON.

Así me lo parece.

SÓCRATES.

¡Pero qué! ¿es permitido hacer mal á alguno ó nó lo es?

CRITON

Nó, sin duda, Sócrates.

SÓCRATES.

¿Pero es justo volver el mal por el mal, como lo quiere el pueblo, ó es injusto?

[...] Ya ves, Sócrates, continuaría la ley, que si tengo razón, eso que intentas contra mí es injusto. Yo te, he hecho nacer, te he alimentado, te he educado; en fin, te he hecho, como á los demás ciudadanos, todo el bien de que he sido capaz. Sin embargo, no me canso de decir públicamente que es permitido á cada uno en particular, después de haber examinado las leyes y las costumbres de la república, si no está satisfecho, retirarse á donde guste con todos sus bienes; y si hay alguno que no pudiendo acomodarse á nuestros usos, quiere irse á una colonia ó á cualquiera otro punto, no hay ano entre vosotros que se oponga á ello y puede libremente marcharse á donde le acomode [...] (Platón 1971: 105-106)

CRITÓN

Muy injusto. (Platón 1971: 102)

El influjo que nace de la obra platónica es la de la plena obligatoriedad de la ley frente a los hombres, esta adhesión, cabe indicar, está relacionada con su moral; es decir, la agencia moral es determinante en la sumisión legislativa. Es necesario precisar que la moral y la religión, en el pensamiento griego, son categorías fundantes de la naturaleza humana; de hecho, en el marco de esta misma cosmovisión, su delimitación, junto con el Derecho, se presenta difusamente. Para llegar a este punto, Platón nos presenta la percepción de una ley tiránica que, si bien posibilita al hombre a cumplirla por los impulsos de su voluntad, ello no relativiza la exigencia inexorable; además, al ser esta la concreción de un pacto entre ella y el ciudadano, su trasgresión es considerada como la injusticia en su máxima expresión (aquí puede observarse un acercamiento positivista de la ley). Asimismo, y en otro punto, no puede pasarse por alto que Platón, concibe a la ley como una emanación de la divinidad, que funda su racionalidad misma y que hace de los legisladores, hombres superiores a la ley (aquí puede observarse un acercamiento iusmoralista de la ley) (Legaz y Lacambra 1953: 7-8)

Caracteres disímiles sobre las leyes, son expuestas en *Antígona*, donde el personaje principal, del mismo nombre, se contrapone ante Creonte, luego de que este emitiera un edicto prohibiendo la sepultura de su hermano: Polínicés, atribuyéndole el delito de traición a la patria. Creonte en un acérrimo defensor de la validez y la vigencia de las normas, así que impele a su cumplimiento, pese a contravenir las leyes naturales (Brea 2021: 47); por su parte, *Antígona* sienta las bases para establecer que el contenido de las leyes divinas: autónomo, inmovible y universal³, es tangencialmente diferente a las leyes del hombre:

Creonte. — (*Dirigiéndose a Antígona.*) Eh, tu, la que inclina la cabeza hacia el suelo, ¿confirmas o niegas haberlo hecho?

Antígona. — Digo que lo he hecho y no lo niego.

³ Al respecto Gabrielidis (2009) ha dicho:

Sófocles nos manifiesta en *Antígona* la defensa de los valores morales universales, de aquellas leyes naturales y divinas que no tienen necesidad de ser escritas porque están dentro de cada ser humano, aunque en el siglo XX han tenido que ser legisladas internacionalmente, es el caso de los “derechos humanos”. Pues son leyes que no pueden ser anuladas por ocasionales normas humanas, sino que atañen a la esencia misma del ser humano y el respeto que éste se merece de sí mismo y sus congéneres (p.45)

Creonte. — (*Al guardian.*) Tu puedes marcharte adonde quieras, libre, fuera de la gravosa culpa. (*A Antígona de nuevo.*) Y tu dime sin extenderte, sino brevemente, sabías que había sido decretado por un edicto que no se podía hacer esto?

Antígona. — Lo sabía. .Como no iba a saberlo? Era manifiesto.

Creonte. — .Y, a pesar de ello, te atreviste a transgredir estos decretos?

Antígona. — No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijo tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de donde surgieron. No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intencion de hombre alguno (Sófocles 1981: 265)

Entonces, a diferencia de los postulados platónicos, las leyes humanas no siempre coincidirán con los mandatos de naturaleza divina, ya que el legislador, en modo alguno, se trasmutará en algún dios de la antigua Grecia. Así, observamos que las competencias humanas y divinas están bien delimitadas. Sin embargo, creemos que las situaciones descritas en Antígona, constituyen una muestra de las anomalías del sistema político, pues a decir de Bobbio, parafraseado por Brea: “[...] en el mundo antiguo: el derecho natural no era superior al positivo con la fuerza de derogarlo, sino el de legitimarlo o complementarlo” (2021: 50-51)

1.2. Algunas distinciones conceptuales relevantes

Para abordar coherentemente esta investigación debemos ahondar sobre las diferentes perspectivas que los miembros del Tribunal podrían adoptar a la hora de comprender una regla, sobre todo si estamos frente a una de naturaleza constitucional, pues la moral que se exterioriza en una u otra posición, no siempre da cuenta de la corrección de los juicios formulados. Para ello nos valdremos de los conceptos de puntos de vista interno y externo, engendrados por Hart, y su relación con la moral social y crítica, respectivamente.

Antes de presentar algunas reflexiones en torno a estos conceptos, es propio desarrollarlos en las palabras de su autor. Para él, en primer lugar, el punto de vista de interno, también llamado perspectiva del participante, es la posición que ocupa un miembro del grupo, quien hace para sí las reglas, aceptándolas y viendo en ellas lineamientos de conducta. Es

aquí donde surge la función de la “normatividad”, que entraña la pregunta básica que debe realizarse todo participante: ¿por qué debo hacer aquello que prescribe la regla?, esta interrogante, según Hart, solo puede dilucidarse por medio de razones para la acción o razones para aceptar el Derecho (Delgado 2018: 145)

Por otro lado, se dice que las reglas también pueden abordarse desde la perspectiva del observador o desde el punto de vista externo, evidentemente quien ocupa esta posición no las acepta y su objetivo más importante es describir las regularidades del comportamiento de los miembros del grupo a quien va dirigida la regla de conducta, es por ello que la normatividad, en este caso, no tiene cabida, ya que un mero observador difícilmente podrá ser consciente de las nociones de obligación o deber que entraña toda regla jurídica (Delgado 2018: 146)

Dicho esto, invitamos al lector a sumergirse en las ideas que estos conceptos han inspirado a otros filósofos para comprender a cabalidad cuestiones importantes como la relación entre el Derecho y la moral o, como habíamos anunciado en un principio, la perspectiva que realmente adoptan los operadores jurídicos a la hora de desenvolverse en el ámbito jurisdiccional.

1.2.1. Punto de vista interno y moral social

Es necesario hacer alusión a la idea eje, en torno a la cual se desenvuelve la conjunción conceptual entre el Derecho y la moral: el punto de vista interno. En general, los iusmoralistas, halan esfuerzos para determinar que la percepción de obligatoriedad que emerge de los operadores jurídicos solo puede tener un fundamento moral, que se extrae de los atisbos valorativos sobre los que se construye la Constitución: “ [...] un juez no puede identificar el Derecho aplicable a un caso (o, por lo menos no puede hacerlo en muchas ocasiones) sin acudir a razones morales, ni puede, en consecuencia, justificar su decisión sin recurrir a la moral” (Atienza 2017: 16). Luego, esta justificación es instrumentalizada para crear los presuntos rasgos definitorios del Derecho, en general, y del Constitucional, en particular; concluyendo, inexorablemente, en la conexión conceptual.

Sin duda, lo que hacen los iusmoralistas, al construir una teoría semántica del Derecho, a partir de la justificación moral del punto de vista interno, para luego concluir que el Derecho se encuentra enraizado a la moral (como elemento constitutivo y definitorio), constituye un argumento falaz, ya que las razones morales que pudiesen mover a los

jueces a aplicar determinadas normas no necesariamente debieran determinar la naturaleza moral del Derecho. Para comprender la falacia a la que estamos haciendo alusión, García es ilustrativo al respecto: “Muchos de los comportamientos económicos de las personas están movidos por razones morales, pero eso ni es base ninguna para afirmar que la moral es componente objetivo de la economía y que toda “ley” económica debe ser pasada por el filtro de la moral, para ser tal” (2021: 208)

Evidentemente, estas observaciones tienen cabida, en tanto asumamos que el punto de vista interno está impulsado por razones netamente morales; no obstante, si entendemos que, la obediencia como hábito, solo se presenta en función a las experiencias personales de cada súbito⁴; entonces, los motivos que confluyen en el acatamiento del ordenamiento jurídico pueden ser tan diversos, como la naturaleza humana misma, y no supeditarse solo a aquellos que uno pudiese considerar más justos. Hart, por supuesto, ya había reconocido que, en contraste a la moral social, existían ideales individuales, cuya importancia fue equiparada a la de aquella, ya que en la esfera íntima también convergen intereses que han de ser sacrificados en pro de su realización, aunque su adopción o aversión, están sometidas a una mutación constante, generalmente deliberada (1961:210)

Bajo la misma perspectiva, García, atribuye una naturaleza moral (por considerar que la justicia hará eco en la sociedad) o de conveniencia estrictamente personal (miedo, ganancias pecuniarias, ascenso laboral) a las razones por las que el juez decide la aplicación del Derecho. Más aún, este autor, mira con recelo a las “razones morales”, pues precisa que su calificación como tal, no las reviste, en última instancia, de una verdadera moralidad (2021:207-208); quizás, sea por esta última idea que Hart, en su momento, se arriesgó a establecer que los ideales morales de los individuos particulares, constituía el aspecto privado de la moral, en contraposición a la idea de moral social. Incluso, este autor estableció cuatro rasgos característicos, que distinguían las reglas

⁴ Hart, con el ánimo de proyectar la noción de hábito de obediencia, de la manera más asertiva posible, propone a la imaginación la existencia de un territorio determinado, gobernado por el monarca absoluto llamado Rex, teniendo como premisa de gobierno a la amenaza, pues sus órdenes casi siempre contrarían los que los súbditos quieren hacer u omitir. Luego, describe la interacción entre este gobernante autoritario y sus gobernados, de la siguiente manera:

[...] el hábito de obediencia es una relación personal entre cada súbdito y Rex: cada uno hace regularmente lo que Rex le ordena a él, entre otros, que haga. Si decimos que la *población* “tiene tal hábito” [...] solo significaría que los hábitos de la mayoría son convergentes: cada uno obedece habitualmente a Rex. (1961:66)

morales (propriadamente dichas, en su vertiente social), de las reglas jurídicas y otras versiones sociales⁵ (1961:217-223):

- i) **Importancia:** el autor es consciente que etiquetar a la importancia del acatamiento de las reglas morales como una característica cardinal de estas últimas, puede ser percibida como un asunto de Perogrullo; así que, reivindica su valor a través de tres postulados: a) el cumplir con disposiciones morales trae aparejada la disuasión de impulsos pasionales y la inmólación de intereses personales, b) las consecuencias impuestas por la sociedad, cuando por alguna razón se decide apartarse de ellas, no solo aseguran su efectividad en las situaciones particulares en las que son invocadas, sino que proyectan atisbos pedagógicos frente a los no involucrados directamente y c) el incumpliendo de tales reglas, por no ser reconocidas en su acepción moral, distorsionaría la estructura social tal como es conocida. Hart, establece que estas consideraciones están revestidas de racionalidad, pues se pueden explicar desde un punto de vista utilitario – al sobreponer como fin último a intereses públicos – y hasta paternalista – al proteger a los individuos de situaciones notablemente peligrosas y al mantener a la amalgama social incólume –.
- ii) **Inmunidad al cambio deliberado:** Hart es enfático al precisar que las reglas morales⁶, en contraste a las que forman parte de un ordenamiento jurídico institucional, no pueden ser objeto de mutación, inserción social o eliminación, pues los estamentos morales solo pueden ser reconocidos debido a su inmutabilidad frente a la acción humana. Asimismo, puntualiza que, si bien lo descrito con anterioridad es una regla general, el derecho sí puede constituirse como un factor causal de cambio, pero solo de forma contingente y probable (la duda sobre la verdadera mutación de las reglas no podrá ser despajada del todo):

[...] las normas jurídicas pueden establecer niveles de honestidad y humanidad que eventualmente modifican y elevan la moral corriente; a

⁵ Hart, luego de proponer estas pautas que coadyuvarían a identificar los rasgos definatorios de las reglas morales, *strictu sensu*, él mismo que establece una objeción a su formulación teórica, quizás al percatarse que delimitarlas constituiría una apuesta muy arriesgada frente a las divergencias no identificadas que podrían presentarse y que, eventualmente, no encajarían en su descripción; así, expuso: “[...] son en cierto sentido criterios *formales*. Ellos no hacen referencia directa a ningún contenido necesario que las reglas o pautas deban tener para ser morales, ni a ningún propósito que deban seguir en la vida” (1961:224)

⁶ En este punto, Hart equipara a las reglas morales con la tradición, de ahí que la inmunidad al cambio deliberado no puede tomarse como una característica que la hace distinguible de otras manifestaciones regladas en la sociedad: “Porque en este aspecto, aunque no en otros, cualquier tradición es como la moral: una tradición tampoco es susceptible de ser adoptada o rechazada por un *fiat* humano” (1961: 218)

la inversa, la represión jurídica de prácticas concebidas como moralmente obligatorias puede, a la larga, hacer que se pierda el sentido de su importancia y, con ello su *status* moral (1961:219)

- iii) Carácter voluntario de los trasgresores morales: Ante las trasgresiones morales, el individuo se verá exento de responsabilidad moral, en todos los casos, en tanto demuestre razonablemente que no ha confluído intencionalidad y ha previsto las precauciones necesarias para evitarlas. Esto, en contraste con el sistema jurídico que puede exigir, además, otros condicionamientos para que la que opere la exclusión de responsabilidad.
- iv) Forma de presión moral: La importancia suprema de las normas morales permite que su efecto disuasivo esté condicionado únicamente al conocimiento de estas, ya que al no respetarlas el individuo tendrá un reproche personal de tal impacto que no tendrá otra opción que acatarlas; así tenemos, por ejemplo: a la culpa y al remordimiento (elementos morales internos). Aunque, claro está, la hostilidad social es un factor que, eventualmente puede estar presente: manifestaciones de reprochabilidad, menosprecio, ostracismo (elementos morales externos).

Por otro lado, debemos mencionar que pese a las críticas esbozadas en torno a la moral interna que emerge de la concepción iusmoralista – tanto por considerar que ella no es concluyente para establecer la unión conceptual entre Derecho y moral y ni siquiera para construir una teoría semántica enfocada en una definición de aquel o precisar que su fundamento no es necesariamente moral – autores como Prieto creen que la actitud o la disposición moral para aplicar tal o cual norma jurídica sí es determinante, pues el impulso de adhesión, cualquiera sea su naturaleza, siempre se verá complementado por la presión social que emerger de la moral y, el consecuente sacrificio de un interés privado (claro, estamos hablando de la moral social⁷). Sin embargo, aún frente a una aparente reivindicación del punto de vista interno y su justificación moral, a través de la denominada actitud moral, el autor aludido, termina por desvirtuar a la moral social, sobre

⁷ Sobre la moral social se ha dicho:

[...] el fenómeno social aludido a menudo como la “la moral” de una sociedad dada, o la moral “aceptada” o “convencional” de un grupo social concreto. [...] Estas reglas se distinguen de otras, tanto por la seria presión social que las sustenta, como por le considerable sacrificio de interés o inclinación individual que su cumplimiento trae aparejado. (Hart 1961: 210)

Abundando más, en torno a esta figura institucional, tenemos que:

La moral social puede identificarse con la concepción de la justicia mayoritariamente sentida por la comunidad o, al menos, asumida por un grupo importante de quienes ejercen el poder de dictar normas y de aplicarlas, y esa moral en forma alguna resulta indiferente para la existencia del Derecho como tal (Prieto 2018: 101)

la que se justificaría la obligación de los operadores jurídicos para dinamizar el Derecho dado, por considerar que es más un problema de carácter fáctico, ya que la única moral que nos podría dar pautas certeras sobre la relación que existe entre el Derecho y la moral, es la proveniente de un punto de vista externo: moral crítica o racional; concepto que desarrollaremos en el siguiente apartado. (2018: 88)

Cabe precisar que Prieto, al relegar a la moral social al ámbito de la factualidad, no tiene más intención que presentarla únicamente como el fundamento que ha de impulsar a la obediencia de los operadores (juez o legislador), respecto al sistema jurídico (es decir, la moral social es la que crea directamente una actitud moral), ya que este no podría entenderse como trasgresor de “ [...] aquella moral generalmente compartida, y ello porque el orden jurídico es también normalidad, reflejo del sistema de valores vivido en la sociedad” (2018: 101). Y, es justamente por eso, que solo en esta parte del Derecho cabría hablar, lógicamente, – como antropólogo y no como operador jurídico – de la voluntad histórica del Constituyente y de la “[...] *pretensión* de corrección, de autoridad o de justicia; es decir, una pretensión de que los mandatos del Legislador deben ser obedecidos por alguna *razón* distintita a la simple amenaza de la fuerza” (Prieto 2018: 106). Así, no podría pasar desapercibida la relación que existe entre la obediencia y la autoridad legítima, cuya dinámica gira en torno a la confianza de que esta última perseguirá un fin convencional y mayoritariamente justo (moral social) (Mauri y Elton 2017: 371).

De esta manera, va quedando atrás aquella teoría que propugnaba que la fuerza era el único elemento que aseguraba la pervivencia de los sistemas jurídicos, pues ahora se suma el tan necesario convencimiento de legitimidad de la autoridad. Tal convencimiento, claro está, no asegura una verdadera legitimidad, pues incluso la moral social puede ser “injusta”: “Sin duda, la relación fáctica entre autoridad y obediencia no siempre se mueve dentro de los cauces de la legitimidad [...] Sin embargo, la mala praxis no ha de impedir el reconocimiento de la necesidad de que entre los hombres se dé la relación de autoridad y obediencia” (Mauri y Elton 2017: 372-373).

Asimismo, no podemos dejar de advertir que la moral constitucional a la que refirieron los positivistas está directamente relacionada con la aludida moral social (incluso, podría hablarse de una identidad de conceptos); por ejemplo, García, entiende que la moral constitucional – porque acepta la adherencia de la moral a la normas constitucionales -

positivas, sin que esto signifique un condicionamiento de validez – debe predicarse en su vertiente mínima, a modo de límites: “Naturalmente es por razones morales por lo que nuestras constituciones prohíben la tortura o elevan a derechos fundamentalísimos la libertad de expresión o la educación [...]” (2022: 22). El carácter mínimo de esta moralidad, solo se desenvuelve en función a una determinada teoría de justicia o legitimidad, arrogada a un derecho específico, lo cual resulta incompatible con cualquier generalización apresurada de lo que sería moralmente correcto a luz del Derecho, situación que desembocaría en la formulación de una teoría del Derecho Constitucional abocada a descubrir las claves morales que deberían irradiar al resto del sistema jurídico. Y es, justamente, la asunción de un “sistema objetivo de valores”, lo que deslegitimaría a la Constitución, convirtiéndola en un estamento de “máximos o de sistema programa social completo” (García 2022; Prieto 2018). Bajo estas consideraciones, se va esbozando el Constitucionalismo positivista que, sin dejar de entender al Derecho como fenómeno neutral o avalorativo, desarrolla elementos de deferencia para con la moral; así, lo precisa Prieto: “No creo, pues, que el mejor constitucionalista debe convertirse en un mojigato del sistema jurídico” (2018:91).

Entonces, se evidencia que los iuspositivistas, lejos de construir una teoría de contradicción directa de los postulados del iusmoralismo, formulan un análisis de complementariedad, en el que la moral que se uniría conceptualmente al Derecho (tesis principal de los iusmoralistas⁸) es la de carácter social. Es por ello por lo que no niegan las relaciones de interdependencia que pudiesen surgir en la praxis; sin embargo, desde la abstracción, cada concepto, según precisan, es lo que es; de ahí que excluyan de la estructura de norma jurídica a la moral, pues esta no debe entenderse como una condición de validez de aquella. Bajo esta premisa es que son conscientes, como filósofos del Derecho que toman distancia del asunto, que la moral que discurre de las decisiones jurisdiccionales no siempre es la que se encuentra adherida al Derecho, por lo que las respuestas que se dan generalmente no satisfacen la corrección jurídica (García 2021; Prieto 2018)

⁸ Atienza (2017) arguye que la moral es un estatuto omnicomprensivo del Derecho, tanto a nivel ejecutivo como conceptual; así, las fronteras entre uno y otro se perciben difusamente; más aún, desde la posición del Constitucionalismo, cuya reivindicación ha sido alcanzada a partir de conceptos densamente morales (dignidad, libertad, igualdad). (2017: 86)

1.2.2. Punto de vista externo y moral crítica

El gran complemento a la teoría iuspositivista es el connotado punto de vista externo, al que solo pueden arribar los antropólogos del derecho. Ahora, el más ilustrativo en su descripción es MacCormick, quien tiene el tino de diferenciar al Derecho institucional positivo, de la agencia moral; de esta manera, un individuo externo no tendría la posibilidad de elegir entre acatar, o no, el derecho estatal, mientras que resulta ser autónomo de su propia agencia, al poder discernir si existe corrección en la norma jurídica que debería cumplir y, a su vez, considerarla inmoral, arrogándole, en este último caso, libertad moral; es decir, la facultad para promover protestas contra la perfidia del Derecho, a través de una crítica político – legal, lo cual podría desembocar en la relatividad de la obligatoriedad percibida por los destinatarios de las normas, más aún cuando se ha insistido que la fuerza obligatoria del derecho no es una condición de validez del mismo (2021:337) En ese sentido, si la obligatoriedad del operador jurídico tiene un fundamento diferente a la que concibe el antropólogo, es obvio, que estas no suelen coincidir y mucho menos puede decirse que una es consecuencia de la otra⁹. Todo lo expuesto en este párrafo, por supuesto, alude a la tesis de separación del Derecho y la moral, sobre la que reposa gran parte de la construcción filosófica de los positivistas.

A diferencia de la moral social, sobre la que reposa el punto de vista interno que tiene un contenido más o menos definido – pero que, en todo caso resulta inocuo, pues los operadores del Derecho solo tienen que asentir en su obligatoriedad – la moral que subyace al punto de vista externo suele calificarse en términos de residualidad: “[...] lo puede ser cualquiera que no se identifique, o no se identifique plenamente, con esa concepción de la justicia generalmente asumida que el Derecho refleja siempre en alguna medida y que es condición de su existencia” (Prieto 2018: 103); en otras palabras, la moral de antropólogo puede ser todo aquello que no sea entendido como moral social. Y, esto así, porque la agencia moral que se caracteriza por la autonomía de las personas propende a construir una crítica política de las leyes con un contenido tan diverso como la naturaleza humana misma.

Bajo esta premisa es que Hart contrapone el aspecto privado de la moral (ideales morales) con la moral social que, de acuerdo con su propuesta, debe caracterizarse por su

⁹ Para presentar este punto, Prieto presenta el siguiente ejemplo: “La obligación moral que puede sentir el juez de un sistema esclavista para castigar con el látigo al infortunado que desobedeció a su amo, sencillamente no es transmisible al propio esclavo” (2018: 89)

importancia, inmunidad a los cambios, presión moral, etc., lo que da cuenta que la moral social, al ser un elemento meridianamente estático (1961:217-223), a diferencia de la moral crítica, es más propenso en ser definido e, incluso, en ser descrito o caracterizado.

Por lo tanto, la crítica moral otorga al Constitucionalismo una perspectiva equilibrada, a partir de un positivismo congruente con el Estado Constitucional de Derecho. No obstante, Habermas, cuando establece que sería necesario que la moral adherida al Derecho (Constitucional), se desplace al derecho positivo para ser tal; no solo está enervando la existencia de una moral crítica, sino que se pretende establecer un sistema de moral inequívoco y preexistente, a partir de la moral social, que termine siendo un condicionamiento de validez jurídica. Estando así las cosas, los temas de corrección moral y voluntad histórica del Constituyente que, desde un esquema netamente positivista solo podían emerger de la moral social sin ser explicitados (pues los operadores jurídicos solo deben convenir en su legitimidad para obligarse a ellos); ahora son concretizados (argumentativamente) para decidir sobre la validez jurídica de la norma; incluso, el propio autor menciona: “[...] el efecto específico de la positivización del orden jurídico consiste en un *desplazamiento de los problemas de fundamentación*, es decir, que el mismo manejo técnico del Derecho queda descargado, durante largos tramos, de problemas de fundamentación” (1998: 338)

En resumidas cuentas, la emigración moral trae aparejada una distorsión en las competencias de los antropólogos jurídicos y de los operadores del Derecho que, desde una perspectiva positivista, se encuentra bien definido:

[...] el observador externo se nos presenta como un sujeto idóneo para juzgar la justicia de las normas, pero incapaz de negar su carácter jurídico, pues dicho carácter se predica con independencia de la moralidad. Mientras que, al contrario, el participante es un sujeto bien dispuesto a escrutar la juridicidad de la norma, pero incapaz de constatar la injusticia de aquella norma – como suele suceder – resulta acorde con una moral social también injusta. [...] En suma, la injusticia solo puede ser observada desde una moral crítica o ideal [...] (Prieto 2018: 112).

Esta anomalía de competencias se presenta porque el participante, en el afán de desplazar la moral para lograr el fenómeno de positivización del que nos habla Habermas, asume el rol de espectador evocando una moral crítica o ideal (que proviene desde su individualidad y agencia moral) y posicionándola como canon determinante para validar

la juricidad de las normas; es decir, la moral crítica subroga a la social, pretendiéndose que aquella sea asumida como el fundamento que ha de impulsar a la obediencia de los operadores (juez o legislador), respecto al sistema jurídico. Evidentemente, el que el partícipe, siendo un ente medular en la toma de decisiones con repercusiones político – sociales, a quien se debe proscribir la competencia de escrutar la moralidad de la normas, hará que propenda a formular argumentos con una impronta tal, que termine por persuadir que, en realidad, estamos frente a un sistema objetivo de valores.

Por supuesto, se propondrá hablar, ya no de una pretensión de corrección, sino de su exigencia objetiva, cuyo concepto es tan difuso que algunos (Rawls o Habermas) solo se esfuerzan en determinar cómo llegar a él: a través de una discusión razonable en la que será necesario adoptar ciertas condiciones que terminen desembocando en la idea de imparcialidad. Sin embargo, si tomamos en cuenta que la idea de corrección es producto del manejo autónomo de la agencia moral del operador jurídico; entonces, tiene cabida la tesis de García, a través de la cual se afirma que la argumentación del objetivista moral, constituye un tumultuoso desarrollo verbal, que tiene por objeto darse la razón así mismo, lo cual toma sentido cuando jueces y filósofos, adoptando teorías similares, toman decisiones disidentes, pues sus consideraciones de lo justo e injusto suele variar radicalmente (2021: 213-214)

1.3.Las conexiones entre el Derecho y la moral

Como habremos podido advertir, de los aspectos conceptuales desarrollados en el apartado precedente, las conexiones entre el Derecho y la moral han sido objeto de complejas cavilaciones y discusiones a lo largo de la historia; de ahí que, sistematizar las teorías iuspositivistas e iusmoralistas podría resultar una tarea, en extremo, compleja. Es así que hemos recurrido a la categorización desarrollada por Moreso, en la que logra identificar las propuestas de los filósofos más destacados desde la siguiente perspectiva (2015: 67-82):

1.3.1. Conexión semántica clásica

Las teorías semánticas del Derecho son propias de las concepciones naturalistas, siendo que el rasgo común de estas últimas está enfocado en establecer que la justicia y moralidad son inherentes al concepto Derecho; por lo tanto, aquellas dos categorías abstractas condicionan normativamente la obligatoriedad de este último, ya sea que se

deriven de Dios (iusnaturalismo teleológico, representado por San Agustín y Santo Tomás), de la naturaleza o de la razón (iusnaturalismo racionalista, representado por Rousseau, Kant, entre otros). Entonces, es posible hablar de un dualismo jurídico, que prescribe la conexión necesaria entre el Derecho positivo (en tanto obra de los seres humanos y presentado en su “ser”) y el Derecho natural (que ha de concebirse objetiva e inmunemente respecto a la voluntad del pueblo, por lo que constituye una representación del “deber ser”), en función a una determinada teoría de la justicia (Prieto citado en Adrián 2014: 8).

Pese a que estos postulados parecen haber sido superados ampliamente aún perviven en la actualidad. Así, podemos hacer alusión a algunos iusnaturalistas abocados a reivindicar el enfoque de la tradición; por ejemplo, Finnis arguye que los naturalistas clásicos intentaban demostrar que las normas jurídico – morales, producto de una razonabilidad objetiva, direccionan (o, al menos, así debería ser) la aplicación del Derecho (ya sea a nivel legislativo o judicial) y constituyen la base de justificación del Derecho positivo mismo y de las instituciones que los integran, como la separación de poderes, el matrimonio, la propiedad, el contrato, el gobierno, etc. Es más, este mismo autor precisa que los naturalistas, no descartaban tajantemente al Derecho injusto e inconsistente, porque, aunque este no lo fuera plenamente, sí debiera ser considerado Derecho, en algún sentido (citado en Adrián 2014; Moreso 2015)

1.3.2. Conexión semántica cualificada: la injusticia extrema no es Derecho

La versión cualificada de las teorías iusnaturalistas está presidida por Radbruch¹⁰, quien, en el afán de dar una solución al conflicto existente entre la justicia y la seguridad jurídica, precisa que, por regla general, el Derecho positivo y el poder de su imposición siempre han de ocupar un lugar preeminente, aun cuando, debido a su contenido sean calificados

¹⁰ Es necesario recordar que la fórmula de Radbruch ha sido paradigmática en el Siglo XX y marcó un antes y un después en el razonamiento de los tribunales:

El Tribunal Constitucional alemán y otros Tribunales alemanes han usado algunas veces la fórmula de Radbruch para declarar nulas leyes en vigor durante el nazismo o para castigar comportamientos no obviamente ilegales en la República Democrática alemana antes de la caída del muro, como los homicidios cometidos por los guardianes del muro y que acabaron con la vida de ciudadanos que huían del Berlín este al Berlín oeste. (Moreso 2015:72)

De ahí que se siga que la postura de Radbruch haya sido una reacción “[...] ante la evidencia en algunas situaciones históricas de “indefensión de los juristas (y del pueblo) frente a leyes arbitrarias, crueles y criminales”, procedentes de un positivismo extremo, que abocarían a un derecho injusto y, por extensión, a un estado injusto [...]” (citando en Pinto 2003: 193).

como injustos o irrazonables. No obstante, si la relación entre la ley y la justicia deviene en insoportable, aquel ha de adquirir el estatus de derecho incorrecto y, por lo tanto, debe ceder su lugar a la justicia (citando en Pinto 2003: 192).

Alexy, por su parte, cuando brinda soporte a esta fórmula, precisa que desde la perspectiva del observador (punto de vista externo) esta no tendría funcionalidad, mientras que en la posición del participante (punto de vista interno), este debe argumentar su aceptación en función a un punto de vista normativo y, jamás, en base a elementos analíticos o conceptuales, pues lo que se busca es establecer la vinculación del Derecho y la moral, que solo se logrará si los jueces o legisladores tienen una pretensión de corrección en su quehacer jurídico (citado en Bernal 2011; Pinto 2003)

Ahora bien, Alexy, cuando intenta definir qué es una pretensión de corrección, lo hace en los términos siguientes: constituyen los actos del habla en los que circunda la práctica jurídica y que, pretenden estatuirse como correctos y ser aceptados como tal, en la comunidad en general y, no solo, en la jurídica. En esta línea conceptual, Alexy, explica cómo la pretensión de corrección es inherente al concepto de Derecho, señalando así, que en atención a ella caben razones de toda índole (priorizando las morales) cuando las razones que emergen del Derecho no son suficientes para resolver casos, sobre todo si son difíciles; tan es así que, equipara la pretensión de corrección con el razonamiento moral. Además, indica que “La pretensión de corrección no solo implica el poder jurídico del juez para aplicar razones morales en los casos difíciles; también implica la obligación jurídica de hacerlo cuando sea posible” (citado en Bernal 2011: 15).

Sin embargo, no han faltado detractores de la fórmula de Radbruch y, por ende, del apoyo teórico que le brinda Alexy; de hecho, entre las críticas más recurrentes se encuentran el demostrar que la relación de la moral con Derecho solo es contingente, pues la fórmula únicamente estaría vigente, en tanto el participante decida utilizarla en sus casos (Moreso 2015: 70)

En la misma línea, Brian Bix arguye que, si bien tal fórmula puede constituir una directriz para el juez, que lo oriente a inaplicar leyes cuando sean insoportablemente injustas, jamás podría inferirse de ella una conexión necesaria entre del Derecho y la moral. Finalmente, Raz, crítico acérrimo de Alexy, rechaza toda relación de la pretensión de corrección con la moral, pues señala que aquella es un “presupuesto lingüístico de todo acto del habla”; en consecuencia, no debe atribuirse al mundo jurídico y, menos, al

concepto del Derecho. Además, alinea la fórmula de Radbruch al positivismo jurídico, ya que en el núcleo duro de esta teoría podemos prever que las fuentes del Derecho prohíben, de por sí, la aplicación de normas exorbitantemente injustas (citado en Bernal 2011: 19-20)

1.3.3. Conexión ontológica: la justicia procedimental

Entre las vertientes más destacables del naturalismo, la de Fuller, aún se mantiene vigente en las actuales discusiones filosóficas, pues su percepción sobre el núcleo de la justicia formal sigue siendo parte de nuestros estados demócratas. Recordemos pues, que la tesis de este autor se bifurca en dos postulados conexos: a) es solo bajo ciertas condiciones formales, que un ordenamiento jurídico es capaz de generar un orden, justo y razonable, en la conducta humana¹¹; b) por lo que aquellas exigencias de formalidad intrínsecas a las reglas positivas han de constituir “leyes naturales de orden social” o la moral propia del Derecho, cuyo cumplimiento ha de decantarse en una justicia procedimental. Estas exigencias, fueron denominadas, por el propio Fuller, como principios de legalidad o los *desiderata* (citado en Contreras 2019: xx-xxii):

Los *desiderata* son, resumidamente, los siguientes: (i) debe haber reglas, ellas deben (ii) ser conocidas, (iii) operar hacia el futuro, (iv) ser claras, (v) coherentes, (vi) posibles de ser cumplidas, (vii) relativamente estables y (viii) debe haber congruencia entre la regla y su aplicación por parte de los organismos del Estado. Para ordenar la conducta humana por medio de reglas, entonces, se deben cumplir estas ocho condiciones (Contreras 2019: xxi)

Fuller ha indicado, además, que los *desiderata*, cumplidos en su conjunto, constituyen un ideal moral y político del Estado de Derecho; de ahí que se les atribuya la denominación de exigencias utópicas, lo que no obsta a la existencia de requerimientos mínimos para que el ordenamiento jurídico adquiriera la categoría de Derecho, “[...] frente a lo más alto de esta escala, que sería una utopía legal, en la cual todas las leyes son perfectamente claras, coherentes unas con otras, conocidas por todos los ciudadanos y nunca retroactivas” (citado en Jiménez 2021: 23)

¹¹ Ahora bien, bajo esta premisa, se debe entender al hombre como un agente moral autónomo quien, luego de percibir un estado de cosas, a través de la comunicación de las reglas jurídicas, es lo suficientemente capaz de procesar cognitivamente esa información, a fin de tomar decisiones; es decir, la moral interna del derecho reivindica al ser humano en su dignidad, ya que es capaz de actuar en condiciones de libertad e igualdad, a la par con sus gobernantes (Contreras 2019: xxv)

Sobre esta base conceptual, Fuller formuló su propia categorización de la moral: allí la moral interna del Derecho, como se indicó, la componen los principios de legalidad abocados a ordenar la conducta humana en el marco de postulados de razonabilidad y justicia, donde el hombre se configura como un agente autónomo, capaz de procesar cognitivamente la información emitida por las reglas para tomar sus propias decisiones; en contraste, la moral externa, se condice con todos aquellos fines que las reglas mismas persiguen, luego de su formulación procedimental. En ese entendido, Fuller fue cauteloso al indicar, por un lado, que la moral interna no determina cuáles serían los fines que forman parte del contenido de la moral externa y, por el otro, sin embargo, precisaba su ineludible comunicación, ya que la moral interna morigera o atenúa fines esquivos a la equidad o benevolencia¹² (citado en Contreras 2019: xxii-xxv); veamos:

Fuller remite a los casos de la Alemania nazi y de la Sudáfrica bajo el Apartheid. En ninguno de ambos regímenes, argumenta, hubo un respeto absoluto por los principios de legalidad. Hubo ciertas exigencias nazis —como la imposición a los comerciantes judíos de colgar un letrero que dijera “tienda judía”— que nunca fueron materia de legislación, sino que se ejecutaron a petición de miembros del Partido. El temor era que, si las reglas se publicaban, ello generaría críticas poco convenientes a sus fines. O incluso reglas publicadas, como las de debido proceso, fueron ignoradas en “juicios militares” por traición, y las sentencias validadas posteriormente por medio de una ley con efectos retroactivos. Las leyes que definían las razas en Sudáfrica, por otro lado, abundaban en contradicciones entre sí, y no había claridad sobre quién era blanco y quién era negro (citado en Contreras 2019: xxii)

La teoría de Fuller fue tomando forma gracias a los intensos debates que, durante años, se erigieron con Hart¹³; de hecho, uno de sus puntos de discrepancia fue instado para

¹² Esto, en contraposición a alguno de sus opositores:

Matthew Kramer (Kramer 1999: 53-58) ha argüido que la posesión de los rasgos formales de Fuller es compatible con un régimen desposeído de todo valor moral. Y, es más, que una tiranía (pensemos en las reglas de un campo de concentración) que aplica las reglas sujetas a dichos rasgos, así la congruencia entre la implementación y lo que establecen las reglas; puede ser menos valiosa, más inicua podríamos decir, que una tiranía con las mismas reglas, pero con una implementación más benigna (es menos fullericiana pero más benigna). (Moreso 2015: 71)

¹³ Esta discusión se extendió durante años, en una alturada contienda filosófica que confrontó a un grande del positivismo jurídico, como Hart, y a un casi elusivo iusnaturalista, como Fuller:

El primer debate apareció en 1958 en la Harvard Law Review. “Positivism and the separation of law and morals” de Hart, abrió la discusión y Fuller respondió con su artículo “Positivism and fidelity to law. A reply to professor Hart”. El segundo asalto del debate tomó forma en dos libros: “The concept of law” de Hart en 1961 y “The Morality of law” de Fuller en 1964. El tercero y último consistió en la recensión de Hart, “The Morality of law de Fuller”, junto a la réplica de Fuller a la crítica en la segunda edición en 1969 (Requena 2016: 13)

determinar si las leyes del nazismo podrían considerarse Derecho, en el estricto sentido de la palabra. Por su puesto, Hart, como un acérrimo defensor del positivismo jurídico, asintió a la pregunta, pues señalaba que la validez del sistema jurídico se tornaba completamente independiente a la obligación moral de obedecerlo, bajo el entendido de que esta última se configuraba con elementos extrajurídicos que no podrían entrar a valorar el Derecho “como es”; presentándonos, de esta forma, al Derecho como una ciencia descriptiva, en la que se elude el “deber ser”. Asimismo, Fuller, adherido a una concepción opuesta, basada en la moral interna del Derecho, indicaba la irracionalidad de advertir alguna obligación moral que instara a obedecer a normas jurídicas inexistentes, ocultas, retroactivas, indescifrables, contradictorias e inestables; en suma, las reglas impuestas por los nazis jamás podrían adquirir la categoría de Derecho (Jiménez 2021; Requena 2016).

Finalmente, autores como Contreras, al pretender actualizar la tesis de Fuller, han optado, únicamente, por reivindicar el examen de constitucionalidad formal de las normas jurídicas, el mismo que debería llevarse a cabo, según dice, en función los principios de legalidad expuestos (moralidad interna del Derecho), mientras que, las cuestiones de la alta resonancia moral, en los que se investiga los fines de las norma (moralidad externa del Derecho), deberían formar parte del monopolio de los poderes políticos. “En suma, Fuller se ubicaría entre quienes exigen de los tribunales mayor deferencia con el legislador y el aparato administrativo; se uniría, probablemente, a quienes han criticado la alta dosis de judicialización de la política y de activismo judicial” (2019: xxxiv)

1.3.4. Conexión normativa: la pretensión de autoridad como elemento intrínseco del Derecho

El que la idea de autoridad esté íntimamente ligada al Derecho es una de las grandes propuestas impulsadas por Joseph Raz. Este autor sostiene que el Derecho, expresado en determinada norma positiva, constituye una razón, *per se*, para que sus destinatarios la obedezcan; es decir, el que estos se adhieran a las consecuencias jurídicas de la norma, no está condicionada ni siquiera al reconocimiento de su validez jurídica. Es por ello por lo que, a fin de que el Derecho ostente efectividad o autoridad de facto, es necesario que un conjunto de personas relevantes¹⁴ acepten o reconozcan, sin más, que su autoridad es

¹⁴ Entendemos que, cuando Raz hace referencia a “personas relevantes” con poder para impulsar a otros a creer en la legitimidad de la autoridad del Derecho, tiene en mente a los operadores jurídicos e incluso, a

legítima, aun cuando no lo fuera; de ahí que las razones de esta deferencia puedan ser de cualquier tipo, ya que no es necesario que crean verdaderamente en tal legitimidad, la única condición es la comprensión de la norma, aunque sea solo de forma externa. Estando así las cosas, el autor en cuestión sentencia su tesis en los siguientes términos: “La noción de autoridad no solo determina nuestra obligación de obedecerlo, sino también su entendimiento” (1985: 45-47)

Bajo esta perspectiva, el punto de vista de interno, como una institución reconocida por Hart, juega un papel fundamental al momento de estudiar la normatividad del Derecho, ya que como, arguye Guastini, al parecer aquel autor no concibe el conocimiento del Derecho o la obligación hacia este, sino es por la adscripción al punto de vista interno, lo cual dejaría fuera del camino al dogmático o antropólogo, quien solo estaría constreñido al punto de vista externo; empero, las cosas así entendidas pone en evidencia que Hart no era consciente de la tajante distinción entre conocimiento del Derecho (en el sentido más simple del término), que sí requiere un punto de vista externo, y la dogmática jurídica, en el que es necesario manejar un punto de vista interno y no solo restringir este quehacer a su mera descripción. (2014a: 101- 103).

Con al ánimo de superar esta certera crítica dirigida al trabajo de Hart, MacCormick afronta un planteamiento más acucioso del punto de vista interno, descomponiéndolo en dos elementos, a fin incluir en su instrumentalización al dogmático del derecho. Así, precisa que el punto de vista interno puede ser de carácter cognitivo o volitivo, en este último encontramos a los operadores del Derecho, quienes manifiestan su deseo o preferencia de que una regla específica sea obedecida, frente a circunstancias relevante¹⁵, pues la razón que subyace a su existencia la justifica plenamente: la moral social. Por su parte, el punto de vista cognitivo es operado por los dogmáticos jurídicos, quienes comprenden intelectualmente a las normas o, en otras palabras, tiene la capacidad de prever si los operadores del Derecho abrigan el deseo de su aplicación frente a un caso genérico, y transmitir esta información a los destinatarios últimos de la norma (2010: 110-118).

los teóricos del Derecho, ambos, como veremos más adelante, están en la posibilidad de adoptar un punto de vista interno (de acuerdo con la propuesta de Hart); ya sea volitivo o cognitivo, respectivamente, que impulsa a los destinatarios de la norma a obedecerla.

¹⁵ Asimismo, que esas “circunstancias relevantes” entrañan, por ejemplo, el desenvolvimiento de un proceso judicial, administrativo o arbitral.

Por lo tanto, la obligatoriedad del Derecho, incluso si este tuviese una conjetura inmoral, se justifica únicamente en la red de expectativas sociales que se tejen en torno al cumplimiento de la normas (moral social), ya sea porque de ellas depende la preferencia o deseo de los operadores jurídicos para aplicar el Derecho o porque los destinatarios la asen, a través del conocimiento compartido por los dogmáticos jurídicos (pero solo de forma superflua, de ahí que su punto de vista siempre sea externo). En uno u otro caso, estimamos que la pretensión de autoridad de la que no habla Raz se condice con la moral social, pues esta se aprehende mediante el punto de vista interno, bien de manera directa o bien de forma indirecta, y es justamente esta la razón justificable por la que surge una conducta de obediencia a favor del Derecho, al excluir razones de inconformidad para con la prescripción normativa que podrían causar una conducta desobediente.

1.3.5. Conexión identificativa: la identificación del Derecho desde una perspectiva moral

Se sostiene que la conexión entre el Derecho y la moral, basada en el reconocimiento de lo de aquel establece, puede explicarse intentando responder a la siguiente interrogante: ¿es necesario recurrir a argumentos morales para identificar el Derecho? Cabe precisar que esta pregunta tiene un presupuesto ineludible: el que las fuentes del Derecho (como la Constitución, la ley, la precedentes judiciales, etc.) incluyan consideraciones de carácter moral (Moreso 2015; Comanducci 2003).

Quienes se han abocado a esgrimir una respuesta contundente sobre esta cuestión son los positivistas, pero desde perspectivas tangencialmente opuestas. Así, tenemos a los que propugnan una tesis excluyente, ya que sostienen que la relación entre el Derecho y la moral es inexistente, y los que abogan por una propuesta incluyente, en la que la función de la moral es contingente respecto a su interrelación con el Derecho. Los alcances de estas teorías han tenido como base conceptual, los postulados de uno de los grandes referentes del positivismo del siglo XX: Herbert Hart. Dicho autor, en su obra cumbre: *El concepto de Derecho* de 1961 ofrece, de acuerdo con Moreso, el siguiente marco teórico (2002: 3):

- a) Sobre la tesis de las fuentes sociales del Derecho: a través de ella se intenta dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿de qué depende el contenido y la existencia del Derecho de una sociedad especificada? Pues, según la propuesta hartiana, esto

depende de un conjunto de hechos sociales, como las acciones de quienes conforman esa misma sociedad.

- b) Sobre la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral: a través de ella se intenta construir una relación bilateral, entre la validez jurídica y la validez moral. Así, para Hart, la validez jurídica de una norma jurídica no se condice, de forma necesaria, con su validez moral y viceversa.
- c) Sobre la tesis de los límites del Derecho o la discrecionalidad judicial: el que una norma se válida a nivel jurídico, no presupone la normatividad de las acciones sociales que determinan la existencia y contenido del Derecho; entonces, frente a este contexto, los jueces gozan de plena discrecionalidad cuando deciden una situación problemática.

Así, tanto el positivismo jurídico excluyente como el incluyente, exponen su postura matizando las tesis anteriores, aunque, como habrá podido advertirse, el objeto de este apartado; es decir, el determinar la relación entre la identificación del Derecho y la argumentación moral, puede ser satisfecha únicamente con la tesis de las fuentes sociales del Derecho; empero, desarrollaremos las otras dos, pues al ser corolarios inescindibles de la primera, otorgarán una visión holística de ambas teorías. Veamos:

i) Positivismo jurídico excluyente

Siendo Raz, el principal exponente de esta teoría, veremos cómo las nociones antes expuestas se condicen con los postulados contenidos en la obra la “La autoridad del derecho”: el derecho en tanto pretensión de autoridad, la tesis social, la tesis de las fuentes, etc.; ideas que convergen de forma íntima, tal como describiremos:

Sobre la tesis de las fuentes sociales del Derecho

De esta manera, debemos recordar que, de acuerdo con la *tesis social* de Raz, el Derecho debe entenderse como un sistema de instituciones sociales cuyo objeto es la conducción y decisión jurídica ante contextos controvertidos, ya que solo esta percepción constituiría una teoría aceptable, en tanto postula propiedades generales que determinan la existencia y la identificación del contenido del Derecho, mediante hechos sociales tendentes a ser descritos neutralmente si la intención es valorarlos (*tesis de la fuentes*¹⁶), exceptuando,

¹⁶ Raz indica que los hechos sociales a lo que se hace referencia constituyen las fuentes del derecho, en virtud de las cuales la norma jurídica es válida y su contenido es identificado. Precisa, además, que estas

para tal fin, cualquier argumento de carácter moral; ergo, los estándares jurídicos que fungen como límites solo deben estar relacionados con las instituciones judiciales, mas no con estándares de justificación moral (1985:58-64)

Esto es así, pues si el Derecho, siendo una institución social que pretende autoridad (*pretensión de autoridad*); es decir, si se presenta como una razón por sí mismo que orienta la conducta obediente de sus súbditos, la incorporación de condiciones morales independientes no solo desnaturalizaría su carácter institucional, sino que relativizaría su normatividad, ya que los súbditos se adscribirían a ellas asumiendo su validez objetiva, antes que la del Derecho (Moreso 2015:75). En síntesis, es el linaje de las normas jurídicas, lo que les arroga validez e identifica su contenido; en otras palabras, el Derecho es tal por los hechos sociales y nunca por los argumentos morales que puedan verse sobre él.

Sobre la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral

Por lo expuesto, es sencillo caer en cuenta que, bajo la teoría de Raz, ninguna calificación moral es determinante en la validez jurídica de las normas: “Si el derecho es una institución social del cierto tipo, entonces todas las instituciones que pertenecen al tipo social son disposiciones jurídicas no obstante lo moralmente objetables que éstas puedan ser” (1985:64).

Sobre la tesis de los límites del Derecho o la discrecionalidad judicial

En función a la tesis de las fuentes del derecho, Raz es enfático al establecer que tales fuentes, al condecirse con los hechos sociales que determinan la validez e identificación del Derecho, no pueden reducirse únicamente a fuentes de carácter formal, pues su propuesta es mucho más amplia, ya que considera, también a las fuentes interpretativas. Y es, en el marco de estas últimas, donde el juez puede desenvolverse de forma discrecional, incluso trayendo a colación valoraciones morales, siempre que el Derecho por sí solo las invoque previamente, como parte de sus propiedades necesarias; es decir, el juez podrá utilizar consideraciones de carácter moral, si y solo si, estas tengan como

fuentes son más amplias que las formales, pues en ellas también se pueden incluir fuentes interpretativas; de ahí que, tales fuentes siempre se deben presentar de forma conjunta, evitando su individualismo (1985: 67)

base las disposiciones relacionadas con las instituciones de derecho (límites permitidos por el Derecho) (1985: 64-67)

Es por ello que el autor establece las siguientes precisiones en su teoría: “Que el criterio sea susceptible de ser descrito en términos valorativamente neutros, no significa que una conclusión axiológica o deóntica no pueda ser implicada por él [...]” (1985:59). Esto explicaría por qué, en los términos de Raz, la proscripción ineludible solo se enfoca en la imposición de valoraciones morales, no inmersas en los límites del Derecho.

Ahora, cómo explicar que el derecho contiene propiedades morales necesarias, lo cual constituye un presupuesto para la discrecionalidad del juez; pues, para tal efecto, Raz precisa que en el afán de resolver disputas no reguladas¹⁷, el juzgador suele enfrentarse a disposiciones jurídicas indeterminadas (verbigracia: “razonable cuidado”, “causa justa”, “comportamiento ofensivo o abusivo”, “lenguaje obsceno”, “comportamiento que puede violar la paz pública”), pues así lo prefirieron los creadores del derecho (legisladores o tribunales) con el objetivo de que su determinación forme parte del quehacer judicial, utilizando su discrecionalidad, pero siempre en el marco de lo jurídicamente permitido (límites institucionales del Derecho), (1985:243-244). Evidentemente, si el juez tiene que interpretar disposiciones de contenido inescindiblemente moral, sus conclusiones, luego de una deliberación discrecional, tendrán la misma naturaleza valorativa.

¹⁷ Raz, el capítulo décimo de su obra, amplía la tesis de las fuentes, haciendo una distinción entre disputas reguladas y no reguladas, estableciendo cómo el juez, que pertenece al sistema del *common law*, opera el Derecho desde una perspectiva positivista:

Los casos regulados son los que caen bajo una norma del *common law* o bajo una norma legislada, las cuales no requieren de la discreción judicial para la solución de la disputa (normas que hacen la referencia a lo que es razonable o justo, efectivamente requieren tal discreción). Una disputa es regulada si preguntas de la forma: ¿Debe el tribunal decidir que *p*? tiene, en el caso, una solución jurídica correcta. Una disputa no es regulada si alguna de estas preguntas no tiene una solución jurídica correcta, *i.e.*, si hay una laguna en el derecho aplicable al caso. Las disputas no reguladas, como las reguladas, se encuentran sometidas a disposiciones jurídicas que se les aplican y que guían a los tribunales como a sus soluciones.

[...]

La diferencia entre disputas reguladas y no reguladas reside en que, como por definición, en las disputas el derecho proporciona una solución al caso, el tribunal no puede crear nuevas disposiciones jurídicas salvo que cambie las existentes. Las disputas no reguladas son (...) parcialmente reguladas, de ahí que el tribunal tenga que aplicar derecho existente, así como también crear nuevo derecho [...] sin cambiar el derecho existente. Crea derecho integrando lagunas. (1985:228-230)

ii) Positivismo jurídico incluyente

Son muchos los positivistas que propugnan esta variante, entre estos tenemos a Genaro Carrió, Jules Coleman, John Mackie, David Lyons, Wilfrid Waluchow y José Juan Moreso. Por la teoría incorporacionista se arguye una posible conexión entre el Derecho y la moral, pero solo a nivel conceptual – pues recuérdese que esta no deja de ser positivista – en tanto y en cuanto las fuentes del derecho apelen, de forma contingente, a caracteres morales (Adrián 2014: 16). Disgreguemos el análisis de Moreso, a través de las tesis ya señaladas:

Sobre la tesis de las fuentes sociales del Derecho

Moreso entiende que la moral se incorpora al ámbito jurídico, para identificar el contenido del Derecho y la de su existencia, cuando sus disposiciones estén conformadas por conceptos morales de alta densidad, como: “honesto”, “cobarde”, “trato degradante”, “razonable”, “diligente”, “inhumano”, etc.; pero, a diferencia de los positivistas excluyentes, considera que el razonamiento moral no siempre se ha de presentar frente a presupuestos gramaticales como estos. Así, indica “[...] que del hecho de que la identificación de las pautas aplicables por los jueces remita, en algunas ocasiones, a la moralidad, no convierte de manera necesaria a la teoría del derecho en una práctica evaluativa [...]” (2002:13)

Sobre la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral.

Teniendo eso mente, Moreso precisa que estos conceptos morales tienen dos componentes, a través de los cuales el Derecho puede ser identificado: uno descriptivo y otro prescriptivo. Respecto al primero, que es el supuesto en el que el razonamiento moral no tendría cabida, se invita a identificar casos paradigmáticos, que nos proporcionen suficiente información para que la norma esté predispuesta solo a ser aplicada¹⁸. Él indica, por ejemplo, que frente al concepto de “tratos degradantes” establecido en la Constitución española, sus jueces pueden plantear conclusiones verdaderas y objetivas; de ahí que, según su perspectiva, la funcionalidad de un determinado tipo de objetivismo moral, en este punto, sea completamente plausible. (2002:11).

¹⁸ En un texto más actual, Moreso expone que la diversión en la tortura de bebés constituye irremediablemente un supuesto de crueldad; es decir, este es un caso paradigmático; mientras que la pena de muerte aún debe considerarse como un caso de indeterminación frente a este mismo concepto moral (2020:2)

Observemos que la asunción del objetivismo moral en una teoría positivista – sea cual fuese su variante en metaética – es, de por sí, controvertida; aun cuando, tal y como la expone Moreso, pareciera que los postulados de verdad en las decisiones de los jueces se considerarían así, únicamente ante precedentes judiciales (lo que él llama casos paradigmáticos). Sin embargo, las normas jurídicas que surgen de los precedentes judiciales, al estar propensas a variar en el tiempo, no pueden ser consideradas como un parangón al que puedan recurrir los objetivistas morales para presentar como ciertas sus conclusiones.

En suma, si los positivistas incluyentes, como Moreso, asumen que, bajo el componente descriptivo de los conceptos densamente morales, se puede arribar a decisiones susceptibles de ser calificadas en términos de verdad, ya que no se hizo uso de un razonamiento moral en el ámbito de la discrecionalidad judicial; entonces, solo en estos casos se puede decir que la calificación moral no es determinante en la validez jurídica de las normas.

Sobre la tesis de los límites del Derecho o la discrecionalidad judicial

Consecuentemente, si el razonamiento moral es inexistente en el caso anterior; por lo tanto, la discrecionalidad del juez tampoco es bienvenida, al ser aquel producto de esta. En contraste, el componente prescriptivo de los conceptos morales, al poner sobre la mesa a concepciones, por lo general, incompatibles, irremediablemente la discrecionalidad ha de estar presente (Moreso 2002: 12-13).

Una de las propiedades más evidentes de estos conceptos jurídicos es su vaguedad combinatoria¹⁹, la misma que solo puede ser resuelta a través de un juicio vertido por los operadores del Derecho, quienes han de poner en marcha la argumentación moral para proporcionar razones a favor o en contra de una determinada acción. Ahora bien, la vaguedad combinatoria de estos conceptos, lejos de ser un obstáculo en la operatividad

¹⁹ Si bien Moreso parece reduccionista a la hora de referirse al problema de vaguedad combinatoria, pues se dirige a ella como “conceptos jurídicos indeterminados”, vale la pena ahondar en el uso técnico de la institución. Sotomayor, por ejemplo, nos recuerda que este problema se presente ante la incertidumbre de identificar qué propiedades son necesarias y/o suficientes para aludir concretamente a un concepto (2021:92). En el afán de ser más ilustrativo, este autor cita a Nino y a Waldron:

Replicando la distinción entre zonas de claridad, oscuridad y penumbra, aquí tenemos que, en primer lugar, ciertas combinaciones de propiedades “(...) nos dan seguridad de que la palabra es aplicable” [...]. Por ejemplo, podríamos decir que la palabra “religión” se aplica claramente a sistemas de creencias que incluyen (a) la identificación de ciertos objetos y/o lugares como sagrados, (b) la existencia de un conjunto de rituales y ceremonias orientadas hacia lo sagrado, y (c) sentimientos compartidos de temor, santidad o misterio [...] (Sotomayor 2021: 92-93)

del Derecho, es presentada por la teoría incluyente como una posibilidad para restaurar la justicia formal y la equidad, ante la falta de precisión conceptual²⁰, por lo que tales conceptos hacen las veces de *defeaters*, al conducir la aplicación del Derecho, a través de la argumentación moral²¹ (Moreso 2020: 7-12)

En esa línea argumentativa, Moreso bosqueja una nueva forma de percibir el Derecho, dejando de lado la visión dworkiniana que lo divide en dos niveles concretos: el de reglas (en el que se presentan razones que impulsan a cumplir la prescripción normativa y por las que uno se abstiene a obrar en tal sentido: razones de primero y segundo orden, respectivamente) y el de los principios. Así, propone visualizarlo en un solo nivel, en el que se encuentren las reglas y los *defeaters*, cuya finalidad última será equilibrar los ideales del Estado de Derecho (precisión, justicia formal y equidad), al introducir el razonamiento moral, por medio de la faena discrecional de la judicatura (2020: 13)

1.3.6. Conexión justificativa

Las democracias modernas se caracterizan por exigir a los operadores del Derecho, principalmente a quienes ejercen actividad jurisdiccional, exteriorizar los juicios que han tenido que construir racionalmente para accionar de forma correcta en un caso concreto

²⁰ Moreso indica que existen tres sub ideales en el Estado de Derecho:

- (1) *Precisión*: El lenguaje del derecho debe ser preciso.
- (2) *Justicia formal*: El derecho debe tratar los casos iguales de manera igual.
- (3) *Equidad*: El derecho debe acomodar las excepciones justificadas a las reglas generales (2020:3)

²¹ Moreso nos proporciona casos ilustrativos para entender esta idea:

El primero [...] es el caso *Kirby vs. United States*. En este caso Kirby, un sheriff, fue detenido por el delito federal de obstruir o detener el paso del correo, y era cierto que él había realizado esta acción contemplada por la legislación penal federal, de hecho había retrasado la salida de un barco fluvial con la intención, que llevó a cabo, de arrestar a un cartero acusado de un delito de homicidio. La Corte Suprema absolvió a Kirby, en una decisión unánime, por considerar que, a los efectos legales, la acción de Kirby no era una obstrucción del correo. Argumentó que las interpretaciones literales que llevan 'a la injusticia, la opresión, o a absurdas consecuencias' han de ser evitadas y que 'la razón de la ley en tales casos debe prevalecer sobre su tenor literal

El segundo caso [...], tal vez más controvertido, es el de la absolución de un médico que había practicado un aborto a una mujer alemana que había desarrollado una aversión tal al hecho de estar embarazada, que le producía tendencias suicidas y había cometido varios intentos de suicidio. Aunque el código penal alemán del momento contenía [...] una represión genérica del aborto y [...] el estado de necesidad sólo era contemplado cuando comportaba un peligro inminente para el autor del hecho o para un pariente, cosa que a todas luces no se daba en el caso del médico, el 11 de marzo de 1927 el *Reichsgerichts* decidió que en este caso era aplicable lo que la doctrina alemana llama, significativamente, una causa *extralegal* de justificación, un estado de necesidad justificante para el médico (2020:12-13)

(Maccormick 2021: 292; Cerdio 2015: 48). Es decir, las decisiones judiciales ameritan ser justificadas.

Esta justificación, sin embargo, se percibe, en no pocos de los casos, solo en su vertiente moral – entendiendo que también es posible hablar de justificación lógica o jurídica²² –. Tan es así que se suele decir, que una decisión solo se encuentra justificada si, en última instancia, es respaldada por una norma moral (por ello que, también se le llama tesis de justificación última o de movimiento); en otros términos: la justificación más abstracta de la decisión judicial tendría que derivar de una norma moral. Este, de hecho, es el núcleo de la corriente neoconstitucionalista, así que muchos la critican aduciendo su falta de originalidad, ya que la justificación moral forma parte de una tesis de filosofía de gran espectro (Moreso 2015: 76-78; Comanducci 2003: 18).

Es en este punto, donde es meritorio hablar brevemente sobre el razonamiento práctico, pues muchos autores atribuyen la funcionalidad del razonamiento moral – que funge como medio para decantar la justificación última – a su dominio exclusivo²³. Sabemos que el razonamiento práctico se lleva a cabo en dos situaciones predispuestas: en un contexto específico y a través de un agente capaz, racional y libre de obstáculos, con la finalidad de arribar – vía un proceso deliberativo cuya finalidad es seleccionar entre diferentes objetivos y medios – a una acción puntual, que determinará el compromiso del sujeto interviniente para realizar prestaciones de hacer y no hacer. Ahora cómo llegamos a definir al razonamiento práctico - moral, pues el marco expuesto para el juicio práctico es el mismo, la única diferencia es la existencia de un estándar de moralidad implícito, cualquiera fuere su naturaleza, como insumo de deliberación, de tal forma que pueda predicarse que la acción (como producto final de todo razonamiento práctico) es

²² Moreso, ha identificado tres clases de justificación: la lógica, jurídica y moral. Respecto a la primera, la describe como una relación inter-normativa en el que el elemento lógico es ineludible (el clásico caso de subsunción jurídica). La justificación jurídica, por su parte, está anclada a un sistema institucional, respecto del cual la norma tendría que ser válida y, luego de que los hechos se encuentren debidamente probados, entonces y solo entonces, se podría afirmar la justificación de la decisión. Finalmente, la justificación moral, es desarrollada como una consecuencia de la aceptación de la tesis de unidad de razonamiento práctico (2015: 77)

²³ Es necesario comprender que tanto el razonamiento teórico como el práctico se encuentran en un nivel diferente que el razonamiento jurídico y moral. Pues aquellos están abocados a identificar lo que hay en el mundo y cómo hacerlo, en el caso del razonamiento teórico, y a decidir la acción que se ha de tomar, si hablamos de razonamiento práctico. Evidentemente, en el razonamiento jurídico pueden confluír tanto razones prácticas como teóricas, mientras que, en el razonamiento moral, las razones prácticas son predominantes, incluso, exclusivas. (Cerdio 2015: 38) Es por ello que estos últimos deben entenderse como un subconjunto de aquellos, de ahí que su relación siempre ha de plantarse de forma vertical.

moralmente correcta, ya que los medios y objetivos escogidos estuvieron alineados a este patrón moral (Cerdio 2015: 37-45).

La naturaleza del estándar de moralidad al que se hacía referencia puede entenderse adecuadamente a partir del positivismo excluyente e incluyente que fue descrito en el apartado anterior; no obstante, veremos cómo dos exponentes importantes, de cada una estas líneas filosóficas, construyen el referido patrón. Maccormick, por ejemplo, siendo un positivista excluyente, asegura que la acción moralmente correcta, podrá ser tal si los jueces siguen una regla razonable y común para todos: el imperativo categórico de Smith, que posiciona a la empatía como estandarte de su propuesta, en tanto se exige tratar de situarse en el lugar de las personas directamente involucradas en el dilema moral, a fin de ver a través de su perspectiva emocional y racional; entonces, las reglas generales de moralidad tendrían que construirse caso por caso, desde un procedimiento inductivo (2021: 296-313). Veamos la propuesta textual de Smith:

Entra lo más completamente que puedas en los sentimientos de todas las personas directamente involucradas o afectadas por un incidente o una relación, y forma de manera imparcial una máxima de juicio sobre qué es lo correcto que todos podrían aceptar si estuvieran comprometidos con el mantenimiento de creencias mutuas que estableciera un estándar común de aprobación y desaprobación entre ellos.

Eso nos lleva después al imperativo secundario:

Actúa de acuerdo con ese juicio imparcial sobre lo que es correcto hacer respecto al incidente o la relación dados (citado en Maccormick: 2021: 303)

Como habremos podido advertir, Maccormick no hace alusión a un estándar moral preexistente; así que, cuando habla de objetividad como una aspiración razonable²⁴, esta conjetura no puede llevarnos a pensar que el autor está de acuerdo con algún matiz fuerte de objetivismo moral (entendida como corriente filosófica), sino que ello nos debe remitir

²⁴ Maccormick menciona que la objetividad es tan solo una aspiración, porque al ser los jueces agentes morales autónomos, sus decisiones casi siempre estarán plagadas de subjetividades (2021: 325-326). Por lo que, aun adoptando el imperativo categórico smithiano, nada asegura que la divergencia de opiniones pueda disiparse por completo.

Incluso, él mismo señala que lo único que realmente asegura un cambio de percepción sobre la corrección de las acciones a tomar, es el peso argumentativo (persuasión) de la discusión pública (Maccormick 2021:308)

inmediatamente al imperativo categórico smithiano, en tanto es un fundamento inamovible para esbozar cualquier juicio moral.

Por lo tanto, el razonamiento moral que Maccormick propugna, en el que la moralidad que confluye se entiende como una directriz que guía hacia la empatía difiere tajantemente de la lógica que respalda al razonamiento jurídico, ya que, mientras este se desarrolla en un contexto de institucionalización predominante, el razonamiento moral, relativiza cualquier institución aparentemente impuesta, pues inclusive el contenido arrogado a la normas constitucionales o legales, está sujeto a una constante discusión, obviamente guiada por la imperativo de Smith²⁵. En ese sentido, uno de los objetivos principales de la dinámica del razonamiento moral, es compactar la autonomía con la que decidirán los agentes morales, pues, aunque llegase a existir un fundamento objetivo que crea reglas generales (como el imperativo de imperativo de Smith), la conciencia de cada sujeto es individualísima. (2021: 293). De ahí que se diga que “[...] el conocimiento del agente del estándar moral o incluso su interiorización, no determina de manera *ex ante* la deliberación del curso de acción que el agente está obligado (moralmente) a elegir” (Cerdio 2015: 44-45)

Al contrario, el estándar de moralidad formulado por un positivista incluyente, como Moreso, es abstraído del diseño institucional que, en apariencia, debe existir para que una sociedad sea calificada como justa. En ese sentido, el autor hace suya la teoría filósofo – política de la Rawls , para quien el Estado debe construirse en cuatro etapa: la primera, a la que llamaremos constituyente, ha de estar basada en principios de justicia; la segunda, en la emisión de normas constitucionales está basada en el principios de igualdad para todos; luego, la etapa de emisión de leyes, en la que también se respetan los principios de justicia primigenios; y, finalmente, el momento de aplicación de las disposiciones jurídicas en casos concretos. Veamos, pues que los principios sobre los que se respalda la etapa constituyente son replicados en los momentos institucionales subsiguientes; así que, el autor respalda un cierto objetivismo moral²⁶ (2015: 78)

²⁵ Maccormick, precisa que la coincidencia entre una decisión derivada de un razonamiento moral y otra que es producto del razonamiento jurídico, no cambia el hecho de que ambos son completamente diferentes, aunque ambos pertenezcan el ámbito del razonamiento práctico (2021:326)

²⁶ Si bien es cierto, Moreso está de acuerdo con la viabilidad de un objetivismo moral constructivista, solo lo sitúa en la etapa constitucional, ya que no podría explicarse de otro modo, por qué en esa etapa se elige un determinado puñado de derechos y no otro (2015: 79). Empero, al establecer que los principios de justicia, situados en la etapa constituyente, son vinculantes para cualquier momento institucional, creemos

De esta manera, cuando en el cuarto momento se intenta justificar las decisiones judiciales, es completamente admisible, según Moreso, remitirse a los ideales originales de la primera etapa, cuando sea necesario, aunque también puedan hacerlo solo a nivel constitucional (segunda etapa) o legal (primera etapa). En esa perspectiva, “[...] el razonamiento jurídico es *siempre* una especie de razonamiento moral, aunque a menudo sea un razonamiento moral entimemático, esto es, la referencia a los principios de la justicia es omitida” (2015: 79)

1.4.El objetivismo moral, como corriente filosófica en metaética

Luego de haber analizado cómo la conexión entre el derecho y la moral ha transitado un largo camino en la filosofía jurídica, y habiendo advertido en algunas de ellas, tangenciales propuestas basadas en el objetivismo moral, corresponde centrar nuestro análisis en esta último. Ello, a fin de identificar sus principales características y algunas de sus vertientes más destacables, con el objeto caer en cuenta cómo una institución de naturaleza propiamente filosófica puede calar en una de las más notables operaciones jurídicas: la actividad jurisdiccional.

El objetivismo moral tiene como objeto de estudio, aunque puede sonar a un asunto de Perogrullo, al juicio moral, el mismo que, de acuerdo con esta corriente filosófica, es susceptible de ser calificado como verdadero o falso o, si se quiere ser menos radical, como correcto o incorrecto. De ahí que las tesis que respaldan al objetivismo moral estén abocadas, bien a determinar cómo se constituye la verdad moral (tesis ontológicas) o, bien a cómo llegamos a conocerla (tesis epistemológicas).

1.4.1. Realismo moral

La vertiente más representativa del objetivismo moral es, sin duda, el realismo, pues en ella se expresan las nociones más habituales que los filósofos pretenden destacar cada vez que hacen referencia a alguna teoría que reivindique la objetividad de los juicios morales, a modo de arrojarles un contenido prefigurado y subsistente, independientemente de cualquier postura mental, proveniente de un razonamiento individual o colectivo (García 2021: 183-186).

que también se adhiere a un objetivismo moral, como parte de las justificaciones de las decisiones judiciales.

La independencia de la corrección del juicio moral es determinante para asumir que este tiene un valor de verdad, pues ello prescribe su contrastación con hechos reales; de ahí que, las manifestaciones estrictamente objetivas se evoquen de modo declarativo, como si dieran cuenta de una cuestión fáctica sobre la que no es posible tener injerencia; así se dice que: “[...] para saber si el enunciado es verdadero o falso hay que cotejarlo con la realidad subsistente, con independencia de cualquier juicio subjetivo” (García 2021: 183-186).

No obstante, la adhesión de los juicios morales a los hechos reales, tienen un alto grado de falibilidad, por lo que la intuición resulta ser un insumo de especial relevancia, *prima facie*, para arribar una conclusión de corrección o incorrección; verbigracia, intuitivamente se suele proclamar que la tortura de humanos inocentes es una cuestión moralmente reprochable, sobre la que no cabe una postura diferente; es decir, su aseveración es objetiva (Hopster 2017: 764). De hecho, los realistas acérrimos han dispuesto que “[...] [e]n relación con la vía para el conocimiento del contenido verdadero de los valores morales, [...] es la intuición, ya una intuición «en bruto», por así decir, ya una intuición metódica o reflexivamente guiada o cultivada” (García 2021: 184)

Por supuesto que en el discurso ordinario, la apariencia de objetividad suele ser más importante que la constitución de la verdad moral misma, de ahí surge la relevancia de la teorización metaética en el marco del objetivismo moral, cuyo papel se centra en establecer manifestaciones argumentativas concretas, como: en el discurrir de la deliberación siempre hemos de encontrar posiciones que se asumen como correctas o incorrectas, imposibles de compatibilizar; además, la expresión de los juicios morales son enunciativos e, incluso, más objetivos que los juicios de gusto. Aunque, se ha comprobado que la ciencia presidida por los metaéticos pasa por alto algunas complejidades que se advierten del discurso moral ordinario, como el hecho de que la imposición de objetividad a un juicio moral puede tener niveles de gradualidad que han de depender, por citar algunos razones, del asunto moral del que se trate (el aborto, por ejemplo, es solo una problema moral objetivo al 15%, siempre que esté desarrollándose en el segundo trimestre) o de la cultura al que el agente pertenece (las instituciones absolutistas, casi siempre, hacen referencia a individuos de su propia cultura, ya que cuando es hora de referirse a otras, las expresiones tienen sesgos de mayor relatividad) (Hopster 2017: 767-769)

1.4.2. Constructivismo moral

Pese a que el realismo es el t3pico paradigm3tico del objetivismo moral, este no se reduce a aquel ya que, en la b3squeda de correcci3n de los juicios morales, los fil3sofos han llegado a establecer que las condiciones (por lo general de car3cter procesal) para su habilitaci3n tambi3n pueden depender de la conciencia o actitud del agente moral, siempre que se demuestra que su capacidad intelectual es normal y suficiente. Nos referimos pues, al constructivismo moral (García 2021: 186-189)

Una de las aproximaciones m3s interesantes de esta vertiente es la propuesta por Carlos Nino, a trav3s su constructivismo epistemol3gico. Para 3l, la verdad moral est3 constituida (tesis ontol3gica) por determinados presupuestos formales y procedimentales – aunque existen evidencias que tambi3n pueden confluir principios sustantivos – que confluyen activamente en la pr3ctica social del discurso. Entre estos tenemos a: (i) la imparcialidad, (ii) racionalidad y (iii) conocimiento de hechos relevantes. Ahora bien, el aspecto central de su teor3a se centra en establecer la forma en que esta verdad se llega a conocer (tesis epistemol3gica), por lo que la discusi3n y decisi3n intersubjetiva se reconoce como el mecanismo m3s id3neo y confiable para tal efecto, ya que el ser humano siempre ha de recurrir a instrumentos que le permitan justificar sus decisiones frente a los dem3s. Cabe precisar que, en el proceso de la exteriorizaci3n de la verdad material, Nino no excluye a la reflexi3n individual; es m3s, la posiciona como una v3a complementaria (1988: 98-100)

Es de notar que la propuesta de Nino es una v3a ecl3ctica entre las posiciones que defienden Rawls y Habermas. Para el primero, la verdad moral, constituida por presupuestos formales propios del razonamiento del individuo, es posible de ser conocida por medio de la reflexi3n individual a la que subyace un m3todo propio, como el equilibrio reflexivo; no obstante, la discusi3n solo funge auxiliariamente. Por su parte, Habermas entiende que la verdad moral tiene un contenido presidido por restricciones de car3cter procesal que acompa±an a los argumentos mientras salen a la luz durante una discusi3n; de ah3 que, la 3nica manera confiable, de acuerdo con este autor, de transparentar la verdad moral es distingui3ndola de la discusi3n y decisi3n colectiva; entonces, la reflexi3n individual no tendr3a cabida (Nino 1988: 98-100)

El Constructivismo Epistem3logo de Nino intenta evadir los problemas que emergen de las tesis desarrolladas en antes. Por ejemplo, al reivindicar a la pr3ctica social del discurso

moral, acentúa muchos de sus beneficios: la neutralización de las subjetividades judiciales, la expansión del conocimiento, la identificación de fallas en el razonamiento, el enfoque imparcial sobre los intereses ajenos e, incluso, la posibilidad de manejar recursos sustantivos durante el proceso argumentativo, como la autonomía del individuo. Nótese que este constructivismo hace énfasis en la discusión, antes que en la decisión, es por ello que Nino resalta que su teoría no está sujeta a un eventual resultado, lo que puede suponer la adhesión a un solo consenso en detrimento de otro, llegando a establecer premisas de universalización, propias del objetivismo realista (1988: 101-102).

Por otro lado, aun cuando Nino es consciente de que la reflexión individual al estar premunida de subjetivismos y no siempre reflejar los intereses colectivos, la sitúa como eje complementario en aras a conocer la verdad moral. Esto es así, pues entiende que el trabajo de interiorización racional del ser humano puede subvencionar aportes interesantes en cualquier disertación, más aún si la materia sobre la que versa es de carácter moral, ya que la corrección de las valoraciones morales también, aunque con muy pocas probabilidades, puede advertirse cognoscitivamente por esta vía. Solo así se explica, por qué los sistemas institucionales le arrojan al individuo el poder de reiniciar una discusión aparentemente acabada, luego de un arduo trabajo consensual (1988: 104)

Por supuesto, para Nino los extremos están proscritos. De esta manera, tanto el anarquismo filosófico como el elitismo o populismo moral no tendrían cabida, si de los que trata es de conocer la verdad moral, ya que aquel al privilegiar, como lo hace Rawls, a la reflexión individual, sienta las bases para un activismo judicial desproporcionado, dándole herramientas a los operadores jurisdiccionales para desacreditar, sin más, leyes democráticamente constituidas, impulsando una actitud subversiva contra la autoridad legítima. En tanto que el populismo, al considerar el consenso mayoritario como la vía fidedigna, deja de lado la posibilidad de que una persona, en pleno ejercicio de su autonomía impulse la revisión del resultado (1988: 102-104)

Como habrá podido advertirse, el constructivismo es una versión trastocada del objetivismo moral en su acepción realista y, es justamente por ello, que se alzan las voces filosóficas para no considerarla como una expresión del objetivismo propiamente dicho.

Es por eso por lo que se han propuesto teorías que intentan conciliar la apariencia de la objetividad moral con las bases del constructivismo, así nace el denominado Constructivismo Metaético, abocado a equiparar la objetividad a la invariancia del punto

de vista. De acuerdo con esta postura, establecida por Hopster, solo se puede procurar que un juicio moral tenga apariencia de objetividad, si y solo si, existen determinadas condiciones que subyacen al punto de vista evaluativo del agente, estas son: coherencia en el juicio, información completa y verdadera y prospección en el razonamiento. De hecho, la única posibilidad de mutar un punto de vista individual, según el autor, es incidiendo en cualquier de estos tópicos, ya sea actualizando creencias no normativas, incitando a adoptar una postura diferente o alimentando la imaginación, pero siempre en el marco de sus propias luces. Ahora bien, por qué se dice que esta postura tiene apariencia de objetividad: pues porque cualquier resultado al que se arribe, será independiente a las creencias o estados mentales del agente (2017: 169-771). No obstante, el mismo autor deja entrever que la apariencia de objetividad que se procura sigue siendo un ideal:

[...] el constructivista humeano sostiene que los agentes humanos cometen tales errores todo el tiempo. Los seres humanos no son idealmente coherentes; rara vez hacemos juicios normativos sopesando todas las opciones relevantes, reflexionando sobre todas las normas relevantes y reuniendo todos los hechos no normativos relevantes. En su lugar, aplicamos atajos y reglas empíricas, tomamos decisiones en condiciones de información menos que completa y, como resultado, cometemos errores regularmente a la luz de nuestro propio punto de vista evaluativo [Traducción propia de: *the Humean constructivist maintains that human agents make such mistakes all the time. Human beings are not ideally coherent; we rarely make normative judgements by weighing all the relevant options, reflecting on all the relevant norms, and gathering all the relevant non-normative facts. Instead we apply shortcuts and rules of thumb, we make decisions under conditions of less than full information, and as a result we regularly make mistakes by the lights of our own evaluative standpoint*] (Hopster 2017: 771)

1.4.2.1. El objetivismo moral mínimo de Atienza, la paradoja de la pretensión de objetividad y las inconsistencias del rasgo falibilista de la teoría

Ahora bien, la versión más representativa del constructivismo metaético²⁷ y que, de hecho, reivindica al objetivismo moral, pero en su acepción mínima²⁸, es la propuesta por Manuel Atienza. Básicamente, este autor, estructura su tesis sobre las siguientes premisas:

- Propugna un objetivismo de razones; es decir, la corrección del juicio moral es determinada en base a razones que se predicán objetivas. Esto, por supuesto, es lo que la diferencia del realismo, cuya verdad o falsedad (nótese que no se habla de corrección) de sus juicios se configura en contraste con hechos morales que emergen del mundo real (natural o social). Atienza es enfático a la hora de diferenciar los juicios que son objeto de su objetivismo mínimo y los del realismo: la estructura de los primeros está dirigida a justificar (o, no) la conducta de los individuos, por tanto, tienden a ser introducidos para guiar el mundo real, aunque este suele resistirse a ello; mientras que los enunciados científicos, tienen por finalidad crear una imagen del mundo, tal y como es, así que solo un hombre racional podrá contradecirlos, en tanto compruebe que el mundo en sí mismo los contradice. Es por ello, que para los primeros se utiliza el calificativo de corrección, mientras que para el segundo se evoca un valor de verdad (2016: 19-20)

²⁷ Autores como García (2021: 211) y Misseri (2023: 312) posicionan a Atienza en esta vertiente filosófica

²⁸ Atienza manifiesta que el objetivismo moral mínimo que propone es abstraído de la clasificación gradual – visualizada por Fishkin en su obra *Beyond subjective Morality* – que emerge entre los opuestos: objetivismo – subjetivismo. En la posición del primero extremo se encuentran: el absolutismo (propugna que el cuestionar un juicio moral debe calificarse como irracional), el rigorismo (apoya la inviolabilidad de los principios y valores morales) y el objetivismo mínimo; por su parte, en el extremo subjetivista, hemos de encontrar: el universalismo, relativismo, personalismo y amoralismo. Siguiendo esta lógica de escala, el objetivismo moral mínimo, haría para sí, las cuatro tesis consecutivas, exceptuando cualquier posición absolutista y rigorista. Entonces, un juicio moral sería correcto, de acuerdo al objetivismo moral mínimo de Fishkin, en tanto pueda constatar que es objetivo, universalizable, interpersonal y propio (2016: 27-28): “Es objetivo porque deriva de consideraciones que toda persona debería aceptar si tuviera la perspectiva moral adecuada, es universalizable porque se aplica a todos en los casos que sean relevantemente similares, es interpersonal porque se aplica tanto a otros como a mí mismo y es propio porque se aplica a uno mismo” (Misseri 2023: 305)

Para Misseri, la teoría de la objetividad de esta clase de objetivismo es la más importante, pues con ella se garantiza la confluencia de fundamentos que podrán reputarse de objetivamente válidos, para defender un juicio moral, siempre que los agentes que la formulen, en el marco de una discusión intersubjetiva, tengan la perspectiva moral propicia; esto, por supuesto, debería deslindar cualquier posibilidad de subjetivista (2023:303). El autor señalado añade, además, que tal objetivismo, tiene como ingrediente especial a la intuición: “El objetivismo moral mínimo para Fishkin es la creencia de que ante un problema ético X (por ejemplo, si es aceptable que un homicida malherido acceda a la eutanasia) posee una respuesta intuitiva que vale sólo para ese caso en particular” (Misseri 2023: 305), por lo que quedaría proscrita la formulación de todo principio general.

- Atienza, con el ánimo de contradecir a Habermas, respalda la objetividad, tanto de normas como de valores morales, pues si la objetividad es de las razones, no habría motivo para descartar a una u otra. En efecto, un juicio moral, representado a través de un valor moral, tendría que ser sostenido por toda persona razonable que se adhiera a las reglas del discurso, sustentadas en presupuestos antropológicos (2016: 25)
- Atienza sostiene que “[...] el objetivismo moral mínimo es una posición falibilista y no dogmática [...] los juicios morales, como los científicos, tienen la pretensión de ser correctos o verdaderos, pero no hay una garantía metafísica de que una creencia o un juicio práctico no tenga que ser revisado” (2016: 28-29). De ahí que, para él, la tolerancia constituya un principio intrínseco a su objetivismo moral mínimo: uno solo es tolerante en tanto sea objetivista moral y viceversa (Atienza 2016: 29)
- Siendo que el Derecho es una realidad que se va construyendo por medio de prácticas sociales, orientadas a resolver cuestiones jurídico – morales, necesita de las razones valorativas proporcionadas por el objetivismo moral mínimo, para reflejar una lógica adecuada en su dinámica. De esta manera, Atienza describe la relación entre el pospositivismo y el objetivismo moral mínimo (2016: 39-41)

Por consiguiente, si la objetividad que Atienza defiende se encuentra en las razones; entonces, esta se ubicaría, *a priori*, en el plano epistemológico y no en el ontológico: “[...] la objetividad moral es, por así decirlo, una objetividad de razones (una objetividad no ontológica), pero esas razones objetivas son tanto procedimentales como sustantivas” (2016: 36). No obstante, al hacer alusión a condiciones sustantivas y procedimentales de la objetividad, podríamos entender que esta se derivaría también del nivel en el que se determina la existencia del juicio moral, es por ello, que algunos autores, como Misseri, han equiparado el objetivismo moral mínimo de Atienza al Constructivismo Epistemológico de Nino: el presupuesto sustantivo, por excelencia, para arribar a la corrección moral del juicio (no verdad) recae en la dignidad humana (tesis ontológica), que ha de entenderse como una precondition del posterior discurso racional, que dará lugar a un consenso contrafáctico del que derivarán las razones objetivas de justificación (tesis epistemológica) (2023: 313). Esto le ha valido a Atienza, ser considerado como un rigorista (tesis que proscibiría tajantemente al momento de construir su teoría²⁹), pues la

²⁹ Así lo expone Atienza:

[...] el objetivista mínimo no suscribe ni la pretensión de absolutismo: “los juicios de uno son *absolutos*, esto es, su carácter inviolable es racionalmente incuestionable”; ni la de

dignidad humana debería ser un principio no pasible de violación, si lo que se quiere es no desnaturalizar su propuesta teórica³⁰ (Misseri 2023: 306). Por lo tanto, la pretensión de objetividad de Atienza no solo debe circunscribirse a las razones de justificación, sino que debe retrotraerse hasta sus presupuestos sustantivos.

Si esto es así, debemos entender cómo Atienza concibe verdaderamente a la dignidad humana para tener una idea clara de los alcances de su pretensión de objetividad. Así, Misseri expone que, a partir de ella, los intervinientes en la construcción de las razones objetivas que determinan la corrección de un juicio moral, adquieren un cierto estatus: el de sujetos valoradores o encarnados, ya que al reconocer que existen personas semejantes a ellos, cuyos problemas tendrán que solucionar, están en plena capacidad para definir jerarquías o preferencias valorativas para tal efecto, teniendo como premisa primordial, el procurar la satisfacción de sus necesidades básicas (2023: 314-315)

Entonces, cuando Atienza enuncia su pretensión de objetividad, en los siguientes términos: “[...] los juicios de uno son objetivamente válidos, esto es, su aplicación constante a cada uno está basada en consideraciones que cada uno debería aceptar, si contemplara el problema objeto de contienda desde la perspectiva moral apropiada”³¹ (2016: 28), no solo construye la justificación objetiva que arroga de corrección o incorrección a los juicios morales desde presupuestos únicamente de procedimiento (reglas del discurso), sino que reivindica las condiciones antropológicas (desde la dignidad humana) de los intervinientes que terminan por darles sentido; es decir, una persona no es razonable porque se adhiera a las reglas del discurso desde la perspectiva

inviolabilidad: “los juicios de uno son *inviolables*, esto es, sería objetivamente erróneo en cualquier caso violarlos (permitir excepciones a ellos)”; sino la de validez objetiva [...]: “los juicios de uno son *objetivamente válidos*, esto es, su aplicación constante a cada uno está basada en consideraciones que cada uno debería aceptar, si contemplara el problema objeto de contienda desde la perspectiva moral apropiada” (Atienza 2016: 28)

³⁰ Incluso se ha dicho que el objetivismo moral de Atienza es más mínimo que el de Fishkin, pues a diferencia de este, sí enuncia principios éticos como el de dignidad humana que, al ser, en la teoría de Atienza, un valor supremo, emergen de él razones suficientes para dar prioridad a determinados principios, al confluir una controversia pasible de ponderación. En cambio, la objetividad de Fishkin solo se basaría en la intuición, por lo que, frente a un desacuerdo, no habría forma de probar quién ostentaría objetivamente la razón, solo se tendría ser certeza de este hecho (Misseri 2023: 305)

³¹ En otros textos, la pretensión de objetividad ha sido esbozada en diferentes términos:

Afirmar que nuestra concepción ordinaria del fenómeno moral incorpora una Pretensión de objetividad es afirmar que quien sostiene un juicio moral pretende o presupone que los demás, si consideraran la cuestión "de un modo razonable", si llegaran a adoptar lo que consideramos "la perspectiva adecuada", llegarían a la misma conclusión que nosotros (Bayon 1991: 275)

Si uno es perspicaz, caerá en cuenta que tal pretensión deriva de la tesis objetiva que forma parte del objetivismo moral mínimo del Fishkin (Véase líneas arriba)

moral apropiada, sino que esta “perspectiva moral apropiada” es tal, porque quienes construyen las razones objetivas, luego de un consenso contrafáctico, son sujetos valoradores o encarnados, que procurarán, dándole forma a sus argumentos, resolver problemas de sus semejantes.

Siendo ello así, pareciese que en el objetivismo moral de Atienza, las condiciones procesales de discusión no son garantía suficiente para determinar que las razones que emergen del proceso discursivo son verdaderamente objetivas, pues al no ser supuestos inamovibles e inviolables como las sustantivas (dignidad humana), la posibilidad de un direccionamiento, previamente definido, en la construcción de un consenso contrafáctico, es plausible; más aún, si lo único cierto en esta teoría, es el estatus de sujetos valoradores o encarnado de los intervinientes, que los habilita, *per se*, a definir jerarquías o preferencias valorativas.

Lo cierto es que, si las condiciones sustantivas o antropológicas ocupan un lugar preponderante en la teoría ateniense, relegando a las procesales, al punto de presentarlas como una panacea en la resolución de problemas, se les otorga a los sujetos valoradores un poder absoluto al momento de definir jerarquías o preferencias valorativas, sin tener en cuenta que estas pudiesen haber quedado determinadas, incluso antes del proceso disuasivo.

He aquí, por qué García califica al objetivismo ateniense como un “realismo moral mínimo”, haciendo una alusión sesgada, aunque no precisa, de la dignidad humana como elemento ontológico o sustantivo de su teoría (2021: 211). Intentemos descifrar el trasfondo de esta idea:

- Bien sabemos que Atienza es categórico al manifestar que su teoría es antagónica a los postulados del realismo moral, pues a diferencia de este, la corrección de los juicios morales no puede determinarse a partir del contraste de hechos morales que emergen del mundo real, debido a la naturaleza de los mismos. Es claro que Atienza desarrolla este contraste en función a la característica más problemática del realismo pues, incluso dentro de sus propios linderos teóricos, se ha previsto que, aplicando esta técnica, la objetividad de sus juicios tienen un alto grado de falibilidad y los niveles de gradualidad varían dependiendo del asunto moral del que se trate.
- Sin embargo, Atienza, no es muy claro en señalar que el núcleo del realismo moral se centra en enfatizar que un juicio es verdadero o falso, en términos objetivos,

debido a que tal conjetura es deducida de forma independiente a las creencias y estados de ánimo de los agentes; aspecto, en el que claramente coincide con el objetivismo ateniense; de ahí se reputa la objetividad de ambas teorías, aunque uno instrumentalice al mudo y el otro a las razones.

- Y, es justamente aquí, donde decaen ambas teorías: en el caso del realismo moral, al no haberse establecido aún, una vía certera (aunque se suele mencionar a la intuición) para arribar al conocimiento moral y al haberse advertido que la objetividad es graduable por los agentes; su subjetividad, aunque implícita, es patente. Mientras que la subjetividad en la teoría de Atienza puede deducirse – como vimos, en antes – de la incorporación, en términos antropológicos, de dignidad humana como presupuesto ontológico de la práctica discursiva.
- Por lo tanto, aunque el objetivismo moral mínimo se diferencie del realismo moral, en su aspecto más controversial, coinciden en el núcleo de este; es decir, aquel al que le deben falazmente el calificativo del objetivo, pues el tránsito de la subjetividad de los agentes es ineludible en una u otra teoría; de ahí que, García califique, sarcásticamente, al fenómeno constructivista de Atienza como: “Maneras de darse la razón a uno mismo” (2021: 211)
- Pero alguien³² podría decir que, en el marco del objetivismo mínimo de Atienza, hay fundamentos para sostener que la discusión racional puede ocurrir en un solo sujeto y, aun así, las razones para sostener que un juicio es correcto, no dejarían de ser objetivas; es decir, independientes a las creencias y estados de ánimo del agente. Hopster, por ejemplo, ha logrado – como vimos líneas arriba – sostener satisfactoriamente esta hipótesis, a partir de la tesis de invarianza del punto de vista, que prescribe que el juicio arribado por una sola persona será correcto en términos objetivos, siempre que confluayan condiciones como: coherencia en el juicio, información completa y verdadera y prospección en el razonamiento. Sin embargo, es este mismo autor, quien advierte que lograr ello sería una coincidencia utópica e ingenua, pues los seres humanos raramente nos abstraemos en tales ideales (2017: 169-771).

³² Este alguien es Misseri, quien deja sentado el hecho de que existen razones para sostener que el objetivismo de Atienza admite la discusión racional unipersonal (2023: 313), pero no desarrolla la idea. Así que en el aparatado que es objeto de comentario, intentaremos completarla sin desnaturalizar la tesis original del autor.

Finalmente, creemos necesario suscribir algunos apuntes sobre el rasgo falibilista que caracteriza a la teoría de Atienza, pues este apoya la calificación mínima que se le arroga a su objetivismo. Creemos pues, que este concepto es inconsistente en tanto no resulta claro qué posición debería ocupar en la construcción teórica de la objetividad de razones, ya que está relacionado, indistintamente, con los conceptos de revisión (falibilidad – revisión) y tolerancia (falibilidad – tolerancia) y, no solo eso, sino que sea cual fuere la acepción que se adopte, está lejos de sustentar un verdadero objetivismo mínimo.

Sobre el primero, enuncia que las razones objetivas, producto de una discusión racional en el que confluyen condiciones procedimentales y sustanciales, podrían ser objeto de reconsideración posterior, pero al no precisar el contexto de este suceso, pareciera que los factores que podrían promover el cuestionamiento no son necesariamente externos; es decir, si otras personas, aún adoptado la perspectiva moral apropiada, arriban a conclusiones diferentes, contradiciendo la corrección o incorrección del juicio moral, es porque los agentes no fueron lo suficientemente racionales al no adherirse a las reglas de discurso y a sus presupuestos antropológicos. Por lo tanto, estas razones, sobre las que se sostiene la teoría del Atienza, no serían tan objetivas, ya que la pretensión de objetividad es fácilmente derrotable.

Por su parte, la falibilidad – tolerancia, al presuponer la existencia de errores humanos e incitar a la discusión intersubjetiva debido a ellos, forma parte del núcleo interno de la teoría de Atienza, pues genera consensos contrafácticos que se materializan en sus razones objetivas. Empero, como ya vimos, la objetividad de la teoría tiene serias inconsistencias, si es analizada en sus condiciones sustantivas.

En consecuencia, la acepción falibilista del objetivismo mínimo de Atienza, tanto en sus alcances de falibilidad – revisión, como de falibilidad – tolerancia, despoja de “objetividad” a esta construcción filosófica

CAPÍTULO II

EL OBJETIVISMO MORAL DESDE LA INTERPRETACIÓN EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En este capítulo tendremos por objetivo reconocer las conexiones del bagaje teórico construido en torno al objetivismo moral y el quehacer argumentativo de los jueces constitucionales, en el marco de procesos de inconstitucionalidad.

Para tal efecto, es necesario desarrollar brevemente los postulados de algunas teorías de interpretación constitucional. Ello de cara a identificar qué caracteres permiten arribar a un juicio moral con pretensión de objetividad o corrección, lo cual tomará mayor sentido, una vez que estudiemos casos concretos, que traten asuntos de acentuada relevancia moral. En este punto, esperamos encontrar indicios constantes, a través de sus argumentos, que nos permitan señalar con relativa exactitud, cuándo el Tribunal está ejerciendo el rol de una objetivista moral, independientemente de sus inclinaciones filosóficas personales, con lo que se procuraría posicionar juicios personales como parámetros de validez de la normas constitucionales – positivas y, por supuesto, el de las legales.

En concreto, este capítulo tendrá una estructura mixta: teórica y práctica. Así, en el primer apartado desarrollaremos, con particular detenimiento, las premisas de tres teorías de interpretación constitucional: la cognoscitiva, la escéptica y la ecléctica. Es de indicar que, mediante la identificación de sus tesis y características, podremos encontrar la materia prima necesaria para identificar a cuál de ellas se adscribe la línea discursiva del Tribunal Constitucional, luego de haber analizado, en el segundo apartado, a los argumentos contenido en las siguientes sentencias: el caso de la ley de cementerios y servicios funerarios (STC. recaída en el Expediente 0002-2019-PI/TC) y el caso de la ley de protección y bienestar animal (STC. recaída en el Expediente 0022-2018-PI/TC).

El reto, por supuesto, es explicar cómo es que esta tendencia de argumentación (que condensaremos en un tercer apartado denominado: constantes del objetivismo moral en la justicia constitucional) desencadena en la adscripción de nuestro Supremo Intérprete, a los postulados del objetivismo moral. En otros términos, la finalidad de este análisis consiste en lograr identificar premisas de carácter objetivista moral, a la vez que conectamos dichas premisas con una teoría de la interpretación constitucional.

2.1.Las teorías de la interpretación constitucional

Si lo que se pretende es identificar un discurso racional para describir a la actividad interpretativa, tal y como es, indefectiblemente tenemos que recurrir a las “Teorías de la interpretación” (Guastitni 1999: 13)

De esta manera, Guastini explica que, en el ámbito jurídico moderna, podemos encontrar a tres de ellas: la cognoscitivista, la escéptica y la ecléctica. Así, independientemente de sus particularidades, precisa este autor, todas ellas tienen los siguientes rasgos comunes: i) conceptualizan a la interpretación, ii) observan y describen la práctica argumentativa de los operadores jurídicos y iii) los enunciados interpretativos que identifican en medio de las premisas argumentativas son objeto de un análisis lógico (2014b: 345-346)

Pese a la generalidad con la que se presentan estas teorías, son plenamente aplicables al ámbito del Derecho Constitucional, pues no olvidemos que las disposiciones de nuestra Carta Magna, al tener un alto grado de indeterminación, necesitan adherirse a alguna propuesta teórica que le permita vislumbrar uno o varios significados específicos. Además, es en este contexto, donde las teorías en cuestión podrán tener un mayor y más importante rango de análisis, ya que no estamos hablando de cualquier norma del ordenamiento jurídico, sino de aquella que se superpone jerárquicamente cualquier otra y, por tanto, su normatividad es suprema. No olvidemos, finalmente que la discrecionalidad del juez constitucional tendrá una incidencia diferente, dependiendo de la teoría de la que se trate (Quispe 2017: 122-123)

2.1.1. Teoría cognoscitivista

La interpretación jurídica y, en particular, aquella que se desarrolla en torno a los preceptos constitucionales, se ha desenvuelto a partir de diferentes teorías filosóficas, siendo la cognoscitivista la más primitiva e incipiente; pese a ello, muchas de las instituciones que hoy consideramos constitutivas de los actuales Estados, encuentran arraigo en sus enunciados, así lo manifiesta Guastini respecto a la separación de poderes o al control de legitimidad que se ejerce sobre los actos de los poderes públicos (siendo el control de constitucionalidad de las leyes, el caso paradigmático) (2014b: 348)

Esta teoría propugna que las disposiciones normativas están premunidas de un significado unívoco y preconstituido y que, por tanto, su cognición potencial solo llegará a concretizarse a través de la actividad interpretativa de un agente políticamente pasivo.

Entonces, para la denominada teoría cognoscitivista, cognitiva o formalística, la interpretación es concebida como un acto abocado a descubrir el significado de una disposición, lo que, necesariamente, desembocará en una única fórmula verdadera o correcta (Guastini 2014b: 347-350)

La insipiencia de esta teoría se percibe cuando notamos que los postulados que la conforman son inconsistentes. Así, por ejemplo, la univocidad del significado en la que se basa la corrección de la única norma jurídica que puede emerger de las disposiciones, tiene como idea fundante que el sistema jurídico se encuentra exento de lagunas y antinomias, lo que llevaría a ignorar, en consecuencia, la equivocidad de los enunciados normativos y la vaguedad de los predicados (Guastini 2014b: 348; Guastini 1999: 14). Es más, Guastini, tiene claro que este extremo de la teoría no solo es contraintuitivo, sino también, poco interesante, ya que pone en vilo las capacidades intelectuales de aquellos operadores jurídicos que prescriben normas jurídicas “falsas”, las mismas que, aun siendo tales, podrían producir efectos jurídicos (2014b: 358)

Otro de los cuestionamientos realizados a esta teoría está relacionado con el hecho de ignorar flagrantemente la discrecionalidad judicial, ya que al presentar al intérprete como un ente funcional solo para efectos cognitivos de un significado normativo preexistente, se condena al juez a ocupar una posición neutral en términos políticos, reivindicando la actuación de los poderes públicos, al arrojar una incuestionable legitimidad a sus actos.

Siendo ello así, la previsibilidad de las decisiones judiciales, basada en la irrestricta idea de seguridad jurídica, deviene en la principal justificación de los cognoscitivista; empero, este principio es concebido por ellos como antítesis del Estado de Derecho, y no como uno de sus fundamentos. Sobre el particular, recordemos que MacCormick ha controvertido esta hipótesis, precisando que tal principio solo constituye su aspecto estático, pues el dinámico está compuesto por el carácter argumentable del Derecho, irrogado por el tan preciado derecho de defensa:

Por más cuidado que los legisladores, los *drafters*, o los jueces que plasman sus opiniones intentando establecer una ratio con carácter ejemplificante pongan en los materiales de las fuentes del Derecho [...] serán siempre derrotables y a veces derrotadas al ser rebatidas por la defensa. La certeza del Derecho es, por tanto, certeza derrotable (MacCormick 1999:20-21)

Pese a lo expuesto, Guastini ha identificado que los juristas que aún se arriesgan a hacer uso de los argumentos que se sustentan en este marco conceptual, recurren a la denominada teoría del significado, en función a la cual se intenta reconstruir la actividad interpretativa por medio de un discurso descriptivo. Elementalmente, se precisan dos teorías del significado: el objetivo y el subjetivo; de acuerdo con el primero, el significado preconstituido de la norma se aduce de elementos lingüísticos ordinarios, mientras que, en concordancia con el segundo, se abstrae de la voluntad de la autoridad que emite las disposiciones normativas (Guastini 2014b: 360).

Cabe precisar que la complacencia que se puede advertir del discurso descriptivo, propio de esta teoría, hacia el Poder Legislativo (por citar un ejemplo de poder público), en muchos de los casos, esconde una estratagema ideológica: “[...] no es difícil ver a contraluz, detrás de la teoría cognoscitivista, una ideología; es decir una doctrina que busca «no tanto describir lo que sucede, como prescribir lo que debería suceder»” (Guastini 2014b: 349).

Es decir, la teoría cognoscitivista no solo es falaz en sus cimientos, sino que es instrumentalizada para orientar la interpretación, a antes que reconstruirla. Esta instrumentalización, puede observarse, incluso desde la experiencia norteamericana, por la forma en la que son construidos los argumentos:

El hecho de que cuando los tribunales dejan de lado una decisión pasada, la decisión nueva es normalmente tratada como estableciendo lo que el derecho siempre ha sido, y como si corrigiera un error, y se produce una operación retrospectiva; y finalmente, el hecho de que el lenguaje de una decisión judicial no es tratado, como ocurre con el lenguaje de un texto legal, como un texto canónico de un acto verbal creador de derecho (Hart 1994: 336-337)

Por otro lado, quien hace gala de ofrecernos una teoría objetiva del significado es Savigny, ya que expone, lo que según él serían las cuatro partes constitutivas del proceso de interpretación, el mismo que es entendido como un acto libre de inteligencia, cuyo objeto es reconocer a la ley en su verdad. Estas partes, a las cuales el autor denomina “elementos”, son las siguientes:

- Gramatical: referida a la externalización del pensamiento del legislador a través de las palabras que él utiliza (lenguaje de las leyes)

- Lógico: atribuye al pensamiento del legislador conexiones de carácter lógico, las mismas que han de ser descompuestas para hallar el sentido.
- Histórico: se aboca de dilucidar el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, posicionándola en la época en la que fue dada.
- Sistemático: se pretende explicar la acción ejercida por la ley sobre el sistema general de derecho, entendido este como una vasta unidad en el que la ley ocupa un determinado lugar, desde el cual tienen conexiones con diferentes instituciones y reglas de derecho (1878: 145-166)

Otra de las teorías objetivas del significado, pero con mayor énfasis filosófico, es la propuesta por Dworkin quien, para efectos ilustrativos, homologa el método central del análisis jurídico a la interpretación literaria de una novela en cadena³³. De esta manera es que se atribuye al juez, en equiparación al novelista, el deber de interpretar integralmente el quehacer judicial precedente; ya sea en sus decisiones, estructuras, prácticas o convenciones, identificando, en términos políticos, la mejor norma o principio que las subyace y fundamenta transversalmente (esto es así, pues cabe la posibilidad de que emerjan varias interpretaciones que se adecúen integralmente a las decisiones pasadas), con la finalidad de prolongar, en el futuro, el principio de justicia más firme que sustente una solución correcta para un caso difícil. Por lo tanto, una interpretación judicial plausible solo será tal, si supera la dimensión formal y la sustancial; la primera, busca su adecuación – en base a elementos como la integridad, coherencia e identidad – a las prácticas judiciales antecesoras y, la segunda, tiene por objeto evidenciar su propósito último, en la mejor versión que sea posible (2017: 205-209)

Nótese que la interpretación a la que hace alusión Dworkin no busca sistematizar la intención de alguno o un grupo de los jueces que decidieron en el pasado, debido a la imposibilidad e incoherencia de unificar datos psicológicos, para utilizarlos como materia prima en la actividad hermenéutica. Aun así, este autor otorga funcionalidad a la intención abstracta y concreta de estos jueces, otorgándoles la categoría de interpretaciones

³³ Dworkin propone un proyecto literario colectivo ficticio, en el que los novelistas involucrados tienen la obligación de crear un capítulo nuevo y, para tal efecto, deben interpretar, con excepción del primero, los personajes, el tema central, entre otros, que fueron configurados por sus predecesores; de ahí que se diga que “[...] no hay ningún novelista que tenga una libertad total, porque todos se encuentran limitados por la necesidad de elegir la interpretación, que a su entender hace que la obra de arte en construcción se la mejor posible” (2017: 205-206)

plausibles, siempre que una u otra demuestre estar sustentada en un principio idóneo, políticamente hablando³⁴ (2017: 207- 212)

Toda la teoría esbozada por Dworkin se enmarca en el Derecho entendido como integridad. Veamos pues, cómo este autor en el intento de definirlo, estructura toda su propuesta interpretativa:

El derecho como integridad entonces, comienza en el presente y continúa el pasado sólo en la forma que lo dicte su foco contemporáneo. Su objetivo no es recapturar, ni siquiera para la actual ley, los ideales o propósitos prácticos de los políticos que primero lo crearon. Su objetivo es más bien justificar [...] lo que hicieron en una historia general que ahora valga la pena contar, una historia con un complejo reclamo: que la actual práctica puede ser organizada y justificada con principios lo suficientemente atractivos como para proporcionar un futuro honorable. [...] Cuando un juez declara que un principio en particular está imbuido en la ley, [...] está denunciando [...] una propuesta interpretativa: que el principio se ajusta y justifica como una parte compleja de la práctica legal, que proporciona un modo atractivo de ver, en la estructura de dicha práctica, la coherencia de principio que exige la integridad (Dworkin 2012: 166)

Un exhaustivo análisis de la teoría de Dworkin puede llevar a calificarla como holística y particularista: Hart, por ejemplo, concluye que la percepción del Derecho como integridad es una manifestación concreta de la primera característica, pues en aras a buscar una solución inequívoca, cuando estamos frente un marco jurídico indeterminado o inexistente, el sistema jurídico y, más aún los valores en el que se sustenta, proporciona principios expresos o latente³⁵ para tal fin. Ahora bien, dicho sistema y los valores que lo

³⁴ En referencia a ello, Dworkin ilustra la siguiente reflexión:

Es posible distinguir una intención abstracta y una concreta en este caso: el constituyente tiene la intención de prohibir la discriminación en todo aquello que en efecto sea de interés fundamental, y también tiene la intención de no prohibir las escuelas segregadas. No se trata de intenciones aisladas y discretas; nuestras descripciones, podríamos decir, dan cuenta de la misma intención de distintas maneras [...] Si adoptamos la primera, un juez que desee respetar las decisiones del constituyente, pero que crea que la educación es una cuestión de interés fundamental, decretará la inconstitucionalidad de la segregación. Si aceptamos la segunda, no lo hará. La elección entre las dos descripciones no puede hacerse sobre la base de ninguna otra reflexión acerca de qué es realmente una intención. Se la debe hacer diciendo que una descripción es más apropiada que otra en virtud de una mejor teoría de la democracia representativa o de algún otro fundamento abiertamente político (2017: 212)

³⁵ Con la finalidad de mostrarnos un ejemplo ilustrativo, en el que un caso concreto fue resuelto por un principio latente, Hart reseña el caso *Donoghue Vs. Stevenson* (1932): el objeto de la controversia era

circundan, no son invocados desde el Derecho Natural universal, antes bien, se expresan solo desde la sociedad particular en la que emerge el problema jurídico a resolver; de ahí, el carácter particularista de la teoría (1994: 337-338)

2.1.2. Teoría escéptica

La teoría escéptica se construye como la antítesis de la cognoscitivista, pues, a diferencia de esta, la interpretación no es ya un mero acto de descubrimiento sobre un significado preexistente y unívoco, sino que en él también puede haber la voluntad o la discrecionalidad del intérprete.

Guastini es un destacado defensor de esta teoría³⁶, pero en su acepción moderada, aquella que forma parte de la construcción kelseniana, a través de la “Teoría Pura del Derecho”. De acuerdo con este último, al ser los textos normativos intrínsecamente indeterminados, ya sea de forma intencional – por aquel que expidió la disposición – o no intencional – porque existen factores de ambigüedad y no univocidad propias del lenguaje o por la contradicción total o parcial de la manifestación lingüística, en contraste con la voluntad del constituyente o el legislador – sus intérpretes se encuentran predispuestos a inferir una serie de significados en el marco del derecho potencialmente aplicable (Kelsen 1982: 350-351).

Entonces, si la premisa sobre la que se funda la teoría escéptica es la equivocidad y vaguedad de los textos, Guastini nos recuerda, además, que ellas no siempre emergen objetivamente de los problemas semánticos o sintácticos de la lengua, sino que suelen ser tal, debido a la diversidad de métodos interpretativos, tesis dogmáticas e, incluso, de las valoraciones particularísimas de cada intérprete (2014b: 364)

Si leemos detenidamente a Kelsen, podremos caer en cuenta que este puede calificarse como un cognoscitivista relativizado, pues también considera que el acto de interpretar se circunscribe al conocimiento del derecho por aplicar, pero entendiendo que este

determinar si un fabricante de botellas de cerveza estaba obligado a responsabilizarse frente a un consumidor del producto, pues este resultó estar contaminado por restos de un caracol muerto. Tal situación, era aún más controvertida pues se partía de la premisa de que entre ambos sujetos no existía una relación contractual de por medio. El Tribunal, finalmente, abstrajo la solución del amplio principio de diligencia razonable, el mismo que pregonaba que la realización de cualquier actividad, previsible y potencialmente dañina, constituía un supuesto suficiente para que, quien la llevase a cabo adoptase los medios necesarios, desde la diligencia razonable, para evitar el perjuicio (1994: 339)

³⁶ Se dice que Guastini es obsequioso con la teoría escéptica moderada cuando manifiesta: “Naturalmente, es la primera variante de la tesis escéptica que me apresto a comentar críticamente (desde el momento que comparto la segunda variante)” (Guastini 2014b: 362)

constituye un marco en el que pueden pervivir varias posibilidades normativas, igualmente plausibles; de ahí, que la famosa locución: “el acto está conforme de derecho”, haga alusión a que tal “acto” se encuentra dentro de este “marco” jurídico. Ahora bien, la elección de alguna de estas posibilidades normativas no es ya interpretación propiamente dicha, sino un acto de voluntad, basado en la discrecionalidad del agente, que se interpone por la necesidad de resolver un problema político, antes que jurídico (Kelsen 1982: 351-354)

Seguramente el problema sería jurídico y, por tanto, propio de la interpretación, si existiese un método interpretativo que, objetivamente, impulsase a hallar la alternativa “correcta”, ya sea frente a un conflicto entre la voluntad o la expresión lingüística o la contradicción de normas de la misma naturaleza; pero no es así. Kelsen, ha sido enfático al respecto: “Es un esfuerzo inútil pretender fundar “jurídicamente” una de esas posibilidades con exclusión de otras” (1982: 353)

Encontramos, por otro lado, una acepción de la teoría escéptica, en el que el acto de voluntad ya no entra a tallar cautelosamente ante un problema de naturaleza político, sino que todo él, constituye actividad interpretativa; es decir, la discrecionalidad del agente es particularmente preponderante, porque se parte del supuesto de que el texto normativo carece de significación alguna antes de la interpretación; así lo ensaya Guastin: “[...] no existe ni siquiera «derecho» antes de la interpretación: los textos normativos no son exactamente derecho, sino solo fuentes de derecho” (2014b: 352).

Troper, por ejemplo, ha dedicado gran parte de su obra a defender esta tesis, a partir de observaciones críticas a los postulados de Kelsen³⁷. Así, teniendo como supuesto base el hecho de que una norma jurídica es tal, luego del proceso interpretativo, aduce que la acción de inconstitucionalidad, construida a partir de la teoría pura del derecho (cuyo idea base es la jerarquía normativa), devendría en inconsistente e ineficaz, ya que sería el intérprete (en este caso, el juez constitucional) quien construiría verdaderamente una jerarquía normativa, desde su despliegue argumental, por lo que solo desde aquí podríamos hablar de un estándar de validez (2014: 251). En función a esto último, Troper expone cómo debe entenderse el sustento de validez de la Constitución:

³⁷ Ver a Troper en: “Por una teoría jurídica del Estado” (2001) o en “*Constitutional Interpretation*” (2006)

Me parece también posible retomar la cuestión de la norma fundamental: la constitución es válida no porque encuentre su fundamento en una norma hipotética, sino porque los que afirman aplicarla presuponen que ella es válida y apta para servir de fundamento a otras normas (Atienza 2020: 422)

En consecuencia, para este autor, Kelsen es equívoco en sus afirmaciones, ya que existe una contradicción consistente entre la teoría del orden jurídico, en el que la norma es determinada por una autoridad democráticamente elegida; y, la teoría de la interpretación, en la que la norma, es determinada por el intérprete (2014: 251)

Como habrá podido advertirse, la contradicción mencionada, incide necesariamente en el rol ejercido por el juez – quien se estatuiría como el verdadero autor de la norma jurídica y su aplicador obligado – ya que él, por medio de la interpretación, al intentar reivindicar la tesis de la jerarquía normativa³⁸ (en función a la cual, verbigracia, la Constitución es válida en tanto se fundamenta en una norma hipotética y, por tanto, sus postulados al estar objetivados en ella, son claros en su formulación), propone fórmulas discursivas que se derivan de la teoría cognoscitivista, con lo cual su función creadora es subrepticia. Esta situación, es esclarecida por Troper, diciendo:

En Francia, Georges Vedel, un gran profesor de Derecho que llegó a ser juez constitucional, interrogado sobre el punto de si la interpretación pertenecía al ámbito de la voluntad o del conocimiento, respondió que evidentemente pertenecía

³⁸ La estructura del sistema, según aduce Troper, ha constitutivo un límite, incluso en la construcción de conceptos clave para los sistemas estatales, como Estado o soberanía:

Al constatar que, históricamente, la jerarquía de las normas, es decir, el Estado *lato sensu* aparece hacia el final del siglo xvi y ello es en la misma época en que el discurso jurídico dominante empieza a emplear los conceptos de Estado y de soberanía, se puede enunciar la hipótesis de que esos conceptos han emergido en razón de un límite nacido de la jerarquía de las normas. Así, la soberanía entendida como principio de imputación: desde que se admite que las normas son producidas por voluntades humanas y están jerarquizadas, es preciso entender que las normas supremas deben ser imputadas también a la voluntad de un ser real o ficticio, que no ha sido habilitado por ningún otro, cuyo poder no se justifica por alguna cualidad física o intelectual y al que, por esta razón, se le debe llamar «soberano» (Atienza 2020: 424)

Por lo que no resulta raro que, en el afán de mantener esta coherencia, los juristas hayan intentado arrogar justificaciones en función a la jerarquía de normas, para demostrar el carácter democrático de los órganos que declaran la inconstitucionalidad de las normas, frente a las incesantes críticas que propugnan que ellos constituyen un obstáculo para la verdadera voluntad de los representantes del pueblo. Tales argumentos, son los siguientes: a) el Tribunal está cometido al Poder Constituyente; o, b) el Tribunal es un representante, no electo, del Soberano (Atienza 2020: 424)

al de la voluntad, pero que el juez estaba obligado a hacer como si fuera una actividad del conocimiento (Atienza 2020: 426)

La interpretación, como actividad creadora de normas o función avocada a rehacer leyes, funge como el eje principal de la teoría de Troper, por lo que la deferencia al juez es una constante en sus aportes doctrinarios; incluso, llegando a proponer que los sistemas estatales sean calificados como regímenes mixtos: cuando el poder sea ejercido por una autoridad democrática (poder legislativo) y una aristocrática (poder judicial), o repúblicas aristocráticas; si se llegase a advertir que el poder se encuentra vertido en una aristocracia electa (poder legislativo) y una que no lo es (poder judicial) (Troper 2005: 75)

En la misma línea, Gray, teniendo como premisa la función creadora de normas jurídicas adyacente a la función judicial, niega que la costumbre preceda y constituya al *Common Law*, ya que aquella solo es tal, luego de ser definida y aprobada por medio de una decisión judicial. El gran problema de esta postura, según se dice, es que se arroga a las sentencias un carácter general; por tanto, hay una seria confusión entre el derecho mismo (*Common Law*), que se encuentra constituido por las decisiones contenidas en ellas, y sus fuentes (la costumbre) (Ramírez 1984: 350)

Hart nos invita a realizar un ejercicio histórico que nos ilustrará los alcances de esta acepción a partir del Realismo jurídico del 1920 y 1930. Para este autor, las manifestaciones escépticas extremas constituyeron una reacción a la práctica judicial norteamericana que era exacerbadamente deferente con pensamiento deductivo – formal, por lo que se instaba a los operadores del derecho, a poner atención a cuestiones extrajurídicas (como el contexto, la experiencia de vida de los jueces, su salud, puntos de vista filosóficos o políticos, etc.), que darían cuenta de la verdadera dinámica del Derecho, ya que este no debería ser relacionado con los textos legislativos, porque de ellos solo deberían surgir hipótesis de trabajo, susceptibles de modificación, dependiendo del grado de satisfacción de la decisión. Así, la actividad se destacaba la actividad legislativa del juez (1994: 334-335)

Sobre esta vertiente de la teoría, Guastini ha reseñado crudos comentarios, ensalzando su inconsistencia teórica y práctica; por ejemplo, ha dicho que adoptar una tesis como esta es aceptar que todo enunciado genérico (T significa S) podría tomar la forma de una norma jurídica (entendida como producto de la interpretación) y; por tanto, no cabría la posibilidad de distinguir entre interpretación por decisión o elección y actividad creadora.

Los órganos de aplicación de última instancia [...] pueden – *de facto* y *de jure*, precisamente porque son de última instancia – atribuir a los textos normativos *cualquier* significado de su agrado [...]: verdadero. Y su decisión producen efectos jurídicos, al menos *inter partes*: verdadero. Pero esto no quiere decir que siempre realicen genuina interpretación «interpretación»: a veces deciden un significado dentro del «marco» de los significados admisibles (interpretación decisoria o interpretación por antonomasia, propiamente dicha); otras veces crean una norma nueva (interpretación creadora o construcción jurídica) (Guastini 2014b: 363)

Nótese que, si ello es así, una posibilidad normativa que surja fuera del marco de la ley también sería admisible bajo esta teoría, lo que desencadenaría, desde una perspectiva cultural (porque la lengua es una manifestación de esta) no solo su fracaso sino también su impracticabilidad: “[...] son escasamente practicables todas aquellas interpretaciones en las que el intérprete no puede argumentar (o motivar) de modo convincente según los modelos de racionalidad acogidos en su ambiente cultural” (Guastini 1999: 16)

No obstante estas críticas, la construcción teórica del Realismo clásico, del que hablábamos líneas arriba, también nos ha traído importantes reflexiones dignas de destacar. Por ejemplo, el que la práctica judicial norteamericana haya sido obsequiosa con el pensamiento deductivo – formal³⁹ (y, por tanto, con el Legislador), no fue criticada porque ella constituyese un método interpretativo específico, sino porque se pretendía, a través de sus argumentos, exaltar el significado predeterminado de las disposiciones normativas y, con ello, petrificar este contenido y extenderlo a otros casos, como si fuese una verdad incuestionable (Hart 1994: 334-335)

Más aún, los realistas nos han proporcionado razones suficientes para desconfiar de cualquier pretensión holística de la interpretación, pues a través de ella, podrían incorporarse de contrabando concepciones ideológicas extrajurídicas, las mismas que deberíamos exteriorizar y hacer de ellas objeto de discusión pública (Hart 1994: 336)

³⁹ Hart nos muestra cómo el Tribunal Supremo norteamericano, pretendiendo ser deferente con el Constituyente, utilizó la cláusula del debido proceso de la Constitución, para insertar la doctrina económica de *laissez – faire* o el derecho a la intimidad de la madre y, en consecuencia, declarar inconstitucionales leyes que establecían un máximo de horas labores o aquellas que estaban en contra del aborto; respectivamente. En efecto, esto no prescribe, de forma alguna, un método específico de interpretación, pero sí cristaliza el contenido que los jueces podrían arrogarle una disposición constitucional (1994 331-334)

2.1.3. Teoría ecléctica

Como no podría ser de otra forma, ante dos teorías en conflicto como las reseñadas anteriormente, siempre surge una que intenta conciliar las diferencias, superando sus inconsistencias de forma individualizada. Así tenemos a la teoría ecléctica que, según Guastini, sostiene que la interpretación puede presentarse, indistintamente, como un acto de conocimiento o de voluntad, dependiendo del texto (2014b: 353).

Este autor desarrolla la teoría en dos variantes; la primera, está abocada a sustentar el fenómeno de la discrecionalidad desde la variedad de casos concretos que el intérprete tendrá que resolver; mientras que la segunda, enfrenta tal dinámica discrecional desde la naturaleza lingüística de las disposiciones normativas (Guastini 2014b: 355). Veamos cada una de ellas:

Puede decirse que Hart es el principal exponente de la primera variante, ya que establece que el límite de la claridad del lenguaje está dado por los casos que se desarrollan en la realidad; de esta manera, surge la distinción entre casos fáciles (en su terminología: “casos obvios”) y difíciles. Los primeros, al ser casos familiares repetitivos, tienden a ser resueltos por reglas generales cuya aplicación es inequívoca; por lo tanto, no hay cabida para actividad interpretativa alguna; de hecho, al ser estos casos, generalmente, de laboratorio, tienen por finalidad canalizar el alcance de tales disposiciones normativas. Por su parte, las reglas a aplicar a los casos difíciles son más complicadas de identificar, no por su naturaleza lingüística⁴⁰, sino porque tales situaciones fácticas únicamente tienen algunas de las características del caso obvio para el que fue diseñada. La determinación de la regla a aplicar – prosigue Hart, respecto a los casos no tan obvios – al encontrarse en el campo de la discrecionalidad del intérprete, debe concebirse como un acto de elección legítima, ya que las sesgadas semejanzas con el supuesto de hecho de la norma deben ser definidas desde la razonabilidad, además de ostentar relevancia jurídica (1961: 157-159).

Por lo mencionado, es que Hart alude a un núcleo de significado y a una zona de penumbra de las reglas; los casos fáciles encajan en la primera, mientras que los difíciles en la segunda. Como habremos podido advertir este autor, pone énfasis en explicar la concreción de estos últimos, pues a los casos fáciles les suele atribuir una finalidad

⁴⁰ Es por ello que Hart enfatiza el hecho de que los cánones de interpretación solo disipan los márgenes de incertidumbre al momento de aplicar la normas, mas no la eliminan (1961: 158)

meramente didáctica. Tan es así que le interesa justificar la existencia de la zona de penumbra, ya sea en la generalidad de las reglas o en la imposibilidad de los legisladores de prever todos los escenarios futuros (1961:159), así nace, lo que este autor denomina textura abierta del lenguaje⁴¹:

La textura abierta del derecho significa que hay [...] áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso en caso (Hart 1961: 168)

Por supuesto, la textura abierta, como propiedad inherente al lenguaje, tiene una posición privilegiada en la teoría de Hart, pues la potencial vaguedad que propugna es la que da sentido a la zona de penumbra de las reglas, lo que, en consecuencia, justifica la discrecionalidad del intérprete. Debido a ello, es que tal autor socaba cualquier intento de petrificar los significados en el tiempo, pues a decir de él, si bien podría reivindicar la predictibilidad del derecho, se corre el riesgo de ignorar la naturaleza mutable de las cosas e incentivar el conflicto entre los significados pétreos y las razones subyacentes a las reglas. Este fenómeno ha sido denominado el vicio del formalismo o conceptualismo (1961: 161-162)

Es este punto, es fácil inferir que, ante la zona del núcleo de significado, la interpretación se concibe como un acto de conocimiento, mientras que, frente a la zona de penumbra, como un acto de voluntad; de ahí el carácter ecléctico de esta teoría. Entonces, si ambos hemisferios de la regla son tales por el tipo de características que se les atribuye a los casos (fáciles o difíciles), a los que se han de aplicar, esta teoría “[...] parece suponer que – salvo tal vez algún raro caso de genuina ambigüedad – todo texto normativo incorpora unívocamente una norma, objetivamente identificable por la vía de interpretación literal” (Guastini 2014b: 365). Por lo tanto, esta primera variante es, en realidad, una manifestación subrepticia de cognoscitivism (Guastini 2014b: 365- 366)

⁴¹ La textura abierta es una propiedad lingüística destinada a exhibir la relatividad del significado de los vocablos, en función a la mutabilidad de las cosas del mundo que está abocado a describir o conceptualizar. Sotomayor, citando a Waismann, la reseña en los siguientes términos:

[...] nunca podremos excluir la posibilidad de alguna situación imprevista que emerge en la que debamos modificar nuestra definición [...]Ello quiere decir que estamos ante una permanente posibilidad de vaguedad (vaguedad potencial) en los términos o expresiones de carácter empírico [...] mientras que la vaguedad, en cualquiera de sus variedades, es actual; la textura abierta es potencial (2021: 100-101)

En contraste, la segunda variante atribuye a la interpretación una connotación cognitiva, si el texto de la regla es claro y; si este es obscuro, el acto de interpretación será volitivo (Guastini 2014b: 355). Para Guastini, esta construcción es ingenua, ya que la equívocidad de los textos es ineludible, ya sea por su ambigüedad, vaguedad, textura abierta⁴² u otros fenómenos extralingüísticos como: intereses prácticos, cuestiones dogmáticas, políticas o filosóficas, entre otros (2014b: 368)

2.2. Análisis de casos⁴³

El objetivismo moral, como hemos desarrollado ampliamente en el capítulo anterior, es una corriente de arraigo filosófico que ha estructurado sus postulados en el marco de una discusión ontológica sobre ética y metaética, y es justamente aquí donde debe permanecer su preponderancia, que a lo sumo ha de ser teórica.

Sin embargo, la tendencia argumentativa que pretende demostrar la corrección de los juicios morales se ha trasladado al plano jurisdiccional, a través de la superposición, en abstracto y en concreto, de valores morales autónomos, inmovibles y universales, sobre cualquier norma jurídica – positiva, incluyendo las constitucionales.

Así, el haber endosado una corriente filosófica, sustancialmente teórica, al ámbito práctico, ha supuesto consecuencias inesperadas, ya que los jueces no pueden pretender ser objetivistas morales⁴⁴ sin dejar de lado sus sesgos personales, que responden a una moral contingente o coyuntural; entonces, aquello que acomete como moralmente correcto, en realidad, transita en su círculo de subjetividad. Tan es así, que se suele equiparar un óptima moral relativo en un óptimo constitucional.

Veamos, entonces, a través del estudio de casos concretos, a cuál de las teorías antes reseñadas se adhieren los argumentos interpretativos tendentes a abstraer un juicio moral con pretensión de objetividad, el cual terminaría por ser considerado como una norma

⁴² Para abundar sobre su diferencia, revisar a Sotomayor, en “Argumentación jurídica: una introducción” (2021: 63-102)

⁴³ Se pretende identificar los tipos de argumentos que suele utilizar el Tribunal constitucional para sustentar la existencia de un sistema valorativo autónomo, preexistente y universal, como elementos subyacentes al significado cognoscible de las normas constitucionales positivas.

⁴⁴ En este apartado no hemos de determinar el objetivismo moral del Tribunal Constitucional por la adhesión filosófica particular de cada uno de los magistrados, sino por la práctica argumentativa que dejan plasmada en sus sentencias.

moral – jurídica, condicionante de la validez, en abstracto, y de aplicabilidad, en concreto, de las normas constitucionales – positivas.

2.2.1. Caso de la ley de cementerios y servicios funerarios

- Breve reseña

El 10 de noviembre del 2018 se emitió la Ley 30868, que tuvo por objeto modificar la 26298 – Ley de Comentarios y Servicios Funerarios; sin embargo, en enero del 2019 se promovió un proceso de inconstitucionalidad contra esta expresión legislativa, aduciendo la vulneración de las siguientes disposiciones de rango constitucional: artículos 2, incisos 1, 2 y 24 ("a" y "d"); 3; 43; 103; y 139, inciso 3, de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales suscritos por el Perú.

Así que el Tribunal Constitucional, en el marco del Expediente 0002-2019-PI/TC, analizó su congruencia con nuestra Carta Magna, tanto por la forma (Inconstitucionalidad por la forma) como por el fondo (Inconstitucionalidad material), resolviendo en favor del Congreso; declarando infundada la demanda.

Sobre las consideraciones de fondo – pues, a efectos del análisis que realizaremos más adelante, solo serán de relevancia los argumentos contenidos en el apartado de Incondicionalidad material – básicamente se cuestionaba que esta fuese una norma con nombre propio, direccionada a demoler el nicho colectivo del cementerio: Mártires del 19 de Julio, ubicado en el distrito de Comas – Lima, pues allí se encontraban los restos de ocho prisioneros (a quienes se les imputaba delitos sobre terrorismo) que murieron en el suceso ocurrido en 1986, en la isla el Frontón, luego de que ellos, y otros presos, organizaran un motín.

Así que, a la luz de esta acusación, el Tribunal tuvo a bien contrastar las normas que emergían de la ley con los siguientes principios – derechos constitucionales: prohibición de expedir leyes especiales por razón de la diferencia de las personas, la igualdad, la integridad moral y la legalidad (específicamente, en lo referente a la seguridad jurídica y no retroactividad).

En el marco de los dos primeros principios constitucionales, y luego de observar objetivamente el texto de la ley, se determinó que esta tenía vocación de generalidad ya que la destrucción de los sepulcros constituía una consecuencia jurídica directa de la irregularidad en sus edificaciones, por trasgredir normas de orden público. Así que en

este punto descartó, enfáticamente, que la norma fuese una medida dirigida a mancillar la memoria solo de personas que, en vida, hubiesen sido procesadas y condenadas por delitos como el terrorismo.

Curiosamente, cuando el Tribunal empieza a disgregar sus argumentos en función al derecho a la integridad moral, no se enfoca más en las expresiones textuales emanadas de la Ley, sino que quiere corroborar si es legítimo, en términos constitucionales, prohibir actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad, en cualquier acto dirigido a conmemorar a los muertos; es decir, cambia tangencialmente el objeto de evaluación, contradiciendo sus conclusiones anteriores. Veamos, cómo formula sus argumentos hacia un juicio moral con pretensión de objetividad.

- **Identificación de argumentos tendentes a formular un juicio moral con pretensión de objetividad**

El supuesto de hecho de la Ley objetada se centra en aquellas sepulturas carentes de autorización y en cuya construcción se hubiesen omitido los requisitos propios del cementerio, lo cual acarrea, como consecuencia jurídica, el disponer la exhumación con las garantías necesarias; razón por la cual, el Tribunal Constitucional descartó que esta fuese una norma con nombre propio y, por tanto, concordante con el artículo 103 de Constitución y el principio a la igualdad.

No obstante, sin ninguna justificación consistente⁴⁵, el Tribunal decide evaluar la legitimidad constitucional de la siguiente premisa normativa: “En cualquier acto dirigido a conmemorar a los muertos se deben prohibir actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad”, norma que diverge completamente de lo que es razonable extraer del texto de la Ley 30868. Nótese pues, que en la construcción lógica de aquella premisa sí cabría la posibilidad legal de exhumar los cuerpos de los ocho senderistas fenecidos durante la masacre del Frontón, por lo que sí podría ser acusada de especificidad y direccionalidad a un caso concreto.

⁴⁵ En el fundamento jurídico 66, el Tribunal Constitucional, decide hacer un salto argumentativo que difiere de la línea discursiva hasta ese momento esbozada, estableciendo una posición vaciada en su contenido, a través de la siguiente frase: “[...] con prescindencia de lo señalado en relación con el derecho a la igualdad, **vale la pena analizar la alegación respecto a que la Ley 30868**, que modifica la Ley 26298, y en la cual se sustenta la demolición del nicho colectivo del cementerio "Mártires 19 de Julio" del distrito de Comas [...]” (2020a:25) (Énfasis nuestro). Es así como un mero “vale la pena”, no da cuenta alguna del porqué su análisis constitucional deja de tener como objeto al texto de la ley.

De hecho, el Tribunal es explícito en aceptar que esta norma deviene de un proceso inductivo, pues el Congreso, luego de tener en la mira al nicho senderista colectivo, decidió impulsar sus competencias legislativas a favor de su destrucción:

En ese orden de ideas, este Tribunal no es ajeno a que la regulación ahora cuestionada fue emitida con el propósito expreso — declarado públicamente por los propulsores de la ley, por altas autoridades de gobierno y por los medios de comunicación — de enfrentar o responder a manifestaciones de agrupaciones consideradas terroristas o que se consideraban como vinculadas de alguna forma con el terrorismo. Estos mensajes fueron diseñados y entendidos de ese modo, como se desprende de las declaraciones revisadas en autos, debido a la existencia de un recinto específico destinando a rendir homenaje a los fallecidos en la isla El Frontón durante la matanza ocurrida en junio del año 1986 (el llamado "mausoleo", el cual finalmente fue demolido), así como por el uso de cierta simbología o representaciones al momento de realizar las ceremonias o paseos destinados a conmemorar u homenajear a los fallecidos (las "romerías") (Tribunal Constitucional 2022a: 41)

En otras palabras, la norma sometida a un análisis de constitucionalidad sería la que emerge de la voluntad del legislador. Entonces, se estaría reivindicando erróneamente, como el verdadero objeto del proceso de inconstitucionalidad, a las intenciones subrepticias del legislador de carne y hueso. Ahora bien, identificada tendenciosamente la premisa normativa, el Tribunal Constitucional buscó legitimarla, aduciendo que ella formaba parte del contenido esencial del derecho fundamental implícito a una sepultura digna (Artículo 3 de la Constitución).

El constructo de este derecho y el imbuirlo de un sentido específico, por cierto, resultó en una estrategia argumentativa confusa, en la que se utilizaron diversas referencias históricas y culturales, sobre todo a la hora de identificar sus límites. El Tribunal Constitucional, básicamente, a través de este derecho, otorga protección constitucional a: i) los restos humanos y cualquier forma de disposición que se haga de ellos (sepulturas, mausoleos, etc.) y ii) a los familiares o personas de especial cercanía que deseen tener acceso a sus muertos; en ambos casos, de forma directa e indirecta, se predica de la dignidad de los muertos, situación que, aunque controvertida⁴⁶, el Tribunal justifica luego

⁴⁶ El asumir que los restos humanos tienen dignidad contraviene las bases de la teoría del Derecho, en tanto la capacidad de goce y ejercicio se difumina con la muerte. Quizás esta pueda ser una razón para cuestionar

de concluir que la conmemoración *post mortem* constituye un hecho cultural que se practica persistentemente y, por ende, es necesaria para no destruir el tejido social.

Esta conjetura tuvo lugar, luego de una larga disgregación que empezó por narrar tragedias griegas relacionadas con la importancia de la muerte⁴⁷ hasta aterrizar en los milenarios ritos funerarios del Perú. Finalmente, se expusieron los derechos – principios que lo sustentan en el marco de la Constitución: la libertad de culto, integridad moral, prohibición de trato inhumano y degradante y libre desarrollo de proyecto de vida en sociedad.

Como todo derecho fundamental, este tenía que estar regido por límites, los cuales se anclaron a la dimensión libertaria del derecho para justificar su determinación. De esta manera, si el derecho fundamental implícito a una sepultura digna garantiza que los familiares del fenecido actúen conforme a sus creencias culturales y religiosas, entonces hay un condicionamiento directo a la libertad de expresión para hacerlo eficaz. Pero ¿cómo explicar que, a través de esta singular forma de ejercer el derecho a la libertad de expresión, se pueden transgredir otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos?; esta es quizás, la interrogante que el Tribunal se anticipó a contestar, cuando decidió traer a colación a la democracia militante y darle trascendencia, en el marco constitucional peruano, por medio de los siguientes principios fundamentales: soberanía popular y supremacía constitucional⁴⁸; sin embargo, creemos que la referencia no es gratuita, pues recordemos que lo que se intenta respaldar es una Ley, cuyo fin subrepticio fue neutralizar actividades relacionadas con la apología al terrorismo, delito que ha tenido

la fundamentalidad del derecho implícito, ya que las posiciones *ius* fundamentales no están del todo identificadas.

⁴⁷ Si la intención era construir una estructura argumentativa en torno a la muerte, inevitablemente se tenía que recurrir a la tragedia griega de Sófocles (misma que hemos comentado exhaustivamente en el primer capítulo). A partir de allí, el Tribunal dejó entrever su particular forma de concebir el Derecho, pues por encima de la Ley escrita, reivindicó a la moral y todas las situaciones que se desprendían de ella, por estar relacionadas con lo universal y lo justo. Este puede ser un buen indicio sobre la adhesión filosófica del Tribunal, más aún por la forma en la que terminó resolviendo, pero como la finalidad es determinar su objetivismo moral desde sus sentencias constitucionales, dejaremos este punto como un dato anecdótico, sin perjuicio de que pueda ser analizado en otro trabajo investigativo.

⁴⁸ El Tribunal Constitucional indica que uno, es un principio político (Soberanía popular) y el otro, uno de naturaleza jurídica (Supremacía Constitucional). Aquel, proscribire el abuso del Derecho cuando va en contra del ordenamiento jurídico, mientras que este justifica la limitación proporcional y razonable del ejercicio de aquellos derechos que sean potencialmente perniciosos con el Estado Constitucional de Derecho (2020a: 49)

lugar en la legislación peruana por hacer alusión, justamente, al concepto de democracia militante⁴⁹.

Partiendo de ahí surge una nueva interrogante, ¿qué agresiones o actos manifiestos y ciertos, en el caso en concreto, pueden transgredir a nuestro sistema democrático, si lo que se supone que se está discutiendo es la inconstitucionalidad de una norma legal y no necesariamente la legitimidad de las acciones acontecidas en torno al nicho colectivo del cementerio Mártires del 19 de Julio? Pues, creemos que para no hacer aún más evidente que el Tribunal estaba respaldando una norma con nombre propio y para no extralimitarse de los condicionamientos específicos de un proceso de inconstitucionalidad, cita como evidencia relevante al discurso que emerge del escrito de la demanda, sobre lo que expresa:

El Tribunal Constitucional considera que no puede pasarse por alto lo contenido en estas expresiones, en especial lo que concierne a la minimización de suscribir el llamado "pensamiento Gonzalo", a la elusión de llamar "terrorismo" a la comisión del delito de terrorismo, así como a la falsa victimización de los adeptos o militantes de dicha ideología, que son calificados en la demanda como "perseguidos políticos" (Tribunal Constitucional 2022a: 49)

Con ello, de manera muy abrupta, pasó a conectar el objeto de la demanda de inconstitucionalidad, con los efectos perniciosos del llamado "Pensamiento Gonzalo", cuya letalidad, como ideología política, fue expuesta con las reminiscencias históricas contenidas en los escritos de la Comisión de la Reconciliación y la Verdad.

Con todo lo anterior, el Tribunal finalmente concluye que es legítimo, a nivel constitucional, el prohibir la realización de actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad, como la inscrita en el "Pensamiento Gonzalo", durante cualquier acto dirigido a conmemorar a los muertos. Veamos ahora, cómo se concedió pretensión de objetividad a esta norma jurídica de naturaleza judicial que, como luego veremos, podrá calificarse como un juicio moral:

⁴⁹ Si bien la referencia no es exacta, en la exposición de motivos que acompaña al proyecto de Ley 1395/2016 - CR, que finalmente logró introducir al artículo 316 – A en el Código Penal (Apología al terrorismo), se citan a diversos países de la Unión Europea que han seguido esta práctica, luego de la experiencia acontecida en la Segunda Guerra Mundial, a fin de resguardar irrestrictamente el modelo democrático, por ser este la vía más idónea para evitar experiencias como las del Holocausto.

- i) Para poder insertar esta norma al sistema jurídico constitucional, el Tribunal configuró un supuesto de hecho que no respondía a la estructura objetiva de la Ley 30868, sino a las intenciones de su emisor: realizar actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad, durante cualquier acto dirigido a conmemorar a los muertos. Lo anterior dista mucho del análisis estricto de un proceso de inconstitucionalidad. Se observa así, cómo la Ley 30868 es instrumentalizada para justificar esta creación artificial

- ii) Teniendo a la vista este supuesto de hecho, por el carácter constitucional del proceso, el Tribunal tenía que determinar su legitimidad a la luz de la interpretación de una disposición constitucional, cuyo contenido esencial (incluyendo sus límites) pudiera relacionar los actos conmemorativos *post mortem* con actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad, como el “Pensamiento Gonzalo”; así que, del artículo 3 de nuestra Carta Magna emergió el derecho fundamental implícito a la sepultura digna, que respondía, sorprendentemente, a cada una de estas exigencias.

Como vemos, hasta antes de la inferencia de este derecho fundamental, habían dudas sobre la existencia de una disposición que regule aceptablemente el caso, por lo que se preveía una aparente indeterminación del sistema jurídico constitucional, la cual fue descartada, una vez que se citaron una serie de principios que sustentaban tanto el contenido constitucionalmente protegido (la libertad de culto, integridad moral, prohibición de trato inhumano y degradante y libre desarrollo de proyecto de vida en sociedad.) como los límites (soberanía popular y supremacía constitucional) del derecho fundamental implícito a la sepultura digna. Esto, finalmente da cuenta, de acuerdo con el Tribunal, que el sistema jurídico constitucional está exento de lagunas y, por tanto, ha de entenderse como integral, por lo que cada uno de los argumentos son obsequiosos con el Constituyente.

No olvidemos, además, que a lo largo de la asunción de contenido al derecho implícito que terminó por descartar cualquier indeterminación del sistema jurídico, hubo una serie de referencia históricas, propias de nuestra cultura. De esta manera, los argumentos no solo se presentaron de manera holística sino también culturizante.

iii) Nótese las peripecias del Tribunal para integrar el supuesto de hecho, configurado a su conveniencia, incluso aceptando peligrosamente la constitucionalidad de una norma con nombre propio.

Así surge una regla denotada como universal, ya que es coherente con los valores del ordenamiento jurídico constitucional (por su carácter holístico e integral) y cuyas consecuencias para la sociedad solo podrían ser positivas (por su carácter culturizante): prohibir la realización de actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad, como la inscrita en el “Pensamiento Gonzalo”, durante cualquier acto dirigido a conmemorar a los muertos; por lo tanto, el Tribunal presenta este juicio moral con la pretensión de que todos lleguemos a la misma conclusión, siempre que consideremos las cuestiones de fondo de un modo razonable y desde la perspectiva apropiada; es decir, estamos frente a un juicio moral con pretensión de objetividad, gracias a la naturaleza de los argumentos que se utilizaron para arribar a él.

Entonces, un juicio moral solo se puede presentar como una regla constitucional – supuestamente emergente de la interpretación de una disposición constitucional positiva – si tiene adherida a él una pretensión de objetividad. Observemos, entonces, este juicio en la estructura de una norma jurídica: el supuesto de hecho está dotado por las circunstancias del caso, incluso si este es creado tendenciosamente y como consecuencia jurídica podrá observarse la armonización de principios, que representan una personal escala moral y de valores.

Entendemos que en el caso estudiando, todos los magistrados compartían un mismo sistema valores, ya que ninguno cuestionó la decisión última, aunque sí observaron las inconsistencias argumentativas sobre las que resolvió la mayoría⁵⁰; aunque, como

⁵⁰ Por ejemplo, en el fundamento de voto de los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada, se indicó que el derecho fundamental que debió ser interpretado fue el de libertad de conciencia y culto, proscribiendo su ejercicio público irrestricto. Obviamente el juicio moral sería el mismo que el de la mayoría, pues el sistema de valores se mantiene sustancialmente, pero hemos de precisar que en la sentencia, el embrollo argumentativo tuvo coincidencias más específicas, pues el fin evidente era hacer calzar la interpretación de una norma constitucional positiva en un juicio moral particular.

repetimos, estas argucias no fueron gratuitas pues todas ellas estuvieron abocadas a darle forma al juicio moral que finalmente fue determinante para tomar la decisión.

2.2.2. Caso de la ley de protección y bienestar animal: corridas de toros y peleas de gallos

- Breve reseña

Este es un caso que se gestó en el marco de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Primera Disposición Final de la Ley 30407 (Ley de Protección y Bienestar Animal), por exceptuar a las corridas de toros y las peleas de gallos, de los alcances de la norma.

Al haberse confirmado la constitucionalidad de la disposición legal, por no computar el número de votos requeridos conforme a las normas procesales de la materia, la polarización de los sentidos interpretativos que se le arroga a la Constitución es mucho más ostensible; a modo de ejemplo⁵¹, analizaremos el voto singular del Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, quien se conduce a favor de un deber especial de protección animal; y, el voto de Miranda Canales, quien niega el mismo y decide amparar la constitucionalidad de la ley desde principios que resguardan las expresiones culturales. Cabe destacar que ninguno de ellos niega el carácter antropocéntrico⁵² de la Constitución.

⁵¹ Si bien los votos seleccionados son referenciales de la polarización señalada, es propio acotar que, pronunciamientos como los de Ferrero Costa, pecan de laxos o como los de Ramos Núñez, de copiosos; pero no se observa en ellos, algún esfuerzo de interpretación que amerite ser analizado. De hecho, podremos encontrar párrafos extensos sobre su cosmovisión personal (de modo muy flagrante) respecto a la tauromaquia y la gallística.

⁵² En oposición a las tendencias antropocéntricas, surge el ecocentrismo. Cabe destacar que Zaffaroni (2011) es un exponente importante de esta tendencia filosófica. Así, para él existe una relación ética entre los animales humanos y los no humanos por ser habitantes de la tierra, de ahí que surja la prohibición de la crueldad y el abuso innecesarios entre estos. Esta teoría, sin embargo, no anula al ser humano en su dignidad, antes bien, la reivindica. Solo para efectos didácticos, veamos cómo podríamos adaptar esta corriente a la interpretación de la Constitución peruana:

- i) Del derecho a la integridad moral, contenido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, se desprende el "deber especial de protección" que estuvo orientado, en principio, a salvaguardar los derechos de las personas, en caso acontezca un acto violento contra ella. No obstante, la relación ética que ampara la prohibición de maltrato innecesario no surge de la dignidad de las personas, sino de la relación que esta tiene con los animales no humanos por ser miembros de un mismo ecosistema.
- ii) Bajo este mismo enfoque, el goce de un ambiente equilibrado (inciso 22 del artículo 2 de la Constitución) no es un derecho exclusivo de las personas, pues los animales necesitan también de determinadas condiciones medioambientales para asegurar su subsistencia.
- iii) Si el Estado tiene la obligación de promover la inmunidad del ser humano, como fin mismo de la sociedad (artículo 1 de la Constitución) y en función de ello hacerlo merecedor de derechos fundamentales por ostentar dignidad; entonces, la obligación del Estado de promover y conservar

Por supuesto, cada uno arriba a un particular juicio moral con pretensión de objetividad, a partir de argumentos disímiles; veamos, la naturaleza de estos últimos:

- **Identificación de argumentos tendentes a formular un juicio moral con pretensión de objetividad**

Voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera

- i) El magistrado parte señalando que, pese al carácter marcadamente antropocéntrico de la Constitución – que justifica la falta de regulación sobre los derechos a favor de los animales – la prohibición de infligir sufrimiento innecesario hacia los animales sintientes constituye un deber moral, ¿por qué un deber moral? Pues derivaría de la lectura sistemática de los siguientes artículos de la Constitución vigente: 2.22, 66, 67 y 68. En este punto, no existe una determinación más concreta sobre sus alcances⁵³. Sin embargo, luego va más allá, indicando que también es un bien constitucionalmente protegido, en cuyo mérito se emitió la Ley 30407⁵⁴.

De esta manera, la proscripción es catalogada como un deber moral, cuyo sustento es ambiguo, y como un bien constitucionalmente protegido, no por las injerencias del Poder Constituyente, sino porque una ley vino a reivindicar su existencia. Esto último, no es más que la instrumentalización del legislador para intentar dotar de contenido a un juicio moral preconcebido.

Luego, por un argumento que hemos de catalogar como analógico⁵⁵, determina la existencia de un “deber especial de protección”, que debe activar al Estado para verificar la transgresión a este bien constitucionalmente protegido.

Así, tenemos dos conceptos de una alta connotación moral, cuyo constructo es manifiestamente inconsistente: un bien constitucionalmente protegido por el que se

la diversidad biológica, de las que los animales forman parte, nos conduce a una conclusión análoga, porque su reivindicación biológica se construye a la par con la de los seres humanos (artículos 68, 66 y 67 de la Constitución), independientemente de comprobar una dignidad animal improbable, desde punto de vista contemporáneo.

⁵³ Fundamento jurídico 13

⁵⁴ Fundamento jurídico 30

⁵⁵ En el Fundamento Jurídico 29, el Magistrado indica que este “deber especial de protección” fue ideado inicialmente para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, cuando exista una transgresión de terceros, y que se trasmuta a los animales por su condición de seres sintientes. El argumento es analógico, en tanto considera que la capacidad de sentir dolor y sufrimiento es compartida con los seres humanos

prohíbe infligir sufrimiento innecesario hacia los animales y un deber especial de protección a cargo del Estado, como consecuencia de aquel.

- ii) A la luz de estos dos conceptos, indica el magistrado, deben interpretarse los siguientes principios – derechos fundamentales: deber de conservar la diversidad de las especies vivas (artículo 68), derecho a la integridad moral (artículo 2.1), a la paz y la tranquilidad (artículo 2.22)⁵⁶ e incluso la dignidad humana (artículo 1)⁵⁷.

Nótese en este punto, que el razonamiento es circular: en principio se indica que el bien constitucionalmente protegido y el deber especial de protección son el producto de la interpretación sistemática de estos principios, luego intenta dotar de contenido a algunos de ellos (artículo 2.22, 66, 67, 68), en base a aquellos conceptos morales, como si su existencia constitucional fuese legítima, *per se*. Aunque, siendo más exactos, es la disposición contenida en los artículos 1 (dignidad humana) la que sufre un impacto importante en el sentido de la interpretación que hasta entonces se había adoptado⁵⁸:

[...] afirmar el valor superior y particular de la dignidad humana implica asignarle a los seres humanos una importancia distintiva y diferenciadora, pero también conlleva el endilgarle a nuestra especie una responsabilidad mayor respecto de nuestros congéneres y del entorno en que nos desenvolvemos (Tribunal Constitucional 2020b: Fundamento jurídico 24)

Este giro interpretativo, por supuesto, no es cuestión del azar, ya que, si la intención última del magistrado es dotar de arraigo constitucional a su juicio moral, debe atacar a la disposición por la que se califica a nuestro modelo constitucional como antropocéntrico (y que, eventualmente es el argumento más polémico para su tesis)

⁵⁶ En el Fundamento Jurídico 23, el Tribunal Constitucional dota de contenido al derecho a la paz y tranquilidad, teniendo como correlato a las disposiciones de los artículos 66 y 67 de la Constitución.

⁵⁷ Fundamento jurídico del 16 al 24

⁵⁸ Podríamos decir lo mismo del derecho a la integridad moral, pero el Tribunal mantiene la interpretación que se le había dado en otros pronunciamientos (Ver la STC recaída en el Expediente. N° 05312-2011-PA), forzando únicamente la figura, sin llegar a desnaturalizar su contenido esencial, precisando que el deber de no infligir daño innecesario a los animales sintientes es tan solo una de sus manifestaciones.

que, sin dejar de serlo, reivindica el bienestar de los animales a través de la exaltación de la nobleza y empatía, connaturales al ser humano.

- iii) Es de esta manera, que el prohibir causar daño innecesario a seres sintientes (y, por ende, el deber especial de protección) determina la interpretación del artículo 1 de la Constitución (aunque por el razonamiento circular, al que hacíamos alusión líneas arriba, el Tribunal no tendría problemas en señalar que esta interpretación del artículo 1 de la Constitución, determina la configuración del bien constitucionalmente protegido y el deber de especial protección). Por lo que nuestro ordenamiento jurídico constitucional no se calificaría más como indeterminado, pues siempre existieron principios – derechos (artículo 2.22, 66, 67, 68) que daban cuenta de su integridad en referencia al estatuto de protección animal.

Destaquemos, además, que el Tribunal calificó, indirectamente, al bien constitucionalmente protegido, como un dogma religioso, por lo que cita expresamente a la Encíclica Laudato Si y al Catecismo de la Iglesia Católica, que lo abordan como tal⁵⁹. Quizás seamos tendenciosos al señalar – aunque no debemos negar la verosimilitud del argumento – que el magistrado recurre a herramientas religiosas para hacer frente, al hecho de que las corridas de toros y peladas de gallos forman parte de las festividades religiosas al interior del país; de ahí, su arraigo cultural. Siendo esto así, constituiría una contradicción, el impulsar eventos a favor de la fe cuando mancillamos los mandatos divinos, a través de su organización. De esta manera, los argumentos no solo se presentaron de manera holística sino también culturizante.

- iv) Así, surge una regla denotada como universable, ya que es coherente con los valores del ordenamiento jurídico constitucional (por su carácter holístico e integral) y cuyas consecuencias para la sociedad solo podrían ser positivas (por su carácter culturizante): se deben prohibir las corridas de toros y las peleas de gallos porque son formas de infligir sufrimiento innecesario a seres sintientes; por lo tanto, el Tribunal presenta este juicio moral con la pretensión de que todos lleguemos a la misma conclusión, siempre que consideremos las cuestiones de fondo de un modo razonable

⁵⁹ Fundamento jurídico del 25 al 26

y desde la perspectiva apropiada; es decir, estamos frente a un juicio moral con pretensión de objetividad, gracias a la naturaleza de los argumentos que se utilizaron para arribar a él.

Entonces, un juicio moral solo se puede presentar como una regla constitucional, si tiene adherida a él una pretensión de objetividad. Observemos, entonces, este juicio en la estructura de una norma jurídica: el supuesto de hecho está dotado por las circunstancias del caso y como consecuencia jurídica podrá observarse la armonización de principios, que representan una personal escala moral y de valores.

Voto del magistrado Miranda Canales

- i) Para Miranda Canales, el objeto de análisis de constitucionalidad transita un camino opuesto: Determinar si las corridas de toros y las peleas de gallos son espectáculos culturales que vulneran, o no, la Constitución. Para ello, el razonamiento se forma a través de diferentes escalas; en la primera, se precisa la ausencia de regulación constitucional que le otorgue protección explícita a los animales; luego, indica que, por la emisión de la Ley 30407, se entiende que existe un bien jurídico de relevancia social, pero solo dentro de lo constitucionalmente posible (por lo que se admitirían excepciones razonables que no implicarían una trasgresión manifiesta a la Constitución): el bienestar animal, a partir del cual se infiere el enfoque antropocéntrico de nuestra Carta Magna⁶⁰.

Detengámonos un momento en este último punto: observemos una vez más, que el Legislador es un ente necesario para intentar imponer un determinado juicio moral; de hecho, se lo instrumentaliza para tal efecto: si el legislador ha propuesto un bien de relevancia social, este no puede concebirse como un bien constitucionalmente protegido, por lo que su blindaje no es infranqueable. Ahora, no se entiende cómo surge la visión antropocéntrica de la Constitución, sino es desde sus mismos postulados (por ejemplo, del artículo 1 de la Constitución, como sí lo hizo Espinoza – Saldaña Barrera), imponiendo este peso al Legislador, por lo que vale la pena preguntarse: ¿A caso si no se hubiera sancionado la Ley 30407, no existirían razones para considerar al ser humano, como único centro de imputación de derechos

⁶⁰ Fundamentos jurídicos del 6 al 8

fundamentales? De ahí, el carácter inconsistente de este particular cause argumentativo.

- ii) Volviendo a los argumentos, el magistrado precisa que la calificación de la corrida de toros y pelea de gallos, como actividades culturales, constituirían, *per se*, excepciones razonables al bien de relevancia social (bienestar animal), pues se sustentarían en los siguientes derechos reconocidos en la Constitución: la libertad de creación artística (artículo 2.8), la participación en la vida cultural de la nación (artículo 2.17) y la identidad cultural (artículo 2.19)⁶¹. El carácter cultural de estas actividades, por otro lado, fue sustentado en un pronunciamiento previo del Tribunal (STC. recaída en el Expediente 00017-2010-PI/TC), que no hacía más que evocar su arraigo histórico y conmemorativo en diferentes regiones del Perú⁶².

Una vez más estamos frente a referencias argumentativas que nos invitan a entender el sistema constitucional desde una perspectiva holística y culturizante, pero esta vez, no emerge de la interpretación de una determinada disposición constitucional, sino de un vacío normativo que descarta la existencia de un bien constitucionalmente relevante (deber moral) como la protección animal que se derivaría de su condición de seres sintientes.

- iii) Así, surge una regla denotada como universable, ya que es coherente con los valores del ordenamiento jurídico constitucional (por su carácter holístico e integral) y cuyas consecuencias para la sociedad solo podrían ser positivas (por su carácter culturizante): se deben permitir las corridas de toros y peleas de gallos, como manifestaciones culturales que no transgreden a la Constitución; por lo tanto, el Tribunal presenta este juicio moral con la pretensión de que todos lleguemos a la misma conclusión, siempre que consideremos las cuestiones de fondo de un modo razonable y desde la perspectiva apropiada; es decir, estamos frente a un juicio moral con pretensión de objetividad, gracias a la naturaleza de los argumentos que se utilizaron para arribar a él.

⁶¹ Fundamento jurídico 13

⁶² Fundamento jurídico 11

Entonces, un juicio moral solo se puede presentar como una regla constitucional, si tiene adherida a él una pretensión de objetividad. Observemos, entonces, este juicio en la estructura de una norma jurídica: el supuesto de hecho está dotado por las circunstancias del caso y como consecuencia jurídica podrá observarse la armonización de principios, que representan una personal escala moral y de valores.

El sistema de valores de cada uno de los magistrados es diferente (por decir lo menos, pues en realidad son completamente opuestos), tanto así que no podría existir un punto de confluencia capaz de generar un debate razonable, de donde puedan emerger decisiones tendentes al eclecticismo. Sin embargo, cada uno, desde su particular punto de análisis, pretende revestir a sus adhesiones morales personales, con argumentos que se desprenderían de la interpretación constitucional. Por ejemplo, Espinoza – Saldaña Barrera en su fundamento jurídico 1 dice:

Como se ha señalado en más de una oportunidad, el juez(a) constitucional no es alguien que resuelve en función a simpatías o antipatías, o que recoge acríticamente posturas asumidas por otros(s) como argumento de autoridad. Lo que debe buscarse es la concretización de lo previsto en el texto constitucional o lo que razonablemente puede deducirse de su comprensión sistemática o incluso convencionalizada. (Tribunal Constitucional 2020b)

Por su parte, Miranda Canales en el fundamento jurídico 2, llama la atención lo siguiente:

[...] quisiera recordar que la función de este Tribunal Constitucional en el caso de autos consiste en determinar si la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, vulnera la Constitución, ya sea por la forma o por el fondo. Ello, con independencia de las simpatías o antipatías que despierta este tema en la ciudadanía y de las convicciones personales que cada magistrado pueda tener sobre los espectáculos con animales. (Tribunal Constitucional 2020b)

2.3.Las constantes del objetivismo moral en la justicia constitucional. Un recuento de la especial naturaleza de los argumentos interpretativos

En cada uno de los casos analizados, aunque con matices propios, se podrá identificar una línea discursiva constante a la hora de construir una regla constitucional, por la que se

terminaría legitimando, o no, la ley que es objeto de cuestionamiento en su constitucionalidad.

No sabemos bien, si estos tópicos son utilizados de forma consciente, lo cierto es que, los jueces constitucionales se valen de ellos para hacer frente a un problema con una disertación aparentemente racional. Paradójicamente, terminan siendo patentes las argucias disforzadas para introducir juicios subjetivos preconcebidos.

Con la presentación de estos tópicos, a los que hemos denominado: constantes del objetivismo moral en la justicia constitucional, no queremos dejar zanjado un problema que aún tiene muchas aristas por analizar y, mucho menos, es nuestro deseo caer en una falacia de generalización, creyendo que por ellos podremos advertir indefectiblemente el objetivismo moral en la justicia constitucional peruana, por medio de su práctica argumentativa; de ahí que, advertimos que la lectura de este apartado debe tener una óptica meramente indiciaria, sin que ello desmerezca el aporte que pretendemos sostener.

i) Instrumentalización de la ley para impulsar la configuración de un juicio moral preconcebido

En todo proceso de inconstitucionalidad se asume que existe una confrontación directa entre el ordenamiento constitucional y una norma legal, siendo aquella la fuente de legitimidad de esta última; empero, cuando el parámetro de constitucionalidad no se encuentra necesariamente en la Constitución, sino en la preconcepción de un juicio, el juez constitucional tiene que valerse de todas las herramientas que tiene a su disposición para impulsarlo, a fin de que el discurso aparente verosimilitud. Por su puesto, la ley se encuentra dentro de este radio de acción.

Por ejemplo, en el caso de la Ley de cementerios y servicios funerarios – Ley 30868, resultó obvio que el análisis estaba dirigido a justificar la prohibición de conmemorar a personajes

vinculados al terrorismo, por lo acontecido en el nicho colectivo del cementerio: Mártires del 19 de Julio, donde se encontraban los restos de ocho prisioneros que murieron en la isla el Frontón (1986).

Así que, como esta situación fáctica no podía ser subsumida en un supuesto de hecho emergente del texto de la Ley (cuya finalidad objetiva era disponer la exhumación de

cadáveres, con las garantías necesarias, cuando se encontraran en sepulturas carentes de autorización y en cuya construcción se hubiese omitido los requisitos propios del cementerio); entonces, se valieron de la voluntad del legislador de carne y hueso para introducir la siguiente premisa, como el verdadero objeto del proceso de inconstitucionalidad: “En cualquier acto dirigido a conmemorar a los muertos se deben prohibir actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad”; en ella, de forma sorpresiva, el encaje era idóneo. Esto, incluso, bajo el peligro latente de ser acusados de respaldar constitucionalmente a una norma con nombre propio.

En el caso de la Ley de Protección y Bienestar Animal – Ley 30407, aun cuando la norma que fue sometida al análisis de constitucionalidad estaba contenida en su Primera Disposición Final, que exceptuaba a las corridas de toros y las peleas de gallos de sus alcances, tanto Espinosa – Saldaña Barrera, como Miranda Canales, aunque desde una perspectiva divergente, anclaron el inicio de su discurso al objeto general de la norma legal.

Así, el primer magistrado, insiste en señalar que esta ley reivindica la existencia de un bien constitucionalmente protegido (que casualmente también se estatuye como un deber moral por la interpretación sistemática de diversos artículos de la Constitución); es decir, si no se hubiese emitido una norma legal de esta naturaleza, quizás tampoco se habría caído en cuenta sobre su existencia, pese a que su configuración tendría que estar predeterminada en el marco jurídico constitucional. Este bien, es la prohibición de infligir sufrimiento innecesario hacia los seres sintientes; entonces, al darle una connotación como aquella, se aduce que no podría estar sometida a excepciones por el carácter (casi) infranqueable de todo bien constitucionalmente protegido; máxime, si proviene de una norma con rango de ley. En este punto, resulta evidente que el magistrado crea un referente constitucional, a partir de una ley, con el afán de arrogar contenido a su decisión final: prohibir las corridas de toros y peleas de gallos, por considerarse prácticas que infringen sufrimiento innecesario a estos animales sintiente.

Por su parte, Miranda Canales, decide abstraer de esta misma ley, ya no un bien constitucionalmente relevante, sino tan solo un bien jurídico de relevancia social: el bienestar animal que, al no alcanzar aquel rango, ya que justifica su existencia únicamente dentro de lo constitucionalmente posible, la admisión de excepciones razonables, que se entienden emergentes de las disposiciones de la Constitución, resulta legítimamente

viable. En efecto, las manifestaciones culturales, precisa el magistrado, se subsumen dentro de estas últimas. Una vez más, Miranda Canales, introduce el marco conceptual para viabilizar la constitucionalidad de la Primera Disposición Final de la Ley 30407, desde el arraigo cultural de las prácticas animales cuestionadas.

ii) Argumentación constitucional como un fenómeno holístico y culturizante

Luego de haber impulsado el verdadero parámetro de constitucionalidad por medio de la Ley – que se suponía debiese ser el objeto de cuestionamiento en su validez – es hora de revestirlo de apariencia de corrección u objetividad, lo cual solo ha de lograrse si invocamos disposiciones constitucionales que le den respaldo, aduciendo que forma parte de su unívoca y preconstituida interpretación subyacente, a la que llegamos por medio de un proceso de cognición.

Ahora bien, para llegar a establecer que la determinación del juicio moral en cuestión es el resultado del proceso de cognición de disposiciones constitucionales, en los casos analizados, los magistrados se valieron de dos herramientas argumentativas puntuales: la perspectiva del ordenamiento jurídico como integridad y la compatibilidad cultural.

Así, en el caso de la Ley de cementerios y servicios funerarios – Ley 30868, la mirada holística del sistema jurídico constitucional se expresa en la recreación de un derecho fundamental (derecho a una sepultura digna), cuyo contenido esencial se desprende de los siguientes derechos – principios: libertad de culto, integridad moral, prohibición de trato inhumano y degradante y el libre desarrollo de la personalidad; mientras que sus límites, se fundamentan en la soberanía nacional y la supremacía de la Constitución.

De esta manera, la prohibición de realizar actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad, en cualquier acto dirigido a conmemorar a los muertos, constituye la expresión misma de este derecho fundamental implícito porque así decidió el Constituyente cuando puso a disposición el compendio de las fórmulas constitucionales antes mencionadas. Además, la interpretación así consignada del derecho a una sepultura digna es coherente con el valor histórico y cultural que los peruanos le hemos otorgado a las prácticas fúnebres y, más aún, con las reminiscencias del pensamiento Gonzalo, como una ideología de comprobada letalidad, durante los años de 1980 al 2000.

Por otro lado, en el caso de la Ley de Protección y Bienestar Animal – Ley 30407, el magistrado Espinosa – Saldaña Barrera, expresa la integridad del sistema jurídico constitucional al precisar que la prohibición de infligir daño innecesario a los seres sintientes, como bien constitucionalmente protegido y un deber especial de protección, es el producto de la lectura sistemática del derecho a gozar de un ambiente equilibrado (artículo 2.22), de considerar a los recursos naturales como patrimonio de la Nación (artículo 66), del deber estatal de promover el uso sostenible de los recursos naturales (artículo 67) y del deber estatal de promover la diversidad biológica de las áreas naturales protegidas (artículo 68). A su vez, este bien de connotación constitucional relevante, es el eje de interpretación del primer derecho y el último deber estatal mencionado, además de la integridad moral (artículo 2.1) y el principio de dignidad humana (artículo 1); como ya habíamos anunciado antes, la asunción de significado a este último es de vital importancia si lo que se desea es relativizar la mirada antropocéntrica de la Constitución.

Estando, así las cosas, el juicio moral al que se arriba (prohibir las corridas de toros y peleas de gallos, por considerarse prácticas que infringen sufrimiento innecesario a estos animales sintiente.), al estar inmerso en el supuesto de hecho del bien constitucionalmente protegido, constituye una manifestación del Constituyente, pues previó la instrumentaria constitucional necesaria para arribar a él.

Por supuesto, esta consideración moral debiese ser el correlato de uno de los emblemas culturales de nuestra sociedad: la religión; así, se advierte de la lectura de Encíclica Laudato Si y al Catecismo de la Iglesia Católica, pues no es congruente promover estas prácticas como actos de veneración divina en festividades religiosas, si estamos trasgredimos el núcleo mismo de los mandatos cristiano – católicos.

Finalmente, Miranda Canales, opta por señalar que, si en el ordenamiento jurídico constitucional, no existe una disposición orientada a proteger a los animales como seres sintientes, por el carácter antropocéntrico de la Constitución; entonces, cualquier respuesta que emerja fuera de este marco no debe considerarse legítima. De esta manera reivindica el sistema constitucional como un elemento integral, que otorga respuestas correctas solo desde sus enunciados expresos, por lo que hace alusión directa a la libertad de creación artística (artículo 2.8), la participación en la vida cultural de la nación (artículo 2.17) y la identidad cultural (artículo 2.19) para sostener su juicio moral a favor de la disposición legal cuestionada. Y, como no podía ser de otra forma, la permisividad de

las corridas de toros y peleas de gallos se acentúa aún más, cuando el juez menciona su relevancia histórica y social en diferentes estratos de la sociedad peruana.

En este punto es necesario recordar que la calificación holística y particularista es detentada por Hart hacia la teoría filosófica de interpretación establecida por Dworkin⁶³. Podría parecer, por supuesto, que el adoptar esta misma descripción – abstraída para una propuesta de corte filosófico, centrada en entender al sistema *Common Law* – constituye un razonamiento falaz. No obstante, recordemos que Dworkin ensaya al Derecho como integridad con el afán de ofrecer una respuesta inequívoca y correcta, a través de la identificación de un principio de justicia firme, cuando nos encontremos frente un marco jurídico aparentemente indeterminado o inexistente; pues bien, se entiende que la búsqueda de tal principio se centre en los precedentes judiciales, cuando son estos los que ostentan preponderancia en un sistema jurídico como el *Common Law*; pero en el *Civil Law*, donde el fenómeno de constitucionalidad encuentra gran arraigo – tanto más, luego de la formulación piramidal de Kelsen –, los verdaderos valores de justicia, como ha intentado establecer nuestro el Tribunal en los casos analizados, solo podrían emerger de la Constitución; por lo que, en lo que sea aplicable, es el ordenamiento jurídico constitucional el que ha de entenderse como integral, pues a partir de ahí, se podrá influir transversalmente a los sistemas infra constitucionales.

Además, entender al sistema constitucional como integral u holístico, es insistir en una deferencia indirecta al Constituyente, quien habría previsto desde un inicio, los cánones constitucionales que luego darían pie a la interpretación de una determinada disposición constitucional como si esta siempre hubiese estado latente y solo sería cuestión de descubrirla o, más aún, de descifrarla. Por lo que, estaríamos frente a un sistema exento de lagunas o antinomias⁶⁴.

En cuanto al particularismo, recordemos que Hart solo refiere que los principios de justicia identificados, que harían del *Common Law* un Derecho integral, tienen un

⁶³ Sobre el particular, el tema ha sido desarrollado en el apartado 2.1.1 de este trabajo de investigación, al hacer alusión a la teoría de Dworkin como una manifestación de la teoría cognoscitiva en su acepción más filosófica.

⁶⁴ Recuérdese que esta es la idea fundante de la teoría cognoscitivista, ya que el arribar a una solución correcta y preconstituida, a partir de la interpretación constitucional, solo puede lograrse si entendemos de antemano que el sistema no presenta lagunas o antinomias y, por tanto, es fuente suficiente para la determinación de un juicio objetivo (Ver apartado 2.1.1)

correlato cultural y no universal; empero no explica la importancia de la culturalidad para entender los alcances de la teoría de Dworkin.

Nosotros, por otro lado, señalamos que los argumentos del Tribunal Constitucional no solo están orientados a descubrir el significado de las disposiciones constitucionales desde un fenómeno holístico del ordenamiento jurídico constitucional, sino que remarcan la acepción cultural para asegurar su practicabilidad⁶⁵, pues de nada sirve obtener una decisión con rasgos de racionalidad por su relación con el universo constitucional, si la sociedad a la que se imponga no la legítima, además, de ser esta una forma consistente en la que los jueces intentan empatizar con los miembros de su comunidad, pues ellos, al ser parte de esta, pueden esgrimir juicios absolutistas con mayor autoridad, respecto de algún foráneo⁶⁶.

Entonces, los caracteres holístico y cultural de los argumentos del Tribunal Constitucional son los que dan cuenta, de forma directa e indirecta, que la interpretación de las normas constitucionales – positivas constituye un acto de descubrimiento o conocimiento de su significado.

iii) La presentación de un juicio moral como una regla constitucional universal (normas constitucionales – positivas)

Muchos autores adheridos a las tesis ius moralistas defienden toda decisión que sea congruente con los valores de la Constitución y que genere efectos positivos en la sociedad y, de reunir estas dos exigencias, la denominan “regla universal”⁶⁷, por ser

⁶⁵ En el apartado 2.1.1 de este trabajo, podremos encontrar una cita textual de Guastini, en la que se señala que las interpretaciones que no tengan una relación directa con la cultura serán impracticables (1999:16). Debemos precisar que, si bien esta manifestación es una crítica sobre la inconsistencia práctica de la teoría escéptica de la interpretación constitucional en su vertiente más radical, es idónea para concluir, a través de un razonamiento inverso, que, si los Tribunales Constitucionales están tan preocupados por establecer una concordancia cultural en sus argumentos, es para dotarlos de practicidad y legitimidad social. Al fin y al cabo, la incidencia de los grandes Tribunales no solo puede ser retórica.

⁶⁶ Recordaremos que el fenómeno particularista ya ha sido advertido en el discurso moral ordinario general, puesto que las tendencias absolutistas son más rigurosas en los contextos culturales en los que se desenvuelve el sujeto enunciador, pues mientras más amplio el espectro este se suele relativizarlo más. Dicha complejidad ha sido desarrollada en el apartado 1.4.1 de este trabajo investigativo, teniendo como base experimentos sociales contratados por Hopster (2017).

⁶⁷ Atienza, un ius moralista confeso, emite la siguiente reflexión sobre el caso Gürtel, exacerbando una decisión universal sobre otra que no lo es:

ella misma una respuesta correcta; es decir, la pretensión de corrección u objetividad de los juicios morales se esconde detrás de estas dos directrices.

En este punto observemos cómo los tres juicios construidos por los magistrados, en los casos analizados⁶⁸, tienen adheridos esta pretensión de objetividad, ya que el fenómeno argumentativo holístico y culturizante por el cual se decantaron, se condice con tales exigencias: el abstraer una determinada interpretación de ordenamiento jurídico constitucional integral y exento de lagunas, genera que la decisión interpretativa se alinee con los valores de la Constitución y el traer a colación la influencia cultural de esta decisión, es otra forma de precisar que de ella solo podrán surgir eventos positivos para la sociedad. Es decir, cada uno de los juicios, a los ojos de sus defensores, podrán reputarse como reglas universales o ser denominados juicios correctos u objetivos.



Y a propósito del caso Gürtel, también me parece fácilmente compartible la tesis de que la *ratio decidendi* del magistrado discrepante resulta ser una regla universalizable, coherente, con los valores del ordenamiento y capaz de producir consecuencias sociales positivas, lo que no ocurre con la *ratio decidendi* de la mayoría: sostener que, salvo que se trate de un delito de terrorismo, nunca es lícito intervenir las conversaciones entre un interno y su abogado defensor parece claramente una regla no universalizable, que atenta contra valores básicos del ordenamiento (entre otros, el principio de igualdad: supone dar un trato de privilegio a los acusados de un delito que están en prisión, pues a los acusados en libertad sí que cabe intervenirles en algún caso sus comunicaciones), y con consecuencias sociales verdaderamente inasumibles: favorecer la impunidad para cierto tipo de delitos (citado por García 2018: 89)

⁶⁸ Los tres juicios identificados son los siguientes:

Juicio 1: En cualquier acto dirigido a conmemorar a los muertos se deben prohibir actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad

Juicio 2: Prohibir cualquier práctica destinada a infligir sufrimiento innecesario a los animales sintientes

Juicio 3: Permitir las corridas de toros y pelea de gallos, como manifestaciones culturales que no transgreden a la Constitución

CAPÍTULO III
LA INCIDENCIA DEL OBJETIVISMO MORAL EN LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL, EN EL MARCO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL
DE DERECHO

Este capítulo tendrá por objetivo condensar las ideas expuestas en los apartados anteriores, con lo cual podremos determinar cómo se manifiesta el objetivismo moral en la justicia constitucional peruana, no solo desde los indicios captados a través de su proceso de argumentación, sino en función al análisis minucioso de la propuesta teórica de Atienza sobre esta corriente filosófica. Es importante que prestemos atención a este primer apartado, pues aquí comprobaremos la hipótesis del trabajo de investigación; de ahí que, lo hayamos titulado: “La incidencia del objetivismo moral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las normas morales – jurídicas como condiciones validez y aplicabilidad de las normas constitucionales – positivas”

Sin perjuicio de ello, lector encontrará importantes reflexiones, además de las esbozadas en el primer capítulo, en torno al constructivismo moral y cómo este termina relacionándose directamente con el realismo, a partir de la práctica jurisdiccional del Tribunal, pese a que su constructo estuvo dirigido a oponerse a esta última corriente filosófica.

Por su puesto, que este trabajo de investigación no se dará por concluido, sin antes exponer las consecuencias del objetivismo moral en el ámbito de la justicia constitucional, dando cuenta de la distorsión causada a la jerarquía normativa debido a la preeminencia que se le otorga de juicios morales con pretensión de corrección.

E intentando ir más allá, pero solo a modo de corolario de la investigación⁶⁹, exploraremos la incidencia de esta situación en el núcleo del Estado Constitucional de Derecho al que pertenecemos, atreviéndonos, incluso, a formular una propuesta preliminar de reivindicación frente a los efectos perniciosos del objetivismo, tomando como referencia al modelo de acción comunicativa que nos ofrece Jürgen Habermas.

⁶⁹ Pues recuérdese que, hasta este punto, ya habremos alcanzado el objetivo principal de la investigación: Determinar cómo se manifiesta el objetivismo moral en la justicia constitucional peruana.

3.1.La incidencia del objetivismo moral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las normas morales – jurídicas como condiciones validez y aplicabilidad de las normas constitucionales – positivas

Para nosotros era importante encontrar una acepción del objetivismo moral que se aproximase a la práctica jurídica de los jueces constitucionales, tanto más en circunstancias en las que el objeto de litis, ostenta un denso contenido moral que amerite ser interpretado, a fin de determinar una decisión para la controversia. El constructivismo ateniense, por su puesto, cumplía perfectamente esta función, pues la objetividad de la teoría recaía directamente en las razones, por estar construidas en el marco de determinadas condiciones procesales y sustantivas para arribar a un consenso contrafáctico.

De hecho, en una democracia contemporánea como la nuestra, el explicitar estas razones constituye un imperativo para todos los operadores jurídicos; sin embargo, son las condiciones procesales y no las sustantivas, las que han sido preponderantes para garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los jueces; de ahí que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la debida motivación de las resoluciones, de acuerdo con el mismo Tribunal Constitucional, se centra solo en defectos de motivación interna y externa de los argumento⁷⁰s, pasando por alto aquellos presupuestos antropológicos que, en teoría, también les arrogan objetividad y, por tanto, corrección a los juicios morales.

Y es justamente por esta omisión, que los verdaderos problemas de arbitrariedad en la justicia constitucional no son detectados, ya que la irreductibilidad de las condiciones sustantivas o antropológicas (anclada a la dignidad humana), frente a las procesales, es lo que otorga a los jueces, como sujetos valoradores, un poder absoluto al momento de definir jerarquías o preferencias valorativas (luego de reconocer que la solución de los problemas que tienen a su cargo pertenece a sus congéneres, a quienes deben procurarles las necesidades básicas), sin tener en cuenta que estas pudiesen haber quedado

⁷⁰ El Tribunal Constitucional, a través de su sentencia recaída en el Expediente N° 01747-2013-PA/TC., expuso exhaustivamente todas las manifestaciones en las que los jueces, a través de sus resoluciones, podían incurrir en errores de motivación; sin embargo, Sotomayor, por cuestiones de economía, condensó todas ellas solo en dos categorías: defectos motivación externa e interna., presentando un esquema con la siguiente estructura:

1. Defectos de motivación interna: defectos de inferencia lógica sensu largo y defectos de coherencia.
2. Defectos de motivación externa: relacionados con la premisa normativa (motivación constitucionalmente deficitaria) y relacionado con la premisa fáctica (hechos no probados y prueba prohibida) (2021: 47)

determinadas, incluso antes del proceso disuasivo. Esto es así, pues los estándares de motivación interna y externa que se garantizan gracias a las condiciones procesales son exigibles para cualquier discurso y no solo para aquel que procure predicarse como objetivo por la calidad de sus razones.

Es decir, un análisis detenido del objetivismo moral de Atienza, que se ofrece como modelo para analizar la práctica argumentativa constitucional, nos enseña que los valores que subyacen a los juicios morales, denotados como correctos u objetivos, pueden ser puestos deliberadamente por agentes de carne hueso; de ahí, la resonante subjetividad que acompaña a su teoría.

Por lo tanto, cuando los agentes intervinientes pretenden que la aceptación y validación de los juicios morales esté supeditada a que los demás observen el problema desde una perspectiva moral apropiada⁷¹, en realidad están proponiendo que tal perspectiva moral sea la suya, la que ellos construyeron argumentativamente para justificar un resultado previsto con anticipación por considerarse habilitados, *per se*, a adoptar la preferencia valorativa que mejor se acomodaría a la satisfacción de las necesidades básicas de sus semejantes.

Hasta aquí, el constructivismo moral de Atienza, esbozado, por su autor, como una alternativa a los postulados del realismo moral, nos ha servido como un prototipo ideal para entender teóricamente la subjetividad que subyace a todo proceso discursivo que pretenda construir un juicio moral con pretensión de corrección, en base a la objetividad de sus razones, siendo tales gracias a determinadas exigencias procesales y sustantivas. Sin embargo, es la determinación de la naturaleza de estas razones lo que nos permitirá observar, ya no desde una perspectiva teórica, que la moral correcta que reviste a la decisión, de hecho, es aquella que emerge directa y arbitrariamente de los jueces.

Así, recordemos, según el análisis realizado en el capítulo precedente, cómo nuestro Tribunal Constitucional nos proporciona indicios providenciales a cerca de su deferencia a los postulados del objetivismo moral: primero, se observa que el juicio moral es anclado

⁷¹ Recordemos que es la validez objetiva de los juicios, y no otra (como la pretensión de absolutismo o la inviolabilidad de los juicios) la que propugna el objetivismo mínimo de Atienza, la misma que él entiende en los siguientes términos “[...]los juicios de uno son objetivamente válidos, esto es, su aplicación constante a cada uno está basada en consideraciones que cada uno debería aceptar, si contemplara el problema objeto de contienda desde la perspectiva moral apropiada” (Atienza 2016: 28)

grotesca e inconsistentemente a la norma legal (cuya validez, se supone, ha de ser analizada); de esta manera, entendemos que la decisión estuvo determinada desde siempre, y ahora solo es necesario dotarla de un contenido específico para justificar su racionalidad. Pero si las cosas son así, es imposible que el Tribunal no se adhiera a un específico discurso en detrimento de otro, con el afán de presentar al juicio preconstituido como una regla tendente a la universalización⁷², lo cual solo puede lograrse si se apela en favor de su consonancia con los valores constitucionales y el arraigo cultural de la decisión; es decir, cuando la argumentación se presenta como un fenómeno holístico y culturizante. Incluso, como ya se mencionó, para algunos como Manuel Atienza una decisión toma forma de una “regla universalizable”, solo será aquella que sea congruente con los valores de la Constitución (fenómeno holístico) y que genere efectos positivos en la sociedad (fenómeno culturizante)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional hace parecer que aquel juicio moral fue producto de un mero proceso de cognición del espectro constitucional, como si el Constituyente hubiese sido una especie de oráculo previsor de todas las controversias habidas y por haber, estableciendo una respuesta correcta desde el punto de vista moral, a través de las disposiciones constitucionales en su conjunto, por lo que las lagunas normativas serían inexistentes⁷³, lo cual es reforzando con la practicabilidad que se le arroga al juicio, al precisar que este sería congruente con la cultura de los justiciables. Rememoremos, en este punto, que está ampliamente comprobado que cualquier intento de visibilizar la interpretación de una regla (incluso siendo esta constitucional), a través de actos de cognición, donde el hermeneuta pareciese estar en una posición políticamente pasiva, trasluce subrepticamente la ideología personal de este⁷⁴.

⁷² En el apartado 1.4.2 de este trabajo pudimos conocer que Nino ya advertía que el poner énfasis en el resultado, antes que en la discusión, lleva peligrosamente a que el agente se adhiera a un discurso en detrimento de otro, proponiendo, para este fin, premisas de universalización, propias del objetivismo realista.

⁷³ Es justamente por esto que García entiende que los objetivistas morales le dan a la Constitución la connotación de un sistema objetivo de valores o, lo que es lo mismo, la denomina: Constitución de máximos o programa social completo. Para él, este fenómeno es preocupante, pues el proceso de constitucionalidad en un contexto como el anterior, significa exigirles a las normas legales que en ellas se optimicen, en cuanto sea posible, todos los valores morales constitucionales que vengan al caso (2022: 22)

⁷⁴ Esta es una de las críticas más interesantes que se infunde en contra de la teoría cognoscitivista de la interpretación. Así lo hemos señalado en el apartado de 2.1.1 del segundo capítulo, recordemos pues, cómo Guastini es implacable cuando señala: “[...] no es difícil ver a contraluz, detrás de la teoría cognoscitivista,

En consecuencia, la subjetividad del objetivismo moral no solo es una cuestión detectada en su constructo teórico, sino que, cuando los Tribunales van en busca de la corrección moral de sus decisiones (pretensión de objetividad), también incurren en esta misma falencia; así que, no es arriesgado precisar que el Tribunal, ya sea como órgano constitucional autónomo (cuando la decisión es adoptada colegiadamente) o a través de sus magistrados, en forma individual (cuando la decisión es tomada en mayoría), deben ser vistos como sujetos valoradores o encarnados, propensos a imponer sus juicios morales particularísimos, influenciados, en la mayoría de casos, por la coyuntura preeminente; siendo la empatía con sus congéneres lo que los hace percibirse a sí mismos y frente a los demás, con la capacidad, cuasi estamental, para definir jerarquías valorativas, poniendo en la cúspide a sus propios juicios morales, cuya corrección u objetividad se debe presumir sin más.

Entonces, tenemos que los juicios morales con pretensión de objetividad, que no son más que reglas que aparentan racionalidad desde su presunta universalización, se superponen de forma absoluta a las reglas constitucionales – positivas y con mayor razón a las legales, por la asunción como sujetos valoradores a los jueces constitucionales.

CASO 1:

1° Juicio moral con pretensión de objetividad: En cualquier acto dirigido a conmemorar a los muertos se deben prohibir actividades políticas vinculadas a ideologías de comprobada letalidad.

2° Regla constitucional – positiva: Artículo 2, inciso 1 de la Constitución – derecho a la integridad moral

3° Regla legal – positiva: Ley 30868, que tuvo por objeto modificar la 26298 – Ley de Comentarios y Servicios Funerarios

una ideología; es decir una doctrina que busca «no tanto describir lo que sucede, como prescribir lo que debería suceder» (2014b: 349).

Sin embargo, esta premisa ha sido determinada más allá de la jerga jurídica, pues es través de la filosofía que se ha corroborado fehacientemente que cualquier ideología se trasparenta por medio de un discurso fáctico al que subyacen premisas que defiende la “verdad”, asumiendo su predeterminación y subsistencia. De esta manera, es como nace la compleja relación invocada entre la ideología y la verdad: “La ideología se viste de verdad. Así, Hitler también reivindicaba decididamente la verdad. No se abandona la verdad como instancia. Hitler difundía su ideología racista precisamente en nombre de la verdad. Siempre hacía que su propaganda apareciese bajo la luz de la verdad” (Byung- Chul 2022: 43)

CASO 2:

1º Juicio moral con pretensión de objetividad: Prohibir cualquier práctica destinada a infligir sufrimiento innecesario a los animales sintientes.

2º Regla constitucional – positiva: Artículo 1 de la Constitución – La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (carácter antropocéntrico de la Constitución)

3º Regla legal – positiva: Primera Disposición Final de la Ley 30407 – Ley de Protección y Bienestar Animal, por exceptuar a las corridas de toros y las peleas de gallos de los alcances de la norma.

CASO 3:

1º Juicio moral con pretensión de objetividad: Permitir las corridas de toros y pelea de gallos, como manifestaciones culturales que no transgreden a la Constitución – Juicio moral con pretensión de objetividad.

2º Regla constitucional – positiva: Artículo 1 de la Constitución – La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (carácter antropocéntrico de la Constitución)

3º Regla legal – positiva: Primera Disposición Final de la Ley 30407 – Ley de Protección y Bienestar Animal, por exceptuar a las corridas de toros y las peleas de gallos de los alcances de la norma.

Es propio traer a colación, en este punto, que el condicionamiento de validez que recae sobre el juicio moral correcto u objetivo remarca la tensa contradicción kelseniana entre la teoría del orden jurídico y la teoría de la interpretación – ambas inmersas en su paradigmática obra: La teoría pura del derecho – pues para aquella la Constitución estaría en la cúspide jerárquica de la normas, mientras que para esta última, es el juez, a través de sus destrezas interpretativas – argumentativas, el que decide verdaderamente la norma estándar de validez⁷⁵. Empero, el juez, por los condicionamientos propios de un Estado Constitucional de Derecho, está obligado a reivindicar a la Constitución como norma máxima y legitimada por una norma hipotética, de acuerdo a la tradición de Kelsen, por

⁷⁵ Es necesario indicar que este es un argumento propio del realismo jurídico al que hemos recurrido, por considerar que las conclusiones de nuestro análisis se adhieren sin ninguna contradicción a él. Sin embargo, sería apresurado decir que el arraigo de este trabajo de investigación tiene soporte en esa línea filosófica, pues para ello tendríamos que embarcarnos en un análisis más especializado sobre el tema, desviando el objeto de nuestro estudio. Así, para ahondar más sobre la relación entre la teoría cognoscitiva de la interpretación y el realismo jurídico, el lector podrá dirigirse al apartado 2.1.1. del trabajo en cuestión.

medio de fórmulas deferentes con el Constituyente (como los argumentos de naturaleza política y culturizante), que finalmente desembocarán en un juicio universal que, para tener la apariencia de tal, lingüísticamente, tendrá que manifestarse como si estuviera premunido de un contenido autónomo, prefigurado y subsistente, por lo que su evocación se realizará de modo declarativo, tal y como hemos se puede observar en los casos descrito anteriormente.

Por lo expuesto, un juicio moral, aún construido en el marco de un proceso delimitado por el constructivismo moral, tendrá la apariencia de corrección u objetividad, si y solo si, se respalda en una moral que no proviene, supuestamente, de la postura mental del agente interviniente y que se contrasta con los hechos previstos por el Constituyente. Es decir, el constructivismo, finalmente, redundará en un realismo moral.

Si las cosas son así, estos juicios morales con pretensión de corrección tendrían la tendencia a petrificar, al menos en apariencia, las decisiones del Tribunal Constitucional por cómo se exteriorizan a través de actos del habla; así que, la falibilidad, como elemento intrínseco al constructivismo de Atienza, por el que se procuraría no dogmatizar sus consensos, formaría parte de una retórica verosímil solo a nivel teórico.

En ese orden de ideas, y habiendo advertido que el objetivismo moral del Tribunal Constitucional cuando se hace presente en procesos de inconstitucionalidad reformula flagrantemente la tradicional pirámide de Kelsen; las palabras de García Amado tomando sentido cuando califica como la suprema aporía del iusmoralismo a la denotación de las normas morales como las únicas válidas y aplicables en todo el ordenamiento jurídico, por lo que se tornan en un paragón de condicionamiento de la validez de las normas positivas (constitucionales y legales), en tanto se demuestre su compatibilidad con ella. En efecto, para una objetivista moral, incluso si ejerce actividad jurisdiccional, será su juicio moral con pretensión de corrección, una norma jurídica en toda plenitud y, a su vez, su aplicación al caso concreto será la forma más completa de dotar de juridicidad a su decisión (2022: 15).

3.2. La incidencia del objetivismo moral del Tribunal Constitucional en un Estado Constitucional de Derecho

La propensión a demostrar la corrección de los juicios morales al haberse trasladado al plano jurisdiccional, a través de la superposición, en abstracto y en concreto, de valores morales universales, sobre cualquier norma jurídica – positiva, incluyendo las constitucionales, ha supuesto consecuencias inesperadas, ya que, como se ha visto, los jueces no pueden pretender seguir la postura del objetivistas morales sin dejar de lado sus sesgos personales, que responden a una moral contingente o coyuntural; entonces, aquello que acomete como moralmente correcto, en realidad, transita en su círculo de subjetividad. Tan es así, que se suele equiparar un óptima moral relativo en un óptimo constitucional. Es bajo estas circunstancias que se ha llegado a afirmar que el despliegue teórico del objetivismo moral, en la práctica de la judicatura constitucional “[...] reemplaza la Constitución real y completa por una constitución moral postulada y fingida” (García, 2022: 22); de ahí que, el control de constitucionalidad se realice en función a una densa moral de máximos.

Es justamente aquí, donde podemos observar cómo los problemas del objetivismo moral se compaginan con el de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional, ya que las opiniones de aquellos que no están de acuerdo con los juicios morales “correctos” u objetivos, establecidos por los objetivistas morales, serán desmerecidos institucionalmente, mientras que la preminencia del sistema axiológico que fundamenta a aquellos será determinado por un conjunto de jueces, en mayoría simple, casi exentos del escrutinio político, ciudadano y electoral. Es decir, el objetivismo moral, aplicado a la argumentación de la judicatura constitucional, está lejos de generar consenso social, en tanto, la percepción ciudadana de estar participando políticamente queda proscrita para muchos sectores.

Podría decirse, entonces, que el parangón evocado para determinar la legitimidad democrática del Tribunal Constitución peruano, en contraste con el Poder Legislativo, tiene una explicación mucho más compleja que la simple reducción a la demonización de posiciones políticas⁷⁶, pues entender el problema desde la lógica del objetivismo moral,

⁷⁶ Waldron ha advertido que el hilo discursivo de las sentencias de los Tribunales Constitucionales se inserta en una lógica de demonización de las decisiones políticas:

exterioriza aristas imperceptibles, que dan cuenta de la gravedad de la crisis por la que atraviesa la práctica argumentativa del Tribunal, pues en mérito a ella, no solo se está vedando la participación política integral de los ciudadanos – en flagrante discriminación sobre determinados sectores de la sociedad – sino que se está observando la subrogación de la Constitución Política del Perú, entendida como norma jurídica – positiva, por un conjunto de postulados morales relativos y contingentes; es decir, se impulsa la construcción teórico – material de nuestra Carta Magna sobre la base de un sistema axiológico objetivo, en el que se reflejan los sesgos morales de un conjunto de magistrados constitucionales.

En este punto, vale la pena recordar las tres soluciones propuestas por Waldron para mitigar la dificultad democrática del Tribunal, en el marco de un control constitucional fuerte: i) fortalecer las relaciones entre los poderes del estado, a fin de que el Legislativo tenga la oportunidad de defender su formalmente su propuesta; ii) complejizar el procedimiento de control constitucional, en términos cuantitativos de votos; iii) expresar, a través de sus argumentos, una real preocupación democrática (2018: 23-28)

Cabe indicar que cada una de estas alternativas fueron desarrolladas bajo el presupuesto que el Tribunal decidiese invalidar, de forma genérica o en aplicación a un caso específico, las leyes promulgadas por el Congreso de la República; no obstante, ya hemos demostrado que la legitimidad (incluso, la democrática) de este órgano debe sobrepasar la sola intención de darle la razón al Constituyente, pues siendo este el objetivo último podríamos terminar aceptando decisiones jurisdiccionales por el solo hecho de redundar en la retórica sobre la democrática.

Así que, sin desmerecer a Waldron (2018) y atendiendo a que el Tribunal Constitucional peruano es considerado como una institución contra mayoritaria, cuya legitimidad es instrumental al poder político que ejerce, la forma más realista de fortalecer y transformar

Una victoria en la corte conlleva el reclamo de que la parte derrotada, desde un primer momento, no ha debido defender su posición; esta no solo fracasa políticamente [...] sino que debe ser denunciada más allá de los límites de la política decente

[...]

la retórica de la constitucionalización hace daño a la civilización política y a la tolerancia mutua (2018: 27)

el respaldo del Tribunal es su forma democrática, es reconstruyendo su discurso interpretativo en pro del consenso social.

Nótese que con esta propuesta estamos siendo conscientes que el punto fuerte del Tribunal, como órgano constitucional autónomo, es la percepción de eficiencia que genera en el terreno político, que se logra únicamente a través sus resoluciones; empero, esta no debe estar orientada de cualquier manera, sino tratando de involucrar a los sectores institucionales más representativos, otorgándoles valor (constitucional) a sus respectivas posiciones. Esta reivindicación de las opiniones de otros sectores es la forma más consistente de recrear un verdadero discurso, pues bien, se tiene claro que “Sin la *presencia del otro*, mi opinión no es discursiva, sino autista, doctrinaria y dogmática” (Byung- Chul 2022: 25).

Para tal efecto, recomendamos, que el Tribunal no instrumentalice a las normas legales que ha de analizar (ni se adhiera a ninguna forma análoga a esta) para anclar sus juicios morales preconstituidos, ya que se ha comprobado que este ejercicio genera una disertación en función a opuestos irreconciliables, por lo que la argumentación discurrirá a favor de la universalización de una determinada postura, haciendo uso, luego, de estrategias argumentativas cognoscitivas que terminarán redundando en una ideología personal.

Recuérdese, en ese sentido, como precisa Byung- Chul, que la efectividad de un verdadero discurso radica en evitar aferrarse a las opiniones propias, pues ello es un claro indicador que el consenso es ficticio y, lo que verdaderamente se intenta inscribir en los anales de la historia, es la identidad propia; así, cuando se pasan por alto otras creencias, es porque ellas son ajenas a la narración con la que se intenta crear una identidad (2022: 26-29). Es decir, el Tribunal Constitucional, en tanto se desenvuelva en torno a los postulados del objetivismo moral, estará impulsando el curso moral de la sociedad en torno a su propio narcisismo.

Así, la verdadera preocupación democrática debe estar plasmada en el intento de compatibilizar posiciones, y no en superponer, frente a cualquier norma positivizada, una opinión creada científicamente, pues como ya lo advertiría Aleinikoff, ello nos relega a la condición de meros espectadores de la acción del Tribunal (2015: 108-109). De ahí que el modelo de acción comunicativa que nos ofrece Jürgen Habermas parece ser el más cercano a esta propuesta:

En la acción comunicativa, cada participante supone la validez de sus convicciones. Si no es aceptada por otros, se abre un debate discursivo. Este es un acto comunicativo que intenta llegar a un entendimiento entre las diferentes pretensiones de validez. En él se emplean argumentos destinados a justificar o rechazar las pretensiones de validez. La racionalidad inherente al discurso se denomina racionalidad comunicativa (Byung- Chul 2022: 25).

Adviértase que en esta propuesta cada uno de los juicios morales, presididos por los participantes del discurso, no son descartados sin más, sino que el grado de validez que cada uno de ellos procura ostentar es legítimo, así que el rasgo de falibilidad, a diferencia del prototipo de constructivismo moral, se hace presente en la dinámica misma de discurso – a ello Jürgen Habermas denomina: racionalidad comunicativa – y no con la intención de anular un juicio moral, cuya pretensión de objetividad, en el momento que se determinó, hiciera parecer que tomase la forma de un dogma direccionado a petrificar las decisiones social y jurídicamente relevantes.

Entendemos que esta es una propuesta que merece ser considerada con mayor profundidad; sin embargo, lejos de ser una condición procesal implícita del discurso, deberían aunarse esfuerzos para que sea reflejada en las sentencias del Tribunal Constitucional, como un ejercicio promotor de la escucha racional y efectiva, ya que, como se ha dicho, esta constituye una forma de rescatar nuestra democracia en decadencia: “La crisis de la democracia es una crisis *del escuchar*”

CONCLUSIONES

1. A lo largo de la historia, la filosofía jurídica nos ha proporcionado teorías interesantes que intentan explicar la compleja relación que existe entre el Derecho y la moral, sectorizando esta gran discusión entre los que pugnan por su conjunción (iusmoralistas) o separación (iuspositivistas) conceptual.

Sin embargo, esta distinción se ha ido construyendo de manera gradual; por ejemplo, encontramos a las clásicas teorías semánticas que instan a insertar a la justicia y a la moral en el concepto de Derecho, como si fuesen categorías inherentes a él, al punto de condicionar normativamente su obligatoriedad. Además, hay quienes han optado por relativizar esta percepción, construyendo una teoría semántica cualificada, según la cual, el Derecho positivo y su obligatoriedad ocupan un lugar preeminente en el sistema social al que pertenezcan, salvo que su relación con la justicia y la moral devenga en insostenible, ya que es ahí donde las leyes son calificadas como “Derecho incorrecto” y, por tanto, su aplicación no tendría lugar. Esto solo es posible si entendemos que la pretensión de corrección, siendo una institución propia del Derecho, es la que la arroga al juez, el poder jurídico y la obligación de aplicar razones morales cuando sea posible, tanto más si se trata de casos difíciles.

Otros, intentando construir una propuesta más innovadora, acuñaron el término: justicia procedimental. En atención a ella se dice que el Derecho positivo solo podrá ser aplicado cuando en su formulación se puedan advertir exigencias de formalidad intrínsecas, lo que ha de constituir la moral interna del Derecho. Tales requerimientos o principios de legalidad o desiderata son los siguientes: la posibilidad de cognición, no retroactividad, claridad, coherencia, posibilidad jurídica y fáctica, estabilidad y congruencia. Por otro lado, se dice que el Derecho y la moral pueden tener entre sí, una conexión normativa, lo que implica que aquel, expresando en una norma positiva, por sí solo, constituye una razón para que sus destinatarios lo obedezcan; no obstante, es necesario que un conjunto de personas relevantes (operadores del derecho) acepten o reconozcan la legitimidad de su autoridad, solo a través de su comprensión.

Asimismo, otros tantos representantes de la filosofía jurídica se han planteado la siguiente interrogante: ¿es necesario recurrir a argumentos morales para identificar al Derecho? Así nace la presunta conexión identificativa entre el Derecho y la moral, apoyada por los positivistas incluyentes y rechazada por los excluyentes. Los primeros, al señalar que la relación entre el Derecho y la moral solo es tangencial, defienden la idea de que aquel se identifica a través de argumentos morales, si y solo si, sus disposiciones normativas están conformadas por conceptos morales de alta densidad, como: honesto, cobarde, trato degradante, entre otros. Para los positivistas excluyentes, por su parte, al ser acérrimos defensores de la conexión normativa, precisan que el contenido del Derecho, entendido este como una institución de carácter social, solo puede ser recocado por su condición de tal y nunca por los argumentos morales que puedan verse sobre él.

Finalmente, podemos advertir la relación que se ajusta más a las exigencias de las democracias modernas: la conexión justificativa, según la cual una decisión jurídica solo se encontrará verdaderamente justificada si su respaldo, en última instancia, recae en una norma moral. Sobre el particular, hay quienes prefieren hablar sobre el razonamiento práctico, pues es aquí donde tal justificación empieza a revertirse de sentido, al punto de institucionalizar el siguiente término: razonamiento práctico – moral. Así, siendo este un proceso deliberativo, llevado a la cabo por un agente capaz, racional y libre de obstáculos, en un contexto determinado, su finalidad es seleccionar, entre diferentes objetos y medios, una acción puntual que determinará el compromiso del sujeto interviniente para realizar prestaciones de hacer y no hacer. Ahora bien, el insumo transversal de deliberación para arribar a esto último debiera situarse en un estándar de moralidad implícito, de ahí que la acción última pueda calificarse como moralmente correcta.

2. El objetivismo moral surge como corolario de los incesantes esfuerzos por intentar arrojarle una explicación definitiva a la relación entre el Derecho y la moral, así que no resulta raro que encontremos indicios sobre él, incluso en trabajos de autores que se adhieren al positivismo jurídico incluyente.

José Juan Moreso ha instituido ideas particulares al respecto: por ejemplo, luego de propugnar que el Derecho se identifica a través de argumentos morales, si y solo si, sus disposiciones normativas están conformadas por conceptos morales de alta densidad, como: honesto, cobarde, trato degradante, entre otros (conexión identificativa), se dice que es a través del componente descriptivo de estos últimos (porque ciertamente se confronta a un componente prescriptivo) que podemos deducir casos paradigmáticos, con información suficiente que nos incite a su inmediata aplicación, ya que las conclusiones extraídas de ellos son verdaderas y objetivas. En ese sentido, para el autor, el divertirse con la tortura de bebés constituye un supuesto ineludible de “crueldad”, por lo que estamos frente a un caso paradigmático y, por ende, frente a un juicio verdadero y objetivo.

En otro momento, el aludido autor se adhiere a la teoría filósofo – política de Rawls, intentando ofrecer un estándar de moralidad en el razonamiento práctico – moral. Señala que el Estado debe construirse en cuatro etapas: la constituyente, en la que se emiten normas constitucionales, la etapa de emisión de leyes y, finalmente, el momento de aplicación de estas. La cuestión aquí, para poder situarnos en una sociedad entendida como justa, es que los operadores jurídicos están obligados a replicar en los momentos institucionales subsiguientes, los principios emanados de la fase constituyente. Estando, así las cosas, un cierto objetivismo moral se avizora, sin más.

3. El objetivismo moral, en el marco de estudio de la metaética, se bifurca principalmente en dos vertientes: el realismo moral y el constructivismo. En ambos casos se busca determinar bien, cómo se constituye la verdad moral (tesis ontológicas) o, bien cómo llegamos a conocerla (tesis epistemológicas).

En la primera acepción, se señala que la verdad moral proviene de un razonamiento individual o colectivo, independiente de la postura mental del agente interviniente, pues el contraste se realiza con hechos reales. Es así como los realistas morales le arrojan al juicio moral un contenido autónomo, prefigurado y subsistente, por lo que su evocación se realiza de modo declarativo; sin embargo, en el discurso moral ordinario presenta complejidades importantes,

relacionadas, por ejemplo, con sus niveles de graduación o con la cultura del agente.

Luego, en el constructivismo se aboga por que la corrección de los juicios morales sea arribada por medio de un procedimiento desarrollado bajo determinadas condiciones (por lo general de carácter de procesal), además de depender de la conciencia o actitud del agente moral, siempre que se demuestre que su capacidad intelectual es normal y suficiente. Es decir, la verdad moral lejos de ser descubierta por su contraste con el mundo real se construye por agentes humanos en un contexto tal, que la arbitrariedad de las decisiones no tenga lugar.

De ahí que, el constructivismo epistemológico de Carlos Nino es ilustrativo al respecto. Para él, la verdad moral está constituida (tesis ontológica) por determinados presupuestos formales y procedimentales que confluyen activamente en la práctica social del discurso (la imparcialidad, racionalidad y conocimiento de hechos relevantes). El aspecto central de su teoría se centra en establecer la forma en que esta verdad se llega a conocer (tesis epistemológica), por lo que la discusión y decisión intersubjetiva se reconoce como el mecanismo más idóneo y confiable para tal efecto. La reflexión individual, por su parte, solo sería una vía complementaria.

Entre quienes se resisten a posicionar al constructivismo moral como una vía alternativa al realismo para alcanzar la objetividad de los juicios morales, precisan que solo se puede procurar que un juicio moral tenga apariencia de objetividad, si y solo si, existen determinadas condiciones que subyacen al punto de vista evaluativo del agente, estas son: coherencia en el juicio, información completa y verdadera y prospección en el razonamiento. Lo característico de esta propuesta es que, al igual que el realismo moral, cualquier resultado al que se arribe será independiente de las creencias o estados mentales del agente.

4. El objetivismo moral mínimo es una manifestación del constructivismo metáético, siendo Manuel Atienza un exponente representativo de aquel. La propuesta de este autor es un objetivismo de razones; es decir, la corrección del juicio moral es determinada en base a razones que se predicen objetivas, por lo que tanto las

normas como los valores morales pueden adquirir este estatus, siempre que las razones que las respalden les otorguen el manto de objetividad requerido. En efecto, un juicio moral, representado a través de un valor moral, tendría que ser sostenido por toda persona razonable que se adhiera a las reglas del discurso, sustentadas en presupuestos antropológicos. Finalmente, el rasgo que le proporciona la característica de mínimo al objetivismo de Atienza es su falibilidad, por la que un juicio moral puede tener la pretensión de corrección en base a las razones que lo presiden, lo que no lo convierte en un dogma cuya revisión deba ser descartada.

El objetivismo de Manuel Atienza, a la par con el de Carlos Nino, se construye en base a presupuestos de carácter formal y sustantivos. Sin embargo, a diferencia de este último autor, las condiciones sustantivas adquieren una relevancia particular en la teoría: este, por excelencia, para arribar a la corrección moral del juicio (no verdad) recae en la dignidad humana (tesis ontológica), que ha de entenderse como una precondition del posterior discurso racional, que dará lugar a un consenso contrafáctico del que derivarán las razones objetivas de justificación (tesis epistemológica). Por lo tanto, la pretensión de objetividad de Atienza no solo debe circunscribirse a las razones de justificación, sino que debe retrotraerse hasta sus presupuestos sustantivos.

La dignidad humana, como presupuesto sustantivo en la teoría de Atienza, es un principio irreductible y no pasible de violación, lo que le podría valer al autor, la etiqueta de rigorista. Por la dignidad humana, según Atienza, se entiende que los intervinientes adquieren un cierto estatus: el de sujetos valoradores o encarnados, ya que al reconocer que existen personas semejantes a ellos, cuyos problemas tendrán que solucionar, están en plena capacidad para definir jerarquías o preferencias valorativas para tal efecto, teniendo como premisa primordial, el procurar la satisfacción de sus necesidades básicas. Así que, una persona no es razonable porque se adhiera a las reglas del discurso desde la perspectiva moral apropiada, sino que esta “perspectiva moral apropiada” es tal, porque quienes construyen las razones objetivas, luego de un consenso contrafáctico, son sujetos valoradores o encarnados, que procurarán, dándole forma a sus argumentos, resolver problemas de sus semejantes.

Siendo ello así, en el objetivismo moral de Atienza, las condiciones procesales de discusión no son garantía suficiente para determinar que las razones que emergen del proceso discursivo son verdaderamente objetivas, pues al no ser supuestos inamovibles e inviolables como las sustantivas (dignidad humana), la posibilidad de un direccionamiento, previamente definido, en la construcción de un consenso contrafáctico, es plausible; más aún, si lo único cierto en esta teoría, es el estatus de sujetos valoradores o encarnado de los intervinientes, que los habilita, per se, a definir jerarquías o preferencias valorativas. Lo cierto es que, si las condiciones sustantivas o antropológicas ocupan un lugar preponderante en la teoría ateniense, relegando a las procesales, al punto de presentarlas como una panacea en la resolución de problemas, se les otorga a los sujetos valoradores un poder absoluto al momento de definir jerarquías o preferencias valorativas, sin tener en cuenta que estas pudiesen haber quedado determinadas, incluso antes del proceso disuasivo.

En ese sentido, podría decirse, como señala García Amado, que el objetivismo mínimo de Manuel Atienza es verdaderamente un realismo moral mínimo, pues el tránsito de subjetividad en una y otra teoría es ineludible: en el caso del realismo moral, al no haberse establecido aún, una vía certera (aunque se suele mencionar a la intuición) para arribar al conocimiento moral y al haberse advertido que la objetividad es graduable por los agentes; su subjetividad, aunque implícita, es patente. Mientras que la subjetividad en la teoría de Atienza puede deducirse – como vimos, en antes – de la incorporación, en términos antropológicos, de dignidad humana como presupuesto ontológico de la práctica discursiva.

5. El Tribunal Constitucional peruano, en el marco de procesos de inconstitucionalidad cuyo contenido moral es preponderante, emite decisiones que toman la forma de juicios morales con pretensión de objetividad o corrección, o, lo que es lo mismo, ostentan el sello inmanente de haber sido determinados de forma “moralmente correcta”. Este fenómeno se presenta, luego de haber utilizado dos herramientas argumentativas puntuales: la perspectiva del ordenamiento jurídico como integral y su correlativa compatibilidad cultural.

Tales argumentos, dan cuenta que el juicio moral en cuestión es el resultado de un proceso de cognición del significado de determinadas disposiciones constitucionales, como si esta siempre hubiese estado latente y solo sería cuestión de descubrirla o, más aún, de descifrarla, pues la premisa principal de tal conjetura es que el sistema jurídico constitucional se encuentra exento de lagunas y antinomias, lo que en última instancia, significa que esta línea discursiva trae implícita una deferencia indirecta al Constituyente.

Cabe precisar que, si bien el fenómeno holístico de la argumentación podría ser suficiente para deducir que el intérprete se quiere mostrar como un ente políticamente pasivo al momento identificar el sentido de la Constitución, es necesario que el juicio moral sea legítimo a la luz del ámbito cultural al que se ha aplicar, pues solo así se puede asegurar su plena practicabilidad, además, de ser esta una forma consistente en la que los jueces intentan empatizar con los miembros de su comunidad, pues ellos, al ser parte de esta, pueden esgrimir juicios absolutistas con mayor autoridad, respecto de algún foráneo. Por todo lo señalado es que se concluye que los postulados del objetivismo moral se manifiestan en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, si y solo si, la naturaleza de los argumentos que emanan de ella se condice con la teoría cognoscitivista de la interpretación constitucional.

Estando así las cosas, es que el juicio moral con pretensión de objetividad se transfigura en una “regla universal”, tal y como la conciben algunos los iusmoralistas, como Manuel Atienza: decisión que sea congruente con los valores de la Constitución y que genere efectos positivos en la sociedad. De esta manera, el abstraer una determinada interpretación de ordenamiento jurídico constitucional integral y exento de lagunas, genera que la decisión interpretativa se alinee con los valores de la Constitución y el traer a colación la influencia cultural de esta decisión, es otra forma de precisar que de ella solo podrán surgir eventos positivos para la sociedad.

Es importante mencionar que, desde un principio, el Tribunal Constitucional, a través de la instrumentalización de la ley – que se supone debiese estar sometida a un análisis de constitucionalidad – formula, con premeditación, el juicio moral,

con pretensión de corrección, al que debería arribar. Es por ello que, al poner énfasis, primero, en la decisión, antes que la discusión, el juicio moral objetivo tiene tendencia a la universalización, ya que sus argumentos con caracteres holísticos y culturales son lo suficientemente preponderantes - debido a la deferencia implícita al Constituyente de la que hablábamos líneas arriba - para lograr que el intérprete se adhiera a un solo consenso, en detrimento de otro. Esta es una máxima expuesta por Carlos Nino, al momento de defender su Constructivismo moral, en contraposición al realismo.

Debido a lo expuesto previamente, el proceso interpretativo del Tribunal Constitucional, con incidencia directa en las premisas del objetivismo moral, se traduce en argucias disforzadas para introducir juicios subjetivos preconcebidos. Esto es congruente con la crítica que se esboza en torno a la teoría cognitivista, según la cual, toda interpretación que se formule en torno a sus postulados estaría avalando, en el fondo, a la ideología personal del operador jurídico. Tal proceso, se resume en los siguientes ítems, a los que hemos denominado “Constantes del objetivismo moral en la justicia constitucional”

- Instrumentalización de la ley para impulsar la configuración de un juicio moral preconcebido
 - Argumentación constitucional como un fenómeno holístico y culturizante
 - La presentación de un juicio moral como una regla constitucional universable (normas constitucionales – positivas)
6. El constructivismo moral de Atienza, esbozado, por su autor, como una alternativa a los postulados del realismo moral, nos ha servido como un prototipo ideal para entender teóricamente la subjetividad que subyace a todo proceso discursivo que pretenda construir un juicio moral con pretensión de corrección, en base a la objetividad de sus razones, siendo tales gracias a determinadas exigencias procesales y sustantivas.

Sin embargo, es la determinación de la naturaleza cognoscitiva de estas razones lo que nos permite observar, ya no desde una perspectiva teórica, que la moral correcta que reviste a la decisión, de hecho, es aquella que emerge directa y arbitrariamente de los jueces. Rememoremos, pues, en este punto, que está

ampliamente comprobado que cualquier intento de visibilizar la interpretación de una regla (incluso siendo esta constitucional), a través de actos de cognición, donde el hermeneuta pareciese estar en una posición políticamente pasiva, trasluce subrepticamente la ideología personal de este.

Así, luego de realizar el ejercicio de identificar los “Elementos constantes del objetivismo moral en la justicia constitucional”, entre ellos a la argumentación constitucional vista como un fenómeno holístico y culturizante, se ha podido caer en cuenta que las decisiones que toman la forma de juicios morales con pretensión de corrección se superponen a las reglas constitucionales – positivas y a las legales – positivas. Esto, aun cuando aquellas, en realidad, se fundamenten en la moral personalísima de los jueces, influenciados, en la mayoría de los casos, por la coyuntura preeminente al tiempo en que son emitidas; entonces, aquello que acomete como moralmente correcto, en realidad, transita en su círculo de subjetividad. Tan es así, que se suele equiparar un óptimo moral relativo con un óptimo constitucional.

Es por ello que los postulados del objetivismo moral, cuando se hacen presente en procesos de inconstitucionalidad presidido por nuestro Tribunal, reformulan flagrantemente la tradicional pirámide de Kelsen, ya que la Constitución ya no estaría en la cúspide jerárquica de las normas, pues es el juez, a través de sus destrezas interpretativas – argumentativas, el que decide verdaderamente la norma estándar de validez.

Además, es de remarcar que estos juicios, al transmutarse en reglas de carácter universal, lingüísticamente, se manifiestan como si estuvieran premunidas con un contenido autónomo, prefigurado y subsistente, por lo que su evocación se realiza de modo declarativo. Si las cosas son así, estos juicios morales con pretensión de corrección tendrían la tendencia a petrificar, al menos en apariencia, las decisiones del Tribunal Constitucional. Es decir, un juicio moral, aún construido en el marco un proceso delimitado por el constructivismo moral, finalmente, redundaría en un realismo moral.

Así que, cuando concluimos teóricamente que el constructivismo, en realidad podría pasar como un realismo moral mínimo debido a la subjetividad que transitaba en ambas teorías (ver conclusión No 4), no estábamos equivocados. Sin embargo, debemos añadir, pero ya desde una visión más pragmática sobre el tema que, el constructivismo por sí solo manifiesta rasgos conductitas por la asimilación de los jueces como sujetos valoradores, pero es a través de las inconsistencias del realismo, que la direccionalidad de los argumentos puede ser tangible, ya que en mérito a ellos es que el juicio moral está imbuido de una propensión a la universalización y, por tanto, su presentación como acto del habla descansa en el núcleo mismo del realismo: arregar al juicio moral un contenido autónomo, prefigurado y subsistente, por lo que su evocación se realiza de modo declarativo.

Entonces, estos juicios morales con pretensión de corrección tendrían la tendencia a petrificar, al menos en apariencia, las decisiones del Tribunal Constitucional por cómo se exteriorizan a través de actos del habla; así que, la falibilidad, como elemento intrínseco al constructivismo de Atienza, por el que se procuraría no dogmatizar sus consensos, formaría parte de una retórica verosímil solo a nivel teórico.

7. El objetivismo moral es incompatible con la justicia constitucional en un Estado Constitucional de Derecho ya que, los jueces al establecer argumentativamente que los valores político – morales, que condicionan la validez de las normas constitucionales – jurídicas, son preexistentes, unívocos y verdaderos, demonizan posiciones políticas diferentes a las que proponen otros sectores y, por tanto, la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional se ve aún más amenazada, pues no solo estamos a merced de un conjunto de magistrados carentes de responsabilidad electoral, sino que la forma en la que exponen sus argumentos, progresivamente, está vedando la participación política de los ciudadanos. Esto es así, pues un Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por ostentar estándares mínimos de legitimidad democrática y reivindicar el derecho de participación política en condiciones de igualdad.

En consecuencia, la forma más realista de fortalecer y transformar el respaldo del Tribunal es su forma democrática, es reconstruyendo su discurso interpretativo en pro del consenso social. Empero, esta no debe estar orientada de cualquier manera, sino tratando de involucrar a los sectores institucionales más representativos, otorgándoles valor (constitucional) a sus respectivas posiciones. Así, la verdadera preocupación democrática debe estar plasmada en el intento de compatibilizar posiciones, y no en superponer, frente a cualquier norma positivizada, una opinión creada científicamente.

De ahí que el modelo de acción comunicativa que nos ofrece Jürgen Habermas parece ser el más cercano a esta propuesta, pues a través de él, cada uno de los juicios morales, presididos por los participantes del discurso, no son descartados sin más, sino que el grado de validez que procuran ostentar es legítimo. Este arquetipo debe ser reflejado en las sentencias del Tribunal Constitucional, como un ejercicio promotor de la escucha racional y efectiva, por lo que no debe presentarse como una mera condición procesal implícita del discurso.

En este marco discursivo, cabe recomendar, que el Tribunal no instrumentalice a las normas legales que ha de analizar (ni se adhiera a ninguna forma análoga a esta) para anclar sus juicios morales preconstituidos, ya que se ha comprobado que este ejercicio genera una disertación en función a opuestos irreconciliables, pues de hacerlo, el Tribunal Constitucional, en tanto se desenvuelva en torno a los postulados del objetivismo moral, estará impulsando el curso moral de la sociedad en torno a su propio narcisismo.

RECOMENDACIONES

1. Al haber señalado que, lo que nosotros denominamos “Las constantes del objetivismo moral en la justicia constitucional”, solo deben tenerse como meros indicios sobre cómo el Tribunal Constitucional, a través de su práctica argumentativa, termina introduciendo juicios subjetivos preconcebidos, resulta necesario que, en otros trabajos se constate si, en futuras sentencias de alta resonancia moral, el Tribunal recae en la misma línea discursiva y, por tanto, puede reafirmarse su calificación como objetivista moral.

Cabe señalar que, si nuestro objeto de estudio solo estuvo enfocado en dos casos, fue porque únicamente ellos reunían, al momento de plantear este el trabajo de investigación, los caracteres suficientes que los pudieran hacer trascendentes a nivel social por su revestimiento moral. Entonces, siendo tan escasas las muestras con las que tendríamos que comprobar nuestra hipótesis, es razonable el temor de incurrir en una falacia de generalización; de ahí, la recomendación esbozada en el párrafo precedente.

2. En el tercer capítulo de la investigación precisamos que el constructivismo moral ateniense, constituía una acepción del objetivismo moral que se aproximaba a la práctica jurídica de los jueces constitucionales, sobre todo en circunstancias en las que el objeto de litis ostenta un denso contenido moral que amerita ser interpretado, a fin de determinar una decisión para la controversia, como en los casos que habíamos analizado. Ello era así, pues la objetividad de la teoría recaía directamente en las razones, por estar construidas en el marco de determinadas condiciones procesales y sustantivas para arribar a un consenso contrafáctico.

Sin embargo, esta afirmación no fue construida por el contraste directo entre el constructivismo moral ateniense y los casos propiamente analizados en el trabajo de investigación; es más, su consideración tenía fines netamente teóricos, orientados a delimitar las inconsistencias del aporte de Atienza. Es por ello que, resultaría necesario que, en otros trabajos se establezca si, en efecto, el quehacer de nuestro Tribunal Constitucional se puede equiparar a este constructivismo y, por tanto, determinar si los jueces tienen conciencia, directa o indirecta, de la

irreductibilidad de las condiciones sustantivas o antropológicas (anclada a la dignidad humana) que acompañan a su práctica interpretativa en el marco de procesos de inconstitucionalidad, lo que supondría estatuirse a sí mismos como sujetos valoradores o encarnados con un poder casi absoluto para definir jerarquías o preferencias valorativas, lo cual encarnaría, por defecto, la direccionalidad subjetiva de sus decisiones.

3. Hemos concluido que el Tribunal Constitucional peruano, al desenvolverse en torno a los postulados del objetivismo moral, se adhiere a la teoría cognoscitivista de la interpretación, en el marco de su quehacer argumentativo, pues sus juicios morales con pretensión de corrección son el resultado de argucias interpretativas que lo quieren hacer pasar como el acto de descubrimiento del significado de ciertas disposiciones constitucionales; de ahí que, hayamos señalado que la línea discursiva del Tribunal pone al descubierto una deferencia indirecta al Constituyente, como si este hubiese dejado determinado, desde siempre, el significado intrínseco de tales disposiciones y, por tanto, al juez solo le quedase abocarse a su reconstrucción.

Ahora bien, en la primera parte del segundo capítulo de esta investigación, al momento de desarrollar la teoría cognoscitivista, se menciona que, en función a ella, cuando una ley se somete a un análisis de constitucionalidad, se utilizan argumentos tendentes a ser complacientes con el poder público que la expidió, por lo que existe una relación directa con la teoría del significado, según la cual se intenta reconstruir la actividad interpretativa, ya sea través de los elementos lingüísticos que conforman a la disposición legislativa o haciendo referencia a la voluntad de tal autoridad. Tal complacencia al Legislador, de acuerdo con la teoría, escondería una estratagema, enfocada a prescribir la interpretación, en función a la ideología del Legislador.

Estando así las cosas, parecería que existe una incongruencia entre la tesis planteada y lo previsto teóricamente, ya que nuestro Tribunal Constitucional, no es complaciente con Legislador, sino indirectamente con el Constituyente, pues se enfoca, como ya habíamos señalado, en dejar entrever que la interpretación de la Constitución desembocaría en normas que él habría previsto desde un inicio y,

a partir de ellas, recién se enfoca en compatibilizarlas con la norma legal cuestionada.

Esto, en modo alguno, podría desnaturalizar nuestra conclusión: El haber establecido que la teoría cognoscitivista es determinante al momento de poner al descubierto los sesgos de objetivista moral del Tribunal Constitucional peruano, pues, finalmente, señalamos que la pretensión de corrección del juicio moral es tal, entre otros, porque es el producto de un proceso de cognición que presenta un significado unívoco y preconstituido de las disposiciones constitucionales. Manteniéndose, de esta manera, la esencia de la teoría cognoscitivista, y con ella, la crítica, de acuerdo con la cual, esta estaría avalando subrepticamente la ideología del intérprete.

Lo que no obsta, dicho sea de paso, a que, en futuros trabajos de investigación, se identifiquen argumentos deferentes con el Legislador y no con el Constituyente, para visibilizar el carácter objetivista del Tribunal Constitucional.

4. Luego de haber concluido que los juicios morales con pretensión de corrección, esgrimidos por el Tribunal Constitucional peruano en su faceta de objetivista moral, se superponen en su validez a las reglas constitucionales y a las legales; se manifestó que, en función a ello, que se estaría reformulando flagrantemente la tradicional pirámide de Kelsen, pues es el juez, a través de sus destrezas interpretativas – argumentativas, el que decide verdaderamente la norma estándar de validez.

Esta contradicción kelseniana entre la teoría del orden jurídico y la teoría de la interpretación – ambas inmersas en su paradigmática obra, es un argumento que respalda al realismo jurídico y que, paradójicamente, se condice perfectamente con la tesis planteada; sin embargo, no podemos apresurarnos a afirmar que la hipótesis sostenida y comprobada, forma parte del enorme universo teórico de esa corriente filosófica pues, de ser así, no solo desviaríamos el enfoque investigativo, sino que necesitaríamos, quizás, construir un nuevo estudio.

Por tanto, es que exhortamos, a quien se interese sobre el tema, a delimitar una nueva tesis en torno a la presunta relación que existiría entre el objetivismo moral del Tribunal Constitucional peruano y el realismo jurídico.

5. El haber establecido que el modelo de acción comunicativa propuesto por Jürgen Habermas constituiría el modelo apropiado involucrar a los sectores institucionales más representativo en las sentencias del Tribunal Constitucional, si bien debe tomarse como una aseveración seria, instamos a que se promuevan investigaciones más minuciosas en torno a ella. No hemos considerado hacerlo en este espacio para no extralimitarnos del tema.
6. Hemos precisado que las decisiones del Tribunal Constitucional peruano, cuando este toma la posta en función a los postulados del objetivismo moral, se transfiguran en juicios morales con pretensión de validez, lo que supone una adherencia explícita a considerar dentro del concepto de validez del Derecho a elementos morales. Sin embargo, es necesario que se establezca la naturaleza de la relación: Derecho – Moral (conexión semántica, ontológica, normativa, justificativa, etc.) que adoptaría este órgano colegiado.

REFERENCIAS

ADRIÁN, Javier

2014 *Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial*. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.

ALEINIKOFF, Alexander

2015 *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Traducción de Jimena Aliaga Gamarra. Lima: Palestra

ATIENZA, Manuel

2021 “Ni positivismo ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”. *CAP Jurídica Central*. Quito, año 2, volumen 3, pp. 59-101.

2020 “Entrevista a Michael Troper”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, número 42, pp. 415-433. Consulta: 21 de enero del 2023.

<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0984164>

2016 “Objetivismo moral y derecho”. En *Universidad de Alicante*, pp. 1-41. Consulta: 09 de abril del 2023

<https://dfddip.ua.es/es/documentos/objetivismo-moral-y-derecho.pdf?noCache=1458554296851>

ATIENZA, Manuel y Juan GARCÍA

2021 *Debates iusfilosóficos: Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*. Lima: Palestra Editores.

BAYON, Juan

1991 *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*. Tesis presentada para la obtención del grado de Doctor. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho.

<https://repositorio.uam.es/handle/10486/4613>

BERNAL, Carlos

2011 *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra Editores.

BREA, Giorgio

2021 “El iusnaturalismo en la cosmovisión del mundo antiguo clásico griego. Comentarios al *Critón* y *Antígona*”. *Revista LP Derecho*. Lima, número 1, pp. 44-52.

BYUNG- CHUL, Han

2022 *Infocracia: la digitalización y la crisis de la democracia*. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Barcelona: Editorial Taurus

CERDIO, Jorge

2015 “Razonamiento jurídico y moral. Una breve distinción”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, número 31, pp. 35-54. Consulta: 07 de noviembre de 2022.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5231200>

COMANDUCCI, Paolo

2003 “Las conexiones entre el Derecho y la moral”. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*. Madrid, año 8, número 12, pp. 15-26

CONTRERAS, Fernando

2019 “Estudio preliminar”. En FULLER, Lon. *La moral del Derecho*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, pp. xiii- xli. Consulta: 12 de noviembre de 2022.

<https://www.ieschile.cl/wp-content/uploads/2019/07/Estudio-preliminar-La-moral-del-derecho.pdf>

DELGADO, María

2018 “El punto de vista en la Teoría del Derecho”. *Revista de Derecho (Universidad Católica del Uruguay)*. Montevideo, número 19, pp. 143-155. Consulta: 02 de agosto del 2023

[El punto de vista de la teoría del Derecho | Revista de Derecho \(ucu.edu.uy\)](http://www.ucu.edu.uy)

DWORKIN, Ronald

2017 *Una cuestión de principios*. Traducción de Victoria Boschioli. Segunda edición. Buenos Aires: Siglo veintiuno

2012 *El imperio de la justicia*. Segunda edición. Barcelona: Gedisa

FERNÁNDEZ, Diego

2009 “El juez constitucional como elemento de transformación de la Democracia”. *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 63-83. Consulta: 14 de junio del 2023.

<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/29860>

GABRIELIDIS, Graciela

2009 “Reflexiones sobre la *Antígona* de Sófocles”. *Revista Melibea*. Cuyo, volumen 3, pp. 43-50

GARCÍA, Juan

2022 “Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado Constitucional”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Granada, número 56, pp. 7-31.

2018 “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Atienza”. En TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA (editor). *Un debate sobre la ponderación*. Sucre: Unidad de Investigación del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, pp. 43-118.

GUASTINI, Riccardo

2014a “Releyendo a Hart”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, número 37, pp. 99-110

2014b *Interpretar y argumentar*. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

1999 *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México

HABERMAS, Jürgen

1988a *Teoría de la acción comunicativa*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Dos volúmenes. Bueno Aires: Taurus

1988b “Entrevista a H. L. A. Hart”. En *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*.

HART, Herbert

- 1994 “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Grupo Grijalob – Mondadori, pp. 327-352
- 1961 *El concepto de derecho*. Traducción de Geraro R. Carrio. Bueno Aires: Abeledo – Perrot

HOPSTER, Joroen

- 2017 “Two Accounts of Moral Objectivity: from Attitude-Independence to Stanspoint-Invariance”. *Ethical Theory and Moral Practice*. York, número 20, pp. 763-780

JIMÉNEZ, Alicia

- 2021 *La moral del Derecho. Una lectura de Lon. L. Fuller*. Tesis para optar el grado en Derecho. Valladolid: Universidad de Valladolid.

KELSEN, Hans

- 1982 *Teoría pura del Derecho*. Traducción de Roberto J. Vernengo. Segunda edición. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis

- 1953 “La obligatoriedad jurídica”. *Anuario de filosofía del Derecho*. Madrid, número 1, pp. 5-90. Consulta: 20 de setiembre de 2022.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057148>

MACCORMICK, Neil

- 2021 *La razón práctica en el Derecho y la moral*. Traducción de José Ángel Gascón Salvador. Dieciocho volúmenes. Lima: Palestra Editores
- 2010 *H.L.A. Hart*. Traducción de Juan Manuel Pérez Bermejo. Madrid: Marcial Pons

- 1999 “Retórica y Derecho”. *Isegoría*. Madrid, número 21, pp. 5-21. Consulta: 12 de diciembre del 2022
<https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/74/74>
- MAURI, Margarita y María ELTON
- 2017 “Autoridad moral y obediencia”. *Tópicos, Revista de Filosofía*. México D.F., número 52, pp. 355-374
- MISSERI, Lucas
- 2023 “ Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo constructivismo metaético y dignidad humana”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, número 46, pp. 297-319. Consulta: 11 de abril del 2023
<https://www.researchgate.net/publication/369452753>
- MORESO, Josep
- 2020 “La incorporación de la moral en el razonamiento judicial”. En *Academia*. Consulta: 4 de noviembre del 2022
https://www.academia.edu/35877988/LA_INCORPORACION_DE_LA_MORAL_EN_EL_RAZONAMIENTO_JUDICIAL
- 2015 “Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral”. En DEL LLANO, Hermida; José SANTOS y OLLERO, Andrés. *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Madrid: Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones. Departamento de Publicaciones : Universidad Rey Juan Carlos, pp. 67-82
- 2002 “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”. En *Eva. Facultad de Derecho. Udelar*. Consulta: 21 de noviembre de 2022

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HOzvEHXzi3IJ:https://eva.fder.udelar.edu.uy/pluginfile.php/71414/mod_folder/content/0/Moreso%2520%25282%2529.pdf%3Fforcedownload%3D1&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe

NINO, Carlos

1988 “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”. *Doxa*. Alicante, número 5, pp. 87-105

SAVIGNY, Friedrich Karl Von

1878 *Sistema del Derecho Romano actual*. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Dos volúmenes. Madrid: F. Góngora y Compañía

SÓFOCLES

1981 “Antígona”. *Tragedias*. Madrid: Editorial Gredos, pp. 240-299.

SOTOMAYOR, José

2021 *Argumentación jurídica: una introducción*. Lima: Zela

“Apuntes históricos, conceptuales y jurisprudenciales sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales”. *La Constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 23-52. Consulta: 28 de julio del 2023.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/176296>

PINTO, José

2003 *La Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy*. Tesis para obtener el Grado de Doctor en Derecho. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política

PLATÓN

1971 “Critón”. *Obras completas*: Madrid: Patricio de Azcárate, pp.87-110

PRIETO, Luis

2018 *Constitucionalismo y Positivismo*. Lima: Palestra Editores

QUISPE, Carlos

2017 “Una aproximación a las teorías de la interpretación de la Constitución”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 48, pp. 121-143. Consulta: 9 de octubre del 2023

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18979>

RAMÍREZ, Braulio

1984 “Teoría General y Filosofía del Derecho”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D.F., número 50, pp. 348-357. Consulta: 30 de enero del 2023

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/viewFile/2711/2967>

RAZ, Joseph

1985 *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*. Segunda edición México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México

REQUENA, Alejandra

2016 *La moralidad interna del Derecho de Lon Fuller como moral procedimental*. Tesis para optar el título de abogado. Piura: Universidad de Piura.

TROPER, Michel

2014 “Michel Troper (Nanterre)”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, número 1, pp. 251-252. Consulta: 21 de enero del 2023.
<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcxm070>

2005 “El poder judicial y la democracia”. *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Alicante, número 18, pp. 47-75 . Consulta: 21 de enero del 2023.
<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcw09g0>

WALDRON, Jeremy

2018 “Control de Constitucionalidad y Legitimidad Democrática”. *Dikaion*. Colombia, volumen 27, número 1, pp- 7-28.

ZAFFARONI, Eugenio R.

2011 *La Pachamama y el humano* . Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones de Madres de Plaza Mayo.

SENTENCIAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2020a Expediente 0002-2019-PI/TC. Sentencia: 09 de julio de 2020.

2020b Expediente 0022-2018-PI/TC. Razón de relatoría: 09 de marzo del 2020.