

La presente obra invita al lector a cuestionar y reflexionar de manera crítica sobre la elevada función que tienen los jueces en los Estados Constitucionales de Iberoamérica desde un enfoque de la argumentación jurídica. En el libro se abordan temas relacionados con la ética judicial de manera transversal, tales como la cortesía judicial, la equidad y la responsabilidad social e institucional que tienen los jueces frente a la sociedad. El Código Iberoamericano de Ética Judicial ha sido en la última década un punto de partida de mínimos para construir un mismo lenguaje en Iberoamérica sobre aquellos contenidos necesarios para que la judicatura recupere la credibilidad que ha perdido en los últimos años ante la sociedad. En tal sentido, se propone redimensionar y reconfigurar los modelos deónticos bajo los cuales funciona en la actualidad, y además, replantear los antiguos esquemas argumentativos a través de los cuales la justicia constitucional dota de sentido a los valores constitucionales que son el punto de partida para la construcción de los Estados Democráticos modernos.

*Dykinson, S.L.*



ÉTICA JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA José Luis Leal Espinoza y Rogelio López Sánchez

UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA  
DE COAHUILA

*Dykinson, S.L.*



JOSÉ LUIS LEAL ESPINOZA  
ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

## ÉTICA JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA



Dr. Rogelio López Sánchez. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Jaén, España (Summa Cum Laude). Premio Iberoamericano de Ética Judicial en 2015, otorgado por la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ha sido becario del Aula Judicial Iberoamericana por el Poder Judicial de España y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel I y Perfil PRODEP. Su línea de investigación se centra en la argumentación jurídica y los Derechos Humanos.

Dr. José Luis Leal Espinoza. Doctor en Filosofía (PhD) (Summa Cum Laude) con especialidad en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Alicante, España. Actualmente es Profesor Investigador Titular «C» y Coordinador del Posgrado e Investigación en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Coahuila. Perfil PRODEP, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, y miembro numerario del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales, España. Su línea de investigación es el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos. Actualmente es asesor parlamentario del H. Congreso de la Unión (México).





# ÉTICA JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA



**José Luis Leal Espinoza**  
**Rogelio López Sánchez**

# ÉTICA JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA



*Dykinson, S.L.*



No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) o por teléfono en el 91 702 19 70/93 272 04 07.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.

Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienessomos](http://www.dykinson.com/quienessomos)

DR 2019 Universidad Autónoma de Coahuila.  
Impreso con recurso del Programa de Fortalecimiento de la Calidad Educativa.

© Copyright by  
José Luis Leal Espinoza y Rogelio López Sánchez  
Madrid

Editorial DYKINSON, S. L. - Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfonos (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN:  
Depósito legal:

*Preimpresión e Impresión:*  
SAFEKAT, S.L.  
Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K, y L - 28021 Madrid  
[www.safekat.com](http://www.safekat.com)

## ÍNDICE

<b>Prólogo</b> .....	13
<b>Introducción</b> .....	17

### **Capítulo 3** **LA CORTESÍA COMO PRINCIPIO EN LA ÉTICA** **JUDICIAL PARA LA COMUNICACIÓN EFICAZ** **DE LAS DECISIONES**

Introducción .....	21
3. Los orígenes de la cortesía a partir de la visión helénica y medieval .....	28
4. La dimensión pragmática de la cortesía en el ámbito de la teoría del discurso judicial .....	33
5. Simbiosis entre cortesía judicial y dignidad: claves para el reconocimiento de la autonomía personal y el auditorio receptor del discurso judicial .....	42

6. Los desafíos de la cortesía judicial en la magistratura constitucional .....	51
---	----

**Capítulo 4**  
**RESPONSABILIDAD SOCIAL E INSTITUCIONAL**  
**DEL JUEZ CONSTITUCIONAL ANTE EL DÉFICIT**  
**DE CREDIBILIDAD INSTITUCIONAL**

Introducción .....	55
3. La labor del juez constitucional a partir de la segunda posguerra .....	59
4. El nuevo constitucionalismo de principios y valores .....	64
5. El modelo de juez constitucional del siglo XXI: defensor de valores y principios .....	69
6. La función hermenéutica del juez en la concreción de principios .....	73
7. Las facetas de la responsabilidad institucional en la magistratura y el compromiso del juez ante la sociedad .....	87
8. La responsabilidad judicial en el marco del derecho fundamental de acceso a la justicia .....	88
9. El autogobierno judicial: la gestión de recursos y la responsabilidad civil y administrativa .....	92

**Capítulo 5**  
**JUSTICIA Y EQUIDAD COMO VALORES**  
**ESENCIALES EN LA ÉTICA JUDICIAL**

Introducción .....	99
3. El positivismo jurídico reformulado: simbiosis entre derecho y moral .....	102

4. Justicia y equidad a través de los derechos fundamentales .	108
5. Desafíos de la justicia constitucional: la concreción de los valores superiores .....	117
6. Hermenéutica constitucional para la superación del formalismo jurídico .....	125
<b>Conclusiones</b> .....	133
<b>Bibliografía</b> .....	137



## AGRADECIMIENTOS

A L.. G.. D.. G.. A.. D.. U..

Agradecemos enteramente a la Universidad Autónoma de Coahuila, por conducto de su Rector, el Ingeniero Salvador Hernández Vélez, así como al Director de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, el Lic. Juan Carlos Hernández Cruz, ejemplos y pilares de estos procesos de transparencia que deben existir en los espacios universitarios, a fin de fortalecer los procesos deliberativos y democráticos de cambio, que siempre nacen en nuestras instituciones públicas. Sinceramente, nos congratulamos por su apoyo, amistad y compromiso de valorar los proyectos académicos como éste.



## PRÓLOGO

Es para mí un honor corresponder a la invitación a prologar este libro que me hacen sus autores, los juristas mexicanos Dr. Rogelio López Sánchez y Dr. José Luís Leal Espinosa. La obra *Ética judicial en Iberoamérica: una aproximación desde la argumentación jurídica*, coedición de la editorial española de textos jurídicos Dykinson y de la Universidad mexicana Universidad Autónoma de Coahuila, hay que valorarla muy positivamente y por muchas razones.

Se trata de un texto de vocación iberoamericana, lo cual es de alabar por todo lo que compartimos, en relación al Derecho y sus categorías, los sistemas jurídicos de España, Portugal y América Latina. Es más, la reflexión que contiene el libro puede perfectamente extenderse a los ordenamientos jurídicos no sólo de América Latina, España y Portugal, sino de toda Europa continental. Y, de hecho, la obra está llena de ricas referencias mayormente al Derecho y jurisprudencia de México, Colombia, España y Alemania.

El libro que nos muestran aquí los autores, muy bien elaborado, consiste principalmente en una defensa de la labor del *juez constitucional*, de la legitimación de sus decisiones antes los justiciables y ante el auditorio que en general significa la sociedad civil y las insti-

tuciones. Defensa, que se articula en estas páginas a través de cómo ha de incidir la ética judicial en la argumentación jurídica que ha de llevar a cabo el juez que nos ha traído el constitucionalismo contemporáneo. En este sentido, el Código Iberoamericano de Ética Judicial (CIEJ) plasma los principios básicos de la función judicial –abordados en la obra en cada uno de sus capítulos–, tales como la cortesía (judicial), la responsabilidad social e institucional del juez o la justicia y la equidad como valores esenciales de esta clase de ética. Estos principios, que tienen como destinatario al auditorio receptor de la resolución judicial (demás jueces, partes en el caso, sociedad e instituciones), persiguen que se entienda mejor la decisión adoptada en la sentencia y que la justicia sea mejor percibida.

Por supuesto, los principios de la ética judicial son predicables de toda la labor cotidiana del juez, pero especialmente importante es que dichos principios se hagan presentes cuando este operador jurídico se enfrenta a la resolución de *casos difíciles*, con frecuencia sometidos a la tensión entre el principio democrático y la supremacía constitucional, que no es sino la crítica que se hace desde el argumento contra mayoritario, que aún mira con nostalgia al viejo paradigma del juez legalista –todavía muy arraigado en nuestros ordenamientos jurídicos y sobre todo en la mentalidad de los juristas–, según la cual unos pocos (los jueces) no pueden tomar las decisiones que nos tocan a todos (despenalización del aborto, eutanasia, matrimonio igualitario y adopción entre personas del mismo sexo, eficacia y justiciabilidad de los derechos sociales, etc.).

La anterior crítica conlleva con frecuencia asumir (consciente o inconscientemente) la supremacía sin paliativos del legislador ordinario frente a los jueces e incluso frente a la Constitución. Olvidándose, de que la legitimación de los jueces para decidir sobre las cuestiones mencionadas y otras, proviene de la faceta democrática de la justicia, recogida como tal en el texto constitucional. No tiene el juez constitucional una labor auto-asignada sino, muy al contrario, enco-

mendada nada más y nada menos que por la mismísima Constitución. ¿Cómo se puede poner entonces en duda? Poner en duda la labor del juez constitucional en el fondo no es sino cuestionar la propia Constitución, sentir nostalgia por los viejos tiempos del legalismo en los que se gobernaba el Estado de Derecho desde la legislación (ordinaria), no sujeta a límites, y no desde una Constitución normativa como norma superior del ordenamiento jurídico, cuyos valores, principios y derechos condicionan la actividad legislativa.

En síntesis, estamos ante un libro muy recomendable para cualquier jurista e investigador interesado en el conocimiento y profundización del rol de los jueces en el Estado Constitucional y de los principios de ética judicial por los que ha de orientarse su labor argumentativa ante los justiciables y ante la sociedad y sus instituciones. Felicidades a los autores.

Prof. Dr. J. Alberto del Real Alcalá,  
*Catedrático acreditado de Filosofía del Derecho*  
*Universidad de Jaén, España*  
Ciudad de Jaén, mayo de 2019.



## INTRODUCCIÓN

La presente obra titulada: **Ética judicial en Iberoamérica: una aproximación desde** la argumentación jurídica, tiene como firme propósito entablar un diálogo académico e institucional acerca de una de las temáticas más apasionantes en el mundo de la ciencia jurídica: la ética judicial y sus implicaciones en la labor que llevan a cabo los jueces constitucionales. A nivel Iberoamérica, es emblemático el **Código Iberoamericano de Ética Judicial como un documento preliminar y pionero en el cual se consagran los principios básicos** de la función judicial, además de ser un referente para muchos operadores jurídicos. Este libro nace precisamente de la necesidad de debatir en el seno de nuestros Estados Democráticos la evolución que han tenido estos principios en la función que llevan a cabo los jueces en su actividad cotidiana.

El primer capítulo se titula: La cortesía como principio en la ética judicial para la comunicación eficaz de las decisiones. En este sentido, el tema de la cortesía es uno de los principios éticos escasamente explorados en estudios judiciales especializados de tradición romano-germana; no obstante, su dimensión ética y psicosocial es importante para entender los actuales fenómenos de incomprensión

hacia el Poder Judicial en Iberoamérica. Este problema complejo necesita ser replanteado desde una óptica interdisciplinaria, plural y crítica, que permita a los jueces comunicar eficazmente a la sociedad el conocimiento generado, así como las distintas interpretaciones que los mismos hacen de la realidad.

Por tal motivo, en dicho capítulo se examina la dimensión psicosocial de la cortesía a partir de distintas categorías que han sido explicitadas por los paradigmas de mayor adhesión dentro de la pragmática, siguiendo en este sentido el modelo de Brown y Levinson, quienes han perfeccionado de manera clara y precisa los elementos antagónicos de esta figura (descortesía). Expuesto lo anterior, se moviliza este concepto para configurar un modelo de cortesía judicial desde distintas teorías jurídicas del discurso y tópica judicial de algunos de sus principales exponentes como Robert Alexy, Jürgen Habermas y Chaim Perelman.

El siguiente capítulo tiene como propósito realizar una revisión histórica sobre la conexión entre derecho y moral, con el fin de sustraer de la misma los elementos comunes que son traídos en la actualidad para justificar el apego o desapego de las normas a la ética, ya sea una visión atenuada o reforzada, de ahí que la mayor parte del tiempo dicha conexión sea invisible, pero que siempre dota y fundamenta axiológicamente las decisiones judiciales. Hoy en día, el desafío más grande que tiene la jurisdicción constitucional en la actualidad es la concreción de los valores, contenidos no sólo en los textos fundamentales, sino en el propio Derecho Internacional. Dar efectividad al derecho a través de la justicia y la equidad es la mejor fórmula que tiene el Juez Constitucional, no sólo porque las normas son vigentes o satisfacen determinado criterio de validez formal, sino por las «razones en las que ellas se fundamentan».

En la última parte del libro se aborda el tema de la responsabilidad social e institucional que tiene la judicatura frente a la sociedad. En este sentido, se parte de la línea de pensamiento del jurista Karl

Loewenstein, quien defendió una de las tesis más sólidas sobre la independencia que debe guardar el Poder Judicial frente al Gobierno. En este sentido, se analizan los tres modelos principales en torno al autogobierno judicial: externo, interno e institucional.

De acuerdo al modelo externo, la administración y gestión está a cargo de órganos no integrados al Poder Judicial. Por otra parte, el modelo interno atribuye las decisiones de la materia, a los mismos órganos jurisdiccionales. Finalmente el institucional, encomienda el gobierno del Poder Judicial a órganos creados *ex professo* por el legislador para ese efecto. En tal sentido, el modelo español y mexicano, con el Consejo General del Poder Judicial (España) y el Consejo de la Judicatura Federal (México) forman parte de este último paradigma. A pesar de los enormes esfuerzos que se realizan en Iberoamérica para concientizar sobre la responsabilidad patrimonial en las anomalías relacionadas con la administración de justicia, aún existen naciones como México, donde se ha comenzado tarde en la construcción de instrumentos judiciales para solicitar la reparación de los daños ocasionados por una deficiente administración de justicia.

Ello a diferencia de naciones como Colombia, la cual que ha tenido un avance bastante notable, o Argentina, que a pesar de no contar con una legislación expresa, la evolución jurisprudencial es considerable en lo concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado, así como algunas anomalías derivadas de una mala administración de justicia. En sentido contrario, desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa, el Poder Judicial de la Federación en México cuenta con una destacada línea de precedentes y criterios orientativos para el correcto desempeño de la función judicial, destacando los precedentes en materia Disciplinaria, emitidos por el Consejo de la Judicatura Federal.

Este libro invita al lector a cuestionar y reflexionar de manera crítica sobre la elevada función que tienen los jueces en nuestros Estados Constitucionales en Iberoamérica, desde un enfoque de la

argumentación jurídica. Esperemos que esta obra sea un aliciente y represente una contribución digna de ser debatida en los círculos especializados de la función judicial y la doctrina jurídica.

Agradecemos enteramente a la Universidad Autónoma de Coahuila, por conducto de su Rector, el Ingeniero Salvador Hernández Vélez, así como al Director de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, el Lic. Juan Carlos Hernández Cruz, por su patrocinio y liderazgo al apoyar de manera decidida el proyecto que el lector tiene en sus manos. De igual forma, agradecemos a nuestro equipo de trabajo por preparar este proyecto editorial, y a nuestras familias, quienes son parte esencial de este proyecto profesional.

Mayo 2019

José Luis Leal Espinoza  
Rogelio López Sánchez

## Capítulo 1

# LA CORTESÍA COMO PRINCIPIO EN LA ÉTICA JUDICIAL PARA LA COMUNICACIÓN EFICAZ DE LAS DECISIONES

### Introducción

La cortesía es uno de los principios éticos escasamente explorados en estudios judiciales especializados de tradición romano-germana;<sup>1</sup> no

---

<sup>1</sup> En el contexto anglosajón: KURZON, Dennis, «The politeness of judges: American and English judicial behavior», en *Journal of Pragmatics*, Vol. 33, 1a ed., Enero 2001, Elsevier, pp. 61-85. KRYK-KASTOVSKY, B. «Impoliteness in Early Modern English courtroom discourse» en *Journal of Historical Pragmatics*, vol. 7, 2a ed., 2006, pp. 213-243; ARCHER, Dawn, «Facework and im/politeness across legal contexts: An introduction» en *Journal of Politeness Research*, vol. 7, 2011, pp. 1-19; PENMAN, Robyn, «Facework & Politeness: Multiple Goals in Courtroom Discourse» en *Journal of Language and Social Psychology*, Vol. 9, Marzo 1990, pp.15-38; CASHION, Joan L., «Politeness in Courtroom Language», Ponencia presentada en la Reunión annual de Western Speech Communication Association, Fresno, California, Febrero 16, 1985, 22 pp.; por su parte, en el mundo jurídico continental europeo destacan abordando directa o indirectamente el tema: CAZORLA PRIETO, L. M., *El lenguaje jurídico actual*, Thompson Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2007; NIETO, Alejandro y GORDI-

obstante, su dimensión ética y psicosocial es importante para entender los actuales fenómenos de incompreensión hacia el Poder Judicial en Iberoamérica.<sup>2</sup> Este problema complejo necesita ser replanteado desde una óptica interdisciplinaria, plural y crítica, que permita a los jueces comunicar eficazmente a la sociedad el conocimiento generado, así como las distintas interpretaciones que los mismos hacen de la realidad.

Cada sociedad decide establecer un conjunto de pautas sociales (convencionales), con el propósito de regular el comportamiento adecuado de sus miembros, prohibiendo algunas formas de conducta y favoreciendo otras,<sup>3</sup> con la pretensión de reducir la fricción en las interacciones personales.<sup>4</sup> La cortesía como principio, forma par-

---

LLO, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003, especialmente capítulo VI; ALCARAZ VARÓ, Enrique, «La lingüística legal: el uso, el abuso y la manipulación del lenguaje jurídico», en TURELL, M. Teresa (ed.), *Lingüística forense, lengua y derecho: conceptos, métodos y aplicaciones*, Institut Universitari de Lingüística Aplicada. Universitat Pompeu Fabra; Documenta Universitaria, Barcelona, 2005, pp. 49-66.

<sup>2</sup> El Informe Global de la Corrupción (2007) reveló que América Latina tiene los niveles más bajos de confianza en el Poder Judicial, el 73% de los encuestados en diez países en este continente manifestaron que este Poder era corrupto. Sin embargo, en México, el Estudio de opinión sobre la satisfacción de los usuarios de justicia ofrecido por los órganos de impartición de justicia reveló que el 85% de los entrevistados reportó haber recibido un trato con dignidad y respeto. Así mismo, la calificación que recibió el principio de oralidad (que los datos sean públicos y claros, en un lenguaje que la gente les pueda entender) recibió 8.3 sobre 10. No obstante, gran parte de los encuestados muestran un desconocimiento sobre el funcionamiento del Poder Judicial. Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ)-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2010, pp. 115 y 121; Por su parte, en España, las encuestas sobre percepción de la administración de justicia, el porcentaje de ciudadanos que creen que la administración de justicia es mala o muy mala es el 40%. *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2005, p. 145.

<sup>3</sup> ESCANDELL VIDAL, M. Victoria, *Introducción a la pragmática*, Ariel, Madrid, 2006, p. 136.

<sup>4</sup> LAKOFF, R. «Language and Women's Place», en *Language in Society*, Vol. 2, No. 1, Abril, Nueva York, 1975, p. 64.

te del objeto formal de la ética judicial, éste último es definido por el distinguido jurista Rodolfo Luis Vigo como aquello que «estudia al juez desde la perspectiva del bien, o sea, de su perfección o plenitud, como también de aquellos que se benefician o padecen la presencia de esa perfección en el quehacer judicial.»<sup>5</sup> Sin duda, hace referencia al juez que busca la plenitud en contraposición a la mediocridad, a través del ejercicio de las virtudes como complemento de sus habilidades técnicas para resolver problemas concretos.

En este contexto, nuestras sociedades son multiculturales, complejas, contradictorias, con intereses difíciles de conciliar. Es necesario un ejercicio hermenéutico de comprensión amplio, crítico, integral y dinámico, que deje de lado los formalismos y abra nuevos horizontes de sentido para comprender mejor la realidad y los complejos fenómenos sociales que se presentan ante el mismo. Además, es importante recuperar tradiciones iusfilosóficas como las del distinguido profesor Luis Recasens Siches, quien planteó la tesis del derecho como «vida humana objetivada». Este realismo jurídico permite examinar el fenómeno jurídico desde un esquema más flexible y dinámico.<sup>6</sup>

Luego entonces, el modelo de Juez Hércules que toma los derechos en serio y continúa por el imperio del derecho, a partir de los «hard cases» (casos difíciles), está obligado siempre a encontrar una respuesta correcta, bajo la tesis de completitud del sistema jurídico.<sup>7</sup> El quid de la cuestión no debe reducirse al aspecto mecanicista de satisfacer los principios procesales y de fondo en sus decisiones (motivación), también debe ponerse especial atención en la percepción

---

<sup>5</sup> VIGO, Rodolfo Luis, *Ética y responsabilidad judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 29.

<sup>6</sup> SICHES, Luis Recasens, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2008, p. 108.

<sup>7</sup> BIX, Bryan, *Law, Language and legal determinacy*, Clarendonn Press, Oxford University Press, New York, p. 19.

que tiene una sociedad acerca de, si sus jueces son realmente capaces de tener empatía con los valores y principios que ellos sienten propios; todo ello, sin perder en ningún momento la objetividad, que vuelve esto todavía más complejo.

Por lo anterior, se emplea un método interdisciplinario que sea útil y práctico en el ámbito de la ética judicial, pero que además, no se limite a la enunciación o retórica de principios (que solamente serviría de ornamento en las instituciones judiciales). Bien ha precisado la distinguida filósofa Adela Cortina: «sin la capacidad para estimar el valor de la justicia ni siquiera importa que una norma sea justa; sin capacidad de estimar a los demás interlocutores como valiosos, la justicia de las normas que deberían estar a su servicio es irrelevante».<sup>8</sup>

La citada filósofa formula una crítica devastadora en contra de ese analfabetismo moral de quienes son incapaces de apreciar los valores que permiten acondicionar la vida de otros. Los jueces en su apostolado de la justicia, deben estar conscientes de ello, no bastan los conocimientos y la técnica, el derecho está enmarcado en un proceso discursivo, racional y deliberativo que les exige sensibilidad para comprender fenómenos sociales complejos donde están inmersos valores de una comunidad determinada, la cortesía es una valiosa herramienta que permite alcanzar dicho propósito.

La cortesía es un término acuñado durante la época medieval, en las grandes Cortes como la de Aragón, León, Castilla, Navarra, entre otras. Se denominaba «cortezanos» a quienes acudían a la Corte y guardaban el decoro en la misma, generalmente eran nobles ligados a un determinado reino. Por ello, se distinguía entre cortezanos y plebeyos, éstos últimos quienes vivían en campo o en la urbe y no tenían posibilidad de acceder a la Corte; mientras que los primeros, gozaban de una mejor educación y nivel de vida.

<sup>8</sup> CORTINA, Adela, *Justicia cordial*, Trotta, Madrid, 2010, p. 17.

Del mismo modo, el concepto de cortesía se encuentra influenciado enormemente por la filosofía helénica y romana. Jaeger distingue seis componentes básicos de la misma (considerados en sí mismos como virtudes): disciplina, mansuetudo («mansedad», lo contrario a la ira o venganza), clementia (clemencia), affabilitas (afabilidad), decorum (decoro) y facetia (ingenio);<sup>9</sup> estas cualidades encuentran su fundamento en la filosofía romana, principalmente en los trabajos de Cicerón relacionados con las virtudes del hombre en el Estado,<sup>10</sup> así como el mismo Aristóteles en sus distintos tratados sobre Ética;<sup>11</sup> esta tradición fue recuperada en los escritos escolásticos medievales, principalmente a partir de la templanza como parte de las virtudes bajo las cuales eran educados los ciudadanos en la antigüedad.<sup>12</sup>

El concepto moderno de cortesía proviene de dos tradiciones fundamentales: la helénico-romana y la medieval. Si bien, es muy importante analizar y replantear los estudios de filosofía política y ética que existen sobre el objeto de estudio, es preciso destacar los avances alcanzados dentro de la psicología social y psicogenética, que entienden a la cortesía como un fenómeno socioprogramático que condiciona el éxito o el fracaso de la comunicación verbal o no verbal.

En la primera sección de este trabajo se explicará el paradigma de la cortesía construido en el Medioevo, a partir de la influencia helénica y romana. Para ello, detallaré la dimensión axiológica de las virtudes pregonadas por la formación cívica y ética de la antigua

---

<sup>9</sup> JAEGER, C. Stephen, *The Origins of Courtliness (Civilizing Trends and the Formation of Courtly Ideals 939-1210)*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 150.

<sup>10</sup> Cicerón, Marco Tulio, *Sobre los deberes*, Alianza Editorial, Madrid, 2006.

<sup>11</sup> Aristóteles, *Ética Nicomaquea (Ética eudemia)*, Gredos, Madrid, 1985.

<sup>12</sup> JAEGER, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 1996, pp. 36-37.

Grecia hasta llegar al modelo medieval cortesano, defensor de la templanza como virtud. Expuesto lo anterior, movilizaré estos paradigmas para crear un concepto contemporáneo de cortesía que sea útil y pertinente dentro de la disciplina judicial.

Posteriormente se realizará un acercamiento a la dimensión psicosocial de la cortesía a partir de distintas categorías que han sido explicitadas por los paradigmas de mayor adhesión dentro de la pragmática,<sup>13</sup> apegándonos al modelo de Brown y Levinson, quienes han perfeccionado de manera clara y precisa los elementos antagónicos de esta figura (descortesía).<sup>14</sup> Expuesto lo anterior, se movilizará este concepto para configurar un modelo de cortesía judicial desde distintas teorías jurídicas del discurso y tónica judicial de algunos de sus principales exponentes como Robert Alexy, Jürgen Habermas y Chaim Perelman.

Con lo expuesto previamente, quiero dejar en claro que la intención es desarrollar interdisciplinariamente la cortesía judicial, con el objeto de no soslayar ningún aspecto que resulte trascendental en el discurso jurídico. El aspecto comunicacional en el derecho resulta de especial importancia, sobre todo, cuando de manera práctica podemos evidenciar las anomalías y defectos existentes de los Tribunales Constitucionales y jueces desde el momento en que tratan de causar en los justiciables un sentimiento de adhesión hacia sus decisiones, pero sobre todo, cuando la sociedad no siente como propios los valores defendidos por estas instituciones.

De este modo, otro punto de especial relevancia relacionado con la cordialidad es el valor de la dignidad de la persona humana. Una de las propuestas más ambiciosas dentro de la ética es la razón cor-

---

<sup>13</sup> La pragmática es entendida por la Real Academia Española como: «disciplina que estudia el lenguaje en su relación con los usuarios y las circunstancias de la comunicación», 22, ed., Madrid, 2001.

<sup>14</sup> BROWN, p. y LEVINSON, S.C., *Politeness. Some Universal in Language Use*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.

dial, en la que se afirma la necesidad de reconocimiento recíproco de las personas como seres humanos dotados de competencia comunicativa, a partir de su autonomía.<sup>15</sup> Por este motivo, es pertinente analizar el valor de la cordialidad desde la óptica de la dignidad humana, ampliamente reconocida por los Tribunales Constitucionales de mayor prestigio, Constituciones y Declaraciones de Derechos en el mundo.

Como justificación de lo anterior, se han seleccionado dos precedentes judiciales que me han parecido atractivos para ilustrar la imagen positiva y negativa que puede dar una institución judicial en los procesos discursivo-jurídicos; el primer asunto aborda la práctica de la circuncisión tomada recientemente por un Tribunal en la ciudad de Köln, Alemania, misma que fue recibida con encono y animadversión por las comunidades judía y musulmana de Europa (revocada posteriormente mediante una reforma legislativa);<sup>16</sup> así como la sentencia relativa al juicio en contra de los crímenes del pasado durante la dictadura de Augusto Pinochet, dictada por el organismo regional interamericano, la cual fue recibida con beneplácito en gran sector de la población de aquel país.<sup>17</sup>

Tal y como se puede advertir, los dos casos elegidos son emblemáticos, ya que representan situaciones coyunturales y difíciles de conciliar por los intereses en conflicto. Algunos de los jueces que resolvieron fueron ampliamente criticados por su falta de sensibilidad y apego hacia los valores y principios (compartidos por la comunidad) que inicialmente ellos mismos decían defender. La clave en este escenario, reside en plantear un estado de la cuestión sobre el principio de la cortesía judicial cuando un juez constitucional se

---

<sup>15</sup> CORTINA, Adela, *Ética de la razón cordial* (Educar en la ciudadanía en el siglo XXI), Nobel, Oviedo, 2007, p. 22.

<sup>16</sup> Wa. 151 Ns 169/11. Tribunal Regional de Köln, 7 de mayo de 2012.

<sup>17</sup> SCIDH: Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

enfrenta a un caso difícil, con el propósito de desarrollar mejores estrategias a partir del plano ético y pragmático que permita entender mejor a los justiciables la interpretación de la realidad contenida en sus decisiones, y así, conseguir mejores percepciones sobre la labor judicial.

Conforme con lo anterior, se presentará a la postre, los principales desafíos que plantea la cortesía judicial a la magistratura desde diversos planos de análisis. La perfección del juez sólo es posible mediante la praxis cotidiana de los valores que enuncian los Códigos de Ética. No cabe duda que ante escenarios cada vez más complejos, la judicatura es desafiada constantemente, los grados de exigencia no se limitan al grado de capacitación o conocimientos para resolver asuntos, sino también en las virtudes que deben ser practicadas como seres humanos y que desde la antigüedad, eran consideradas imprescindibles en la formación cívica, ética y espiritual del ser humano.

## **1. Los orígenes de la cortesía a partir de la visión helénica y medieval**

Los orígenes de la cortesía como objeto de estudio en las ciencias sociales inician con el destacado pensador C. Stephen Jaeger, quien fue inspirado por los descubrimientos realizados por el alemán Norbert Elías, relacionados con el proceso de civilización. En este apartado se desarrollará el tema de la cortesía como un principio fundamental formulado durante la época helénica y medieval, adecuando un concepto a la época actual al final de esta sección.

El modelo griego educativo (Paideia) representa el primer intento en la historia de la humanidad por conjugar el ideal formativo espiritual y técnico, sobre cualidades morales (virtudes), formulado en sus inicios como la «areté» (excelencia), cuyos destinatarios eran

principalmente la nobleza.<sup>18</sup> La formación del ciudadano debía comprender aquellas habilidades que le permitieran desempeñarse integralmente a través de la enseñanza de disciplinas como: retórica, literatura, matemáticas, filosofía, arte, música, entre otras.

Tres de los autores más representativos de esta tradición son Sócrates, Platón y Aristóteles. El primer filósofo pregonaba sobre el dominio de nosotros mismos a partir de las virtudes, cuestionando constantemente si estas podían ser enseñadas.<sup>19</sup> Posteriormente, el autor de *La República* expone que el individuo debe producir por sí mismo el saber y la virtud como conocimiento (sabiduría, valentía, templanza y justicia).<sup>20</sup> Por su parte, el filósofo estagirita describe en su libro *Ética Nicomaquea*, que las virtudes éticas (valentía, moderación, mansedumbre, magnificencia) son necesarias para dominar la parte irracional del hombre, mismas que son adquiridas a través de la costumbre o el hábito.<sup>21</sup>

Uno de los estudios más completos sobre las virtudes del hombre en relación al Estado, se encuentra en el famoso *De officiis* (*Sobre los deberes*, o *De oficios*) de Cicerón, esta es una de las obras más representativas y de contenido filosófico profundo dirigidas al ámbito de la función pública.<sup>22</sup> En ella están plasmadas las cualidades del hombre: prudencia, justicia y fortaleza. Las reglas para quienes adminis-

---

<sup>18</sup> JAEGER, Werner, *La Paideia: los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 1996, p. 21

<sup>19</sup> Platón, *Diálogos II (Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo)*, Gredos, Madrid, 1987, p. 275; HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre historia de la filosofía*, Tomo II, FCE, México, 2002, p. 41; KOYRÉ, Alexandre, *Introducción a la lectura de Platón*, Alianza Editorial, Madrid, 1966, p. 23.

<sup>20</sup> HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la Historia Universal (Edición abreviada que contiene: Introducción general y especial- mundo griego y romano)*, trad. José Gaos, Tecnos, Madrid, 2005, p. 420 y ss.

<sup>21</sup> Aristóteles, *Ética Nicomaquea...*, Libro VI, op. cit., 1228b, p. 467 y ss.

<sup>22</sup> Cicerón, «Los Oficios», en *Obras Completas de Marco Tulio Cicerón*, Librería y Casa Editorial Hernando, Madrid, 1924, T. IV, Libro Primero, p. 54.

tran justicia, están basadas en las cualidades descritas por Platón en su tratado *la República*, encaminadas a la maximización del bien público como un fin para todas las acciones de quienes laboran en el Estado.<sup>23</sup> En esta sintonía, Cicerón identifica a la piedad y clemencia como virtudes a quienes se encargan de administrar justicia.

«... En aquellos pueblos libres donde son iguales los derechos de los ciudadanos, es menester afabilidad y también superioridad de ánimo... No sea que por enfadarse con los que llegan intempestivamente, o preguntan y suplican con poca discreción, se caiga en una odiosa e impertinente ridiculez, que nunca aprovecha, antes bien acarrea el odio de todos... Se ha de castigar y corregir sin insultar a nadie, y todas las reprensiones y castigos se han de referir a la utilidad e interés no propio sino del común.<sup>24</sup>

Al igual que Séneca y Marco Aurelio, la filosofía de Cicerón estuvo fuertemente influenciada por el estoicismo griego, en la obra de este último pensador romano existen varias citas de la obra *Obligaciones del hombre*, del filósofo Panecio de Rodas, quien a su vez había fusionado el pensamiento socrático, por tal motivo, las virtudes defendidas por esta corriente filosófica se referían a las cuatro partes de la honestidad: justicia, sabiduría, fortaleza y templanza.<sup>25</sup>

Dicho lo anterior, la filosofía griega, así como su difusión por los pensadores romanos como Cicerón, sirvió para desarrollar las virtudes como parte fundamental de la *civitas* en la República de Roma,

<sup>23</sup> Platón, *Diálogos IV (La República)*, Libro II, Gredos, Madrid, 1988, p. 113.

<sup>24</sup> Cicerón, «Los Oficios», *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>25</sup> DARAKI, María y ROMÉYER-DHERBEY, Gilbert, *El mundo helenístico: cínicos, estoicos y epicúreos*, Akal ediciones, Madrid, 1996, p. 44; GIL BERA, Eduardo, *Pensamiento estoico*, Edhasa, Barcelona, 2002, p. 23; CAPELLETTI, Ángel J., «Introducción» en *Los estoicos antiguos*, Gredos, Madrid, 1996, p. 18; Cicerón, M. T., *Los deberes y las paradojas de los estoicos*, Iberia, Madrid, 1961; SALLES, Ricardo, *Los estoicos y el problema de la libertad*, UNAM-III, México, 2009, p. 58.

derivado de la idea de *Polis* griega, el ser humano pasaba de ser un animal político a un animal social.<sup>26</sup> Precisamente, la cortesía encuentra su origen en los primeros estudios que se realizan sobre civilización. De tal modo, la cortesía en su origen, es un instrumento para impulsar la civilización, entendiendo por ésta última, el proceso que tiene como objetivo educar grupos individuales de la sociedad en el derecho y la civilidad.<sup>27</sup>

El ideal de cortesía durante la edad media se basa en la educación dirigida a los jóvenes nobles que aspiraban a un puesto en la administración del Estado, principalmente al interior de la corona;<sup>28</sup> se les instruía en las escuelas pertenecientes a la Iglesia a través de enseñanzas medievales basadas en estudios escolásticos que recuperaban cierta parte de la tradición filosófica griega. El *Poema del Mio Cid* representa un recurso frecuentemente empleado para la transmisión de saberes y del arquetipo de caballero del Medioevo.

Las características o elementos de la cortesía acordes al modelo medieval consistían en la *afabilidad*, *mansedumbre*, *clemencia*, *decoro*, *disciplina* e *ingenio*. La afabilidad es una cualidad relacionada con la amabilidad, misma que es relevante para la sociabilidad humana. Por su parte, la mansedumbre es una virtud tocante a la moderación o mesura, y la clemencia su complemento. El decoro, belleza o elegancia, es una virtud que proyecta desde una faceta estética a la cortesía, rememorando la gracia y armonía de los caballeros. Finalmente, el ingenio o *facetia* hace alusión a la habilidad que tenían los

---

<sup>26</sup> SARTORI, Giovanni, *La política*, FCE, México, 2003, p. 204.

<sup>27</sup> JAEGER, C. Stephen, *The Origins of Courtliness...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>28</sup> CALDERÓN ORTEGA, José Manuel, «La nobleza en España reflexiones en torno al nacimiento de un estamento privilegiado» en PALACIOS BAÑUELOS, Luis y RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio (Dir.), *La nobleza en España (Historia, presente y futuro y perspectivas de futuro)*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 35-52; L. GARCÍA DE VAL-DEAVELLANO, *Curso de Historia de las Instituciones españolas (De los orígenes al final de la Edad Media)*, Madrid, Alianza, 1968; DE MOXÓ, Salvador, *Feudalismo, señorío y nobleza en la Castilla medieval*, Real Academia de Historia, Madrid, 2000.

caballeros en la Corte para hablar cuando se conducían hacia un monarca.<sup>29</sup>

Asimismo, cabe referirse a la grandiosa obra, que por su aporte inigualable a la humanidad, marcó un punto de inflexión en la literatura, se trata del *Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, del ilustre Don Miguel de Cervantes. Sin duda, en esta obra se encuentra perfectamente reflejado el ideal de caballero virtuoso, sabio y justo, capaz de experimentar sentimientos nobles hacia las personas (incluso desconocidas), y que a pesar de los descalificativos en contra suya y su escudero por una parte del pueblo, practicaba la cortesía. En sus enseñanzas a Sancho Panza sobre la justicia puede leerse la influencia en torno a los elementos de la cortesía descritos previamente.

«... Al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción considérale hombre digno de misericordia, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza nuestra, y en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstrate piadoso y clemente...»<sup>30</sup>

No cabe duda que la construcción en el imaginario social de la cortesía ha evolucionado a partir del modelo antiguo y medieval, edificándose como una de las virtudes más importantes de nuestra civilización. Un juez no debe ser afable sólo porque tiene la necesidad de serlo, esta noble labor, como la de los antiguos caballeros, exige *disciplina e ingenio* para tratar a los justiciables y personal a su cargo. Por ende, su ejercicio debe ser una especie de apostolado que se alimente del decoro y la elegancia para transmitir de la mejor ma-

<sup>29</sup> JAEGER, C. Stephen, *The Origins of Courtliness...*, *op. cit.*, p. 135 y ss.

<sup>30</sup> DE CERVANTES, Miguel, «De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas», en *Don Quijote de la Mancha*, Segunda Parte, Capítulo XLII, Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, Alfaguara, México, 2005, p. 870.

nera sus decisiones al común de la población. Se expondrá en el siguiente apartado la dimensión pragmática de la cortesía judicial.

## **2. La dimensión pragmática de la cortesía en el ámbito de la teoría del discurso judicial**

La cortesía como objeto de estudio de las ciencias sociales tiene su desarrollo más prolijo a partir de los estudios especializados en sociología, psicoanálisis, psicogénesis y sociogénesis.<sup>31</sup> Es importante mencionar que estamos frente a un fenómeno tanto individual como social, ya lo explicaba Freud «La relación del individuo con sus padres y hermanos, con su objeto de amor, con su maestro y con su médico, vale decir, todos los vínculos que han sido hasta ahora indagados preferentemente por el psicoanálisis, tienen derecho a reclamar que se los considere fenómenos sociales.»<sup>32</sup>

Durante el siglo XVIII, en Gran Bretaña el concepto de cortesía fue apropiado por las clases altas como una especie de discurso hegemónico en el ejercicio del poder al que pocos tenían acceso.<sup>33</sup> Por este motivo, la cortesía judicial debe ser examinada no desde un individualismo metodológico y reduccionista, sino como un fenómeno social complejo, interdisciplinario, donde el individuo se encuentra en una relación de interdependencia con la sociedad, no sólo por la dimensión cultural y ética que encierra esta virtud, sino por la

---

<sup>31</sup> Desde el enfoque psicogenético la realidad social se determina a partir del comportamiento individual y los estados de la conciencia. Para la sociogénesis sucede todo lo contrario, los motivos de los actores sociales son los que explican la realidad social. ÁLVARO ESTRAMIANA, José Luis, LUQUE INGE, Alicia Garrido, *et. al.*, *Introducción a la psicología social sociológica*, Editorial UOC, Barcelona, 2007, pp. 11-12.

<sup>32</sup> FREUD, Sigmund, «Psicología de las masas y análisis del yo y otras obras» en *Obras completas*, Editorial Amarrortu, Buenos Aires, 1992, p. 67.

<sup>33</sup> WATTS, Richard J., *Politeness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 40.

necesidad como servidor público de perfeccionamiento y excelencia profesional.

El discurso judicial está influenciado por la correcta aplicación de las fórmulas que brindan disciplinas como la retórica y la lingüística; en Iberoamérica, a diferencia de los sistemas jurídicos anglosajones, los jueces han defendido una idea de consenso cuando se trata de justificar sus decisiones.<sup>34</sup> Si bien, la interacción de los jueces con los justiciables en nuestros sistemas de tradición romano-germana son menores que en el contexto anglosajón, la imagen positiva del Poder Judicial depende directamente del convencimiento que genere ante su auditorio ya sea especializado o general.

Por tal motivo, el discurso judicial debe ser consistente con argumentos generalmente razonables y compartidos en una comunidad determinada. Uno de los enfoques de la argumentación consiste en la motivación judicial a partir de la aceptación o convencimiento de sus interlocutores;<sup>35</sup> en tal contexto se encuentran Perelman y Toulmin,<sup>36</sup> quienes desarrollaron, desde la lógica formal y operativa, un conjunto de estrategias para mejorar los argumentos que sirven de

---

<sup>34</sup> MACCORMICK, Neil, «The Motivation of Judgments in the Common Law», en PERELMAN, Ch., y FORIERS, p. (Eds.) *La motivation des Décisions de Justice*, Brylant, Bruselas, 1978, p. 170; SCHIAVELLO, Aldo, «Neil MacCormick's Second Thoughts on Legal Reasoning and Legal Theory (A Defence of the Original View)», en *Ratio Juris*, Vol. 24, 2a ed., junio 2011, pp. 140-155; Blichner, L. C., «Juridification from Below: The Dynamics of MacCormick's Institutional Theory of Law» en MENENDEZ, A. J., y FOSSUM, J. E. (Eds.), *Law and democracy in Neil MacCormick's legal and political theory (The Post-Sovereign Constellation)*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 27-53.

<sup>35</sup> ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 255.

<sup>36</sup> TOULMIN, Stephen, *Return to reason*, Harvard University Press, Massachusetts, 2001, p. 204; HITCHCOCK, DAVID y VERHEIJ, Bart, *Arguing on the Toulmin Model (New Essays in Argument Analysis)*, Springer, Netherlands, 2006, p. 3 y ss; TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Ediciones Península, Barcelona, 2007, pp. 132-143.

fundamento a las decisiones de los jueces y sus destinatarios;<sup>37</sup> luego, los jueces se encuentran obligados a persuadir a su auditorio mediante su discurso, pero sobre todo, dejar en claro que el mensaje inicialmente enviado haya sido interpretado de la manera en que ellos mismos desearon, siguiendo las reglas de la pragmática.<sup>38</sup>

Dicho lo anterior, mi intención es aplicar el enfoque pragmático del derecho para situar el problema de la (des) cortesía judicial, analizando los discursos jurídicos que emiten los jueces en sus decisiones, siguiendo el clásico modelo de justificación interna y externa formulado por Wroblewski.<sup>39</sup> De esta manera, pretendo demostrar que existe una estrecha conexión entre la imagen pública (ya sea positiva o negativa) que proyecta una institución judicial en sus decisiones y la argumentación contenida en ellas, bajo el supuesto de que, el problema de racionalidad conlleva a una controversia filosófica más profunda, especialmente sobre las definiciones y aplicaciones en el área del discurso ético y el razonamiento práctico.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> La filosofía analítica de Scarpelli y Bobbio, hasta la tópica formal de Viewegh también analizaron al derecho desde la óptica desde el plano del análisis del lenguaje y la filosofía de la ciencia. VIEWEGH, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991, p. 185.

MORALES LUNA, Félix F., *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 12; FERRAJOLI, Luigi, «La filosofía analítica» en *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 29 y ss.

<sup>38</sup> PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, (trad. de Julia Sevilla Muñoz), Biblioteca Romano Hispánica, Madrid, Gredos, 1989, p. 21; MANASSERO, María de los Ángeles, «La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman», en VV. AA. *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, (Prólogo de Pedro Serna Bermúdez), Granada, Comares, 2005, p. 21.

<sup>39</sup> WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 27.

<sup>40</sup> WROBLEWSKI, Jerzy, *The judicial application of law*, BANKOWSKI, Zenon and MACCORMICK, Neil (Eds.), Springer, Dordrecht, 1992, p. 209.

También es importante mencionar que la motivación tiene dos dimensiones, una de ellas es endoprocesal y la otra extraprocesal. En la primera, se busca convencer a las partes en el proceso de que la decisión está ajustada a derecho, además de facilitar la interposición de recursos en contra de la misma; por su parte, la óptica extraprocesal «consiste en hacer que las partes se den cuenta con claridad del significado de la decisión, especialmente en la eventualidad de una impugnación, y en permitir que el juez de la impugnación valore de manera adecuada el fundamento de la decisión impugnada.»<sup>41</sup>

Dicho lo anterior, la retórica junto con las distintas estrategias de la cortesía desde el plano lingüístico, brindan herramientas para lograr el propósito extraprocesal de cualquier decisión judicial. Uno de los modelos que goza de mayor prestigio dentro de la cortesía es el de Brown y Levinson, de acuerdo a estos autores, la cortesía es un «complejo sistema lingüístico cuya finalidad es mitigar actos de habla amenazantes (face-threatening acts)», esto significa que existen acciones generadoras de conflictos de intereses entre los individuos y que ponen en peligro la imagen pública. De tal forma, la cortesía es un conjunto de mecanismos verbales encaminados a la preservación y defensa de la imagen pública de los interlocutores, entre actos que puedan resultar perjudiciales.<sup>42</sup>

Continuando con este hilo conductor, la idea de imagen (positiva o negativa) es resultado del buen o mal empleo de estas técnicas de cortesía.<sup>43</sup> La imagen (face), proyecta dos aspectos sumamente

---

<sup>41</sup> TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, TEPJF, México, 2006, p. 309.

<sup>42</sup> BROWN, p. y LEVINSON S., *Politeness: some universals in language usage*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 58.

<sup>43</sup> El concepto de imagen formulado por Brown y Levinson está basado en la clasificación realizada por el sociólogo francés Émile Durkheim sobre rituales negativos y positivos; para el autor citado, los rituales negativos tienen por objeto «la consecución

relevantes: en primer lugar, el deseo de no sufrir imposiciones; la segunda, el deseo de ser apreciado.<sup>44</sup> Por tal motivo, la imagen que proyecte un Tribunal (siguiendo el modelo de motivación extraprocesal de las decisiones judiciales elaborado por Taruffo) debe conciliar los intereses de un auditorio plural, y en ocasiones, hasta contradictorio. Por ejemplo, cuando las sociedades debaten sobre temas neurálgicos como el matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo, pueden existir posiciones encontradas, incluso antagónicas, a nadie le agrada la imposición o el dominio discursivo, sobre todo cuando existen grupos ideológicos que apoyan una u otra propuesta.

Precisamente, dentro de la pragmática, existen modelos que auxilian a minimizar los impactos que puede tener una decisión de esta índole. El modelo del profesor Leech se basa en el principio de la cortesía como regulador del equilibrio social, a través de seis máximas: de tacto (minimizar el coste ajeno y maximizar su beneficio), de generosidad (minimizar el beneficio propio como hablante y maximizar el coste propio), de aprobación (minimizar el desprestigio ajeno y maximizar la alabanza ajena), de modestia (minimizar la autoalabanza y maximizar la autocrítica), de acuerdo (minimizar el desacuerdo y maximizar el acuerdo), y, finalmente, de consideración o simpatía (minimizar la falta de consideración por los demás y maximizar la comprensión por los demás).<sup>45</sup>

---

de tal estado de separación que es esencial. Ya que su función es la de prevenir las mezcolanzas y acercamientos indebidos, la de impedir la intrusión de un dominio en los terrenos del otro»; por su parte, los rituales positivos «... No se limita a proteger a los seres sagrados de los contactos vulgares, sino que actúa sobre el mismo fiel modificando en sentido positivo su actitud.» DURKHEIM, Émile, *Las formas elementales de la vida religiosa (El sistema totémico en Australia)*, traducción y estudio preliminar de Ramón Ramos, Akal Editor, 1982, Madrid, pp. 279 y 288.

<sup>44</sup> BROWN, p. y LEVINSON S., *Politeness...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>45</sup> LEECH, N. Geoffrey, *Principles of Pragmatics*, Longman, Nueva York, 1983, p. 79 y ss.

Desde esta óptica, cada sociedad descifra el código comunicacional de manera distinta, dependiendo del contexto cultural, a partir de una jerarquía de valores. El delito de negacionismo del holocausto no adquiere el mismo significado ni las mismas dimensiones en México (donde ni siquiera existe) que en cualquier parte de Europa, donde, por su cercanía histórica y política de los acontecimientos genera un sentimiento más fuerte de repulsión hacia esta práctica, incluso desde el plano del derecho penal, aun y cuando se encuentra en evidente colisión con la libertad de expresión.

Sentado lo anterior, en muchas sociedades occidentales prevalece una imagen negativa, es decir, de no imposición y distancia cuando se trata de comunicar o transmitir un mensaje, con el propósito de mitigar la imposición; esto último, en contraposición de lo que sucede en las sociedades orientales, donde predomina un modelo de imagen positiva, cuya meta más importante es ser aceptado por los demás.<sup>46</sup> Desde luego, el reto más importante para los jueces consiste en la imagen pública que proyectan ante la sociedad, por ello el principal desafío consiste en encontrar las mejores herramientas retóricas para articular un discurso jurídico racional y plausible.

He de precisar que el concepto de imagen positiva al interior de la teoría de la cortesía existía bajo la categoría del *ethos* del discurso, presente en la filosofía helénica desde posiciones defendidas por el propio Platón y Aristóteles. Para estos dos grandes pensadores, la idea de *face o imagen* no sería otra que se transmite a través de la triología *pathos, ethos y logos*, para conformar enunciados persuasivos, en conjunción con las virtudes que he descrito en la segunda parte de este trabajo (virtud moral –areté–, prudencia, benevolencia o respeto ante el auditorio), sin duda, esto auxilia a los interlocutores

---

<sup>46</sup> ESCANDELL VIDAL, Ma. Victoria, *Introducción a la pragmática*, Ariel, Madrid, 2013, p. 61.

a formar su imagen social y definir su posición de privilegio o rechazo social a través del discurso.<sup>47</sup>

Una de las teorías mejor aceptadas en las últimas décadas para mejorar el discurso jurídico ha sido la del iusfilósofo alemán Robert Alexy, quien basa su teoría de la argumentación jurídica en la concepción sociológica de Habermas sobre su teoría de la acción comunicativa;<sup>48</sup> desde la perspectiva de este último, los cuatro supuestos de validez para la comunicación son la inteligibilidad, verdad, rectitud y veracidad, sin embargo, la comunicación en la praxis se encuentra llena de patologías que imposibilitan las condiciones ideales de habla.<sup>49</sup>

De acuerdo a lo expuesto, el consenso únicamente es posible cuando el orador es capaz de convencer con los mejores argumentos desde el plano lingüístico a partir de una teoría consensual de la verdad y de la racionalidad instrumental.<sup>50</sup> Para el referido autor, la acción comunicativa es aquella situación en la que «los actores aceptan coordinar de modo interno sus planes y alcanzar sus objetivos, únicamente, a condición de que haya o se alcance mediante negociación un acuerdo sobre la situación y las consecuencias que cabe esperar.»<sup>51</sup>

Este mismo punto de partida es expuesto en la teoría de Alexy, quien se basa en el discurso práctico racional con la finalidad de al-

---

<sup>47</sup> Aristóteles, *Retórica*, Gredos, Madrid, 1994, p. 320; Platón, *Diálogos II (Gorgias...)*, op. cit., 503a, p. 111.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, Palestra, Lima, 2007.

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I (Racionalidad de la acción y racionalización social)*, Taurus, Madrid, 1998, p. 44.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa II (Crítica de la razón funcionalista)*, Taurus, Madrid, 1992, p. 562 y ss.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Ediciones Península, Barcelona, 1985, p. 157.

canzar la objetividad en las decisiones de los tribunales.<sup>52</sup> La adhesión hacia el discurso jurídico por el auditorio pertenece al plano de la dimensión fáctica del derecho.<sup>53</sup> Sin embargo, uno de los aportes más importantes de su teoría se encuentra en la corrección moral del derecho,<sup>54</sup> a partir de la reformulación de su postura desde la óptica del positivismo corregido,<sup>55</sup> así como la institucionalización de los derechos fundamentales como pautas de corrección ante posibles injusticias en el contexto del constitucionalismo.<sup>56</sup>

Hasta ahora, el hilo conductor de esta exposición se ha basado en la línea discursivo-lingüística, así como los canones que brinda la retórica y la argumentación jurídica para mejorar las estrategias que permitan evitar la confrontación y la fricción entre el interlocutor y el auditorio, mejorando así la imagen de la institución judicial a través de las técnicas que brinda la teoría de la cortesía desde el plano de la pragmática sociológica, jurídica y filosófica. En apariencia, el contexto descrito parece fácil, pero cabe señalar que

---

<sup>52</sup> GUIBOURG, Ricardo A., «Alexy y su fórmula del peso», en *Desafíos a la ponderación*, BEADE, Gustavo A., y CLÉRICO, Laura (Eds.), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 182.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert, «The Dual Nature of Law», en *Ratio Juris*, Vol. 23, 2a ed., junio, 2010, pp. 167-182.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert, «Derecho y corrección» en *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005, p. 40; SIECKMANN, Jan, «Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy», en PAVLAKOS, George (Ed.), *Law, Rights and Discourse (The Legal Philosophy of Robert Alexy)*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 189-206; BÄCKER, Carsten, «¿Derecho como razón institucionalizada? Sobre la concepción teórico-discursiva del Derecho de Robert Alexy» en BERNAL PULIDO, Carlos Bernal (Ed.) *La doble dimensión del Derecho (Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy)*, Palestra, Lima, 2011, pp. 181-204.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert, «Acercas de la relación entre derecho, moral y punibilidad», en VIGO, Rodolfo, (coord.), *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Fontamara, México, 2004, p. 269.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert, «La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho» en *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 51-72.

nos encontramos en un plano de discurso constitucional, donde existen principios y valores axiológicos que tienen un peso trascendental en nuestras sociedades modernas, García Amado ha sostenido que mientras existan más cláusulas de este tipo en las Constituciones contemporáneas, genera mayor indeterminación lingüística, y con ello, mayor discrecionalidad de sus intérpretes y aplicadores.<sup>57</sup>

Dicho esto, ante casos difíciles o complejos donde el principio de la cortesía judicial es puesto a prueba, las decisiones no pueden configurarse únicamente mediante el empleo de la lingüística (programa normativo), sino que es indispensable, el empleo de datos reales (ámbito normativo), lo cual implica alejarse de una visión formal a través de un método que tome en cuenta la realidad social en la que es aplicada una norma de derecho constitucional.<sup>58</sup> En esta medida, se pueden elaborar enunciados no solamente falsificables, sino conmensurables que puedan oponerse a los argumentos del interlocutor.<sup>59</sup> Sin embargo, es aquí donde reside la problemática más aguda para alcanzar plenamente la cortesía judicial. A continuación, se presentará una propuesta basada en la fusión entre dignidad y cortesía como claves para el reconocimiento de la autonomía personal y el auditorio receptor del discurso judicial.

---

<sup>57</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores», en MANTILLA ESPINOSA, F., (ed.), *Controversias constitucionales*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 24.

<sup>58</sup> MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional. Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico*, GÓMEZ DE ARTECHE, Salvador (trad.), edición bilingüe alemán-español, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 267 y ss; MÜLLER, Friedrich, «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales*, Año 9. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, p. 113.

<sup>59</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, IJ, UNAM, México, 2003, p. 198.

### 3. Simbiosis entre cortesía judicial y dignidad: claves para el reconocimiento de la autonomía personal y el auditorio receptor del discurso judicial

La cortesía definida por el Código Iberoamericano de Ética Judicial (CIEJ) es la forma de exteriorizar el respeto y consideración que los jueces deben a sus colegas, a los otros miembros de la oficina judicial, a los abogados, a los testigos, a los justiciables y, en general, a todos cuantos se relacionan con la administración de justicia.<sup>60</sup> Una de las dimensiones de la cortesía en el plano sociológico y lingüístico es la afabilidad e ingenio, mismos recursos que debe aplicar el juzgador para satisfacer el ideal de una justicia comprensible no sólo para el especialista en derecho, sino para cualquier justiciable que así lo exija;<sup>61</sup> tal y como sostienen Manuel Atienza y Rodolfo Luis Vigo, «se trata de un recordatorio de que la función que presta el juez cuenta con una ineludible dimensión ética en la que están implicados los bienes de todos aquellos interesados en el mejor servicio.»<sup>62</sup>

En la introducción de este trabajo, se precisaban los elementos de la cortesía (clemencia, afabilidad, decoro e ingenio), estas virtudes (de acuerdo al modelo helénico y medieval) se pueden traducir en principios que rigen la labor jurisdiccional. Por este motivo, se deben encontrar las mejores herramientas para transmitir el discurso jurídico a auditorios especializados (abogados, investigadores, etc.) y no especializados (sociedad en general). Para alcanzar esto, se requieren estrategias dinámicas al interior de las instituciones, que sensibilicen a los operadores desde distintas ópticas, para proyectar una imagen institucional positiva a la heterogeneidad de personas que demandan justicia.

<sup>60</sup> Artículo 49 del CIEJ.

<sup>61</sup> Punto 6 de la CDPEJL.

<sup>62</sup> Presentación al Código Iberoamericano de Ética Judicial, Cumbre Judicial Iberoamericana, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 7-8.

Si la justicia es para todos y sin distingo alguno, es necesario referirse a la idea de persona humana con pleno reconocimiento de su dignidad y sus derechos; la cortesía judicial está enmarcada entonces en este contexto. Un ejemplo patente de lo anterior, es la aprobación del *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*,<sup>63</sup> por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que actúa como Tribunal Constitucional en el Estado mexicano. Su intención es buscar proteger a las minorías socialmente desfavorecidas y nivelar las enormes desigualdades que por cuestiones de discriminación económica, política y social han sufrido al momento de acudir a las instancias judiciales.

En Iberoamérica, este esfuerzo tiene antecedentes en el Poder Judicial de la Federación en México, que desde años atrás cuenta con distintos Protocolos de actuación en materia de pueblos y comunidades indígenas; niñas, niños y adolescentes; para juzgar con perspectiva de género; derechos de personas con discapacidad; personas migrantes,<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Protocolo aprobado por 23 Poderes Judiciales (incluido España) en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana (abril de 2014), Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

<sup>64</sup> Entre los Protocolos se encuentran:

- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren personas, comunidades y pueblos indígenas.
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes.
- Protocolo para juzgar con perspectiva de género haciendo realidad el Derecho a la Igualdad.
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que afecten a personas migrantes y sujetas de Protección Internacional.
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad.
- Manual de buenas prácticas para investigar y sancionar el acoso laboral o sexual en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

y hasta para investigar el acoso laboral y sexual al interior del máximo Tribunal de este país.<sup>65</sup>

Estos instrumentos de capacitación y orientación para los operadores jurídicos que tratan directa o indirectamente con los justiciables, se encuentran inspirados en el reconocimiento antropológico de la persona como un ser pleno, digno de derechos. En este contexto, los jueces continuamente resuelven conflictos donde están involucrados valores y principios, Lucio Pegoraro lo ha descrito de la siguiente manera.

... son los mismos tribunales quienes individualizan los valores –y los que deciden, por tanto, qué representa dicho «valor» merecedor de tutela– y quienes le atribuyen, en un momento histórico, una posición privilegiada respecto a los demás, según una interpretación de la realidad que no siempre está en sintonía con la visión que de la misma tienen otros órganos o sujetos políticos, pero, que presumen sea conforme con aquello que expresa la sociedad.<sup>66</sup>

Este proceso reflexivo y crítico en torno a la labor judicial ha sido descrito por el profesor Peter Häberle como sociedad abierta de intérpretes constitucionales.<sup>67</sup> Si bien, el autor citado aborda esta problemática desde la óptica de las instituciones judiciales del derecho constitucional alemán, es importante agregar la exitosa experiencia que han tenido en aquellas latitudes mediante diálogos plurales e

<sup>65</sup> Este Protocolo está relacionado con el artículo 51 del CIEJ, mismo que dispone: el juez debe relacionarse con los funcionarios, auxiliares y empleados sin incurrir –o aparentar hacerlo– en favoritismo o cualquier tipo de conducta arbitraria.

<sup>66</sup> PEGORARO, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, (trad. Marta León Alonso), Dykinson, Madrid, 2004, p. 126.

<sup>67</sup> HÄBERLE, Peter, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en VAN OUYEN, Robert C. y MÖLLERS, Martin H. W. (Eds.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Springer, Verlag für Sozialwissenschaften, Heidelberg, pp. 35-46.

inclusivos con la sociedad, es decir, a quienes afecta o beneficia directa o indirectamente.<sup>68</sup>

Ahora bien, se ha propuesto al inicio de esta sección la fusión entre el principio de cortesía judicial y dignidad humana, ya que éste último es la piedra angular del resto de los demás derechos fundamentales.<sup>69</sup> Esta idea surge también del presupuesto básico contenido en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, aprobada por la VII Cumbre Judicial Iberoamericana, donde se invoca en su Preámbulo la dignidad de la persona humana y los derechos inalienables como premisa para institucionalizar los principios básicos a favor de las personas que demandan justicia.<sup>70</sup>

Una de las facetas más importantes de la dignidad de la persona humana y figuras retóricas más frecuentes de los Tribunales para disminuir la fricción entre el interlocutor y quien dicta una decisión, es la fórmula de no instrumentalización de la persona humana.<sup>71</sup> En su vertiente de tutela de justicia efectiva, la dignidad implica que las personas no pueden ser consideradas como un instrumento del sistema, como simples números más u objetos de un proceso, sino

---

<sup>68</sup> STERN, Klaus, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, West deutscher Verlag, Bayern, p. 7; VANBERG, Georg, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 111; ZACHER, Hans F., *Social Policy in the Federal Republic of Germany (The Constitution of the Social)*, Springer-Ministro Federal del Trabajo-Archivo Federal, Heidelberg, 2013, p. 13.

<sup>69</sup> BENDA, Ernst, «Art. 1 Abs. 1 GG als objektive Rechtsnorm und Grundrecht» en *Gefährdungen der Menschenwürde*, Westdeutscher Verlag, Bayern, p. 10; GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 91.

<sup>70</sup> Preámbulo de la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (CDPEJI).

<sup>71</sup> BENDA, Ernst, «Dignidad humana y derechos de la personalidad» en VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006, p. 119.

como seres dotados de individualidad que merecen tener participación si son partes en un proceso judicial, el respeto al debido proceso, así como sus principios.<sup>72</sup>

Para continuar esta línea argumentativa, se iniciará el análisis desde la perspectiva de la teoría de la cortesía y la argumentación discursiva, sobre los precedentes indicados en la introducción del presente trabajo, se trata de dos sentencias: la primera relacionada con la circuncisión, resuelto por el Tribunal de Köln, en Alemania; y la resolución del Caso Almonacid Arellano, que aborda la persecución de delitos de lesa humanidad en Chile durante la dictadura de Augusto Pinochet. En este sentido, la intención es demostrar por una parte, el acierto o las anomalías presentadas en cada situación discursiva, con el propósito de analizar las estrategias y recursos de cortesía judicial empleadas por los jueces en uno y otro caso.

En primer término, se encuentra la resolución dictada por el Tribunal Regional de Köln, el siete de mayo del año 2012.<sup>73</sup> Los hechos del caso derivan de las complicaciones médicas surgidas dos días después de la práctica de la circuncisión por un urólogo a un niño musulmán de cuatro años (misma que fue realizada con anestesia local), después de la advertencia de una vecina, el niño fue trasladado en

---

<sup>72</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael, «El artículo 10.1 de la Constitución Española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social» en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. et. al. (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Comares, Granada, 2002, pp. 153-175; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, «La dignidad de la persona» en *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 19 y ss; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Madrid España, Edición (2 ed. ed. ampl., ref. y puesta al día) 2003, p. 77.

<sup>73</sup> Wa. 151 Ns 169/11.

calidad de urgente al hospital universitario de Colonia, mismo que presentó una hemorragia postoperatoria. Los cirujanos detuvieron la hemorragia e inmediatamente trataron de averiguar qué había sucedido. La madre, una inmigrante de Túnez, que no hablaba bien alemán se encontraba en shock y no podía explicar a los médicos el motivo de este hecho, explicando que la decisión sobre la circuncisión había sido de su esposo, y no de ella (fj I y II).

Preocupados porque fuera a presentarse alguna queja de mala praxis, el Departamento de Urgencias del Hospital decidió llamar inmediatamente a la policía. Una vez que llegaron los policías, interrogaron al personal del departamento, a los médicos que atendieron al niño, así como de la madre, elaborando un reporte detallado de lo sucedido para que el abogado de aquella localidad iniciara de oficio la investigación correspondiente. El fiscal decidió acusar al médico por el delito de lesiones corporales, más no a los padres.

En primera instancia, el Tribunal decidió sobreseer el juicio, después de haber determinado en base a las pruebas en el juicio, que la operación realizada al niño fue practicada acorde a los canones de la praxis médica, ya que la hemorragia había sido causada como parte de los riesgos inherentes a este tipo de prácticas, así como tampoco ninguna conducta criminal, debido a que la circuncisión había sido practicada con el consentimiento de los padres y protegida por la libertad religiosa.<sup>74</sup>

La decisión fue recurrida por el Fiscal del Estado de Colonia, presentando nueva evidencia médica, con relatos de testigos expertos acerca de que la circuncisión era innecesaria, un procedimiento perjudicial, sobre el cual los padres no tenían derecho a consentir, así como que tampoco podría invocarse el derecho a la práctica religiosa

---

<sup>74</sup> Disponible en (consultado el 1 de abril de 2014):  
[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ag\\_koeln/j2011/528\\_Ds\\_30\\_11\\_Urteil\\_20110921.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ag_koeln/j2011/528_Ds_30_11_Urteil_20110921.html)

como justificación de su conducta criminal para dañar a otro ser humano. A diferencia de la primera instancia, el caso fue analizado acorde a los argumentos presentados por la Fiscalía.

La Sala de Apelaciones del Tribunal Supremo de Colonia decidió que la circuncisión constituía un daño corporal que no podía ser justificado por adecuación social (fj 5). Además, que el consentimiento de los padres siempre se encontrará limitado por el interés superior del menor. Finalmente, se determinó que esta práctica se encontraba en contra del derecho constitucional del menor al libre desarrollo de la personalidad (dignidad), así como su mejor interés, en tanto no pudiera tomar la decisión por sí mismo. El fundamento jurídico 3 de la sentencia se argumenta lo siguiente.

Conforme al artículo 1627, párrafo primero, del Código Civil Alemán (interés superior del menor)... la circuncisión de un niño que no es capaz de dar su consentimiento, no representa el interés superior del menor, ya sea que se trate de justificar por motivos religiosos o por el derecho que tienen los padres a educar a sus hijos.

El derecho fundamental de los padres (artículo 4, § 1; 6 § 2, ambos de la Ley Fundamental de Bonn LFB), están limitados por el derecho fundamental del niño a su integridad física y autodeterminación contemplados por el artículo 2, § 1 y 2 de la LFB [...] mismo que limita por sí mismo el derecho fundamental de los padres. Cuando los derechos fundamentales son ponderados, debe emplearse el principio de proporcionalidad. La circuncisión por motivos religiosos constituye una violación a la integridad física, y si es realmente necesario, entonces no es razonable. Acorde al artículo 1631, § 2, del Código Civil, el cuerpo del niño queda permanentemente modificado de manera irreparable por la circuncisión[...]

Por el contrario, el derecho de educación de los padres no está siendo excesivamente afectado si se les pide esperar para saber si el niño, más adelante, cuando sea mayor de edad, decida él mismo sobre ser circuncidado como una muestra de su fe al Islam.

Nos encontramos ante un caso difícil, debido a que representa el primer pronunciamiento judicial desde la Segunda Guerra Mundial sobre esta práctica médica. A pesar de que en la sentencia se lee claramente que se trata de un niño educado bajo la fe musulmana, el ritual compartido por la fe judía mereció el apoyo discursivo ante los medios de comunicación.<sup>75</sup> Si bien, nadie fue objeto de pena privativa de libertad, este sería un antecedente dentro de este Estado Federal para no permitir esta práctica, debido al sistema de precedentes.

Si bien, la sentencia encuentra buenos fundamentos jurídicos, no toma en consideración el pronunciamiento de un tema tan sensible y trascendental en la vida jurídica y política de Alemania. Afir-mar que la circuncisión por motivos religiosos, es necesariamente irrazonable, sin tomar en cuenta el contexto y el discurso histórico de una práctica ancestral desde el plano sociológico, ético, filosófico y antropológico, merece especial cuidado, sobre todo, cuando hacemos referencia a la práctica de una minoría que históricamente ha sido perseguida. El resultado o efecto de la sentencia hubiera sido distinto si se hubieran satisfecho estas condiciones, de otra forma, la resolución es un ejemplo claro de falta de cortesía en el Poder Judicial.

En sentido contrario, se presentará a continuación una decisión que proyectó una imagen positiva de la institución judicial a nivel interamericano. Se trata de la sentencia dictada por la CIDH el 26 de septiembre de 2006, sobre una situación acontecida en Chile debido a la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, así

---

<sup>75</sup> Hans, Barbara, «Landgericht Köln: Beschneidung aus religiösen Gründen ist strafbar» en Spiegel, disponible en: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/religioes-motivierte-beschneidung-von-jungen-ist-laut-gericht-strafbar-a-841084.html> (consultado el 1 de abril de 2014).

como a la ausencia de reparación a favor de sus familiares. Los hechos del caso tuvieron lugar durante el régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973, así como el contexto de represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras al gobierno militar.

La víctima era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa, motivo por el cual falleció al día siguiente. En el año de 1978 se creó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hubieran incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Por tal motivo, el crimen en contra de la víctima mencionada no se investigó adecuadamente ni se sancionó a los autores de los hechos. En el párrafo 96 de la sentencia, se lee un argumento persuasivo, de autocortesía y que proyecta la idea de un contexto de clemencia y afabilidad con el auditorio judicial (víctimas).

... la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad... Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.

Por tal motivo, la CIDH determinó que el Estado no podía argumentar la prescripción, irretroactividad de la ley penal, el principio non bis in ídem, o cualquier otra excluyente similar de responsabilidad para excusarse acerca de la labor de investigar y sancionar a los responsables.<sup>76</sup> Esto, debido a que la ejecución extrajudicial co-

---

<sup>76</sup> SCIDH Almonacid Arellano vs Chile, párr. 151.

metida en perjuicio de Almonacid Arellano se trataba de un delito en contra de la humanidad, ya que se circunscribió en un contexto de un gobierno militar que desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó ese país a través del miedo, así como ataques sistemáticos y reiterados en contra de varios sectores de la población civil considerados como opositores al régimen. Por ello se conminó al Estado a la pronta averiguación de los hechos delictuosos, la determinación de la verdad, así como la investigación persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales del mismo.

La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no es caprichosa, ya que la norma que castiga ese tipo de delitos presenta como elemento esencial su imprescriptibilidad, porque los límites temporales de su persecución y de su reparabilidad producirían la negación de los derechos que tutela dicha norma (vida, integridad, dignidad, libertad, igualdad, participación democrática), así como de sus garantías.

#### **4. Los desafíos de la cortesía judicial en la magistratura constitucional**

La prudencia, como sostiene Manuel Atienza, es una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo. Continúa el distinguido jurista, «es una virtud que tiene una dimensión estética, consiste en la capacidad de invención, de ir más allá y sugerir una pluralidad de alternativas para resolver problemas concretos». El aspecto moral de esta imaginación o ingenio se refiere a la simpatía o compasión, es decir, el ser capaz de ponerse en el lugar del otro, procurando mantener distancia, pero con cautela y serenidad.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> ATIENZA, Manuel, «Virtudes judiciales (Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho)», en *Claves de razón práctica*, no. 86, 1998, p. 36.

Puntualmente, el ex ministro mexicano de la Suprema Corte, Juan Díaz Romero advierte lo siguiente: «la benevolencia en el trato debe ser como una llama en el interior que alumbre, de vida y calor humano a toda persona que trate con él (con los litigantes, con los colegas y con el personal del órgano judicial).»<sup>78</sup> La cortesía judicial tiene su fundamento en la filosofía helénica de formación cívica y espiritual del ciudadano griego, por este motivo, este principio va más allá de las cualidades técnicas o la preparación que pueda tener un juez, se trata de su formación humanística que no se aprende en muchas Facultades de Derecho o tratados de ética judicial.

La cortesía debe constituirse como una herramienta poderosa que le permita a cualquier juez proyectar una imagen positiva de la institución a la que representa. En la actualidad, la pragmática ha diseñado un sistema sofisticado edificado en base en figuras retóricas y lingüísticas, capaces de minimizar los diálogos impositivos, tan comunes en las sentencias judiciales. Precisamente una de las propuestas más reiteradas durante el desarrollo de esta investigación es la teoría del consenso, en contraste con la teoría de la imposición.

Lo anterior nos lleva a un plano discursivo, donde las decisiones judiciales, además de cumplir con los canones de la justificación interna y externa, necesitan ser accesibles a todos los justiciables. Tal y como se revisó previamente, existe un consenso en nuestra región por cumplir con estas exigencias, la aprobación del primer *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas* es un valioso ejemplo por proteger a las minorías socialmente desfavorecidas cuando acuden a los Tribunales para exigir justicia.

---

<sup>78</sup> DÍAZ ROMERO, Juan, *El ABC de la deontología judicial*, SCJN, México, 2005, p. 12.

Las teorías de la cortesía basadas en la sociología y la pragmática son de gran utilidad al momento de concretar las virtudes judiciales. Los elementos de la cortesía (disciplina, mansedad, clemencia, afabilidad, decoro e ingenio) explicitados durante el desarrollo de este trabajo forman parte de un modelo que inicia en la filosofía helénica y es reiterado en la Edad Media, pasando a formar parte integral en los procesos de comunicación de la modernidad.

Uno de los grandes desafíos que lanza la cortesía judicial al mundo jurídico romano-germano es desarrollar mejores habilidades para suavizar la imagen negativa que pueden generar los contenidos mal transmitidos de las decisiones judiciales. Si bien, en nuestros países el derecho que prevalece más es el escrito, por lo que es necesario fortalecer el aspecto pragmático de las decisiones judiciales, a través de las técnicas que brinda la propia teoría de la cortesía.

En tal sentido, se propone la adopción de la cortesía judicial mediante un análisis interdisciplinario de los conflictos jurídicos que son sometidos ante los Tribunales Constitucionales. Cuando los jueces abordan casos difíciles o complejos, resulta necesario que estos aminoren cualquier clase de malentendido socioprogramático contenido en sus decisiones; de ahí que sea necesaria otro tipo de argumentación jurídica.

Dicho esto, las teorías del derecho que gozan de mayor prestigio para corregir errores en el discurso judicial son las que utilizan las figuras retóricas y redimensionan el aspecto ético de las normas jurídicas. Alexy, Perelman, Toulmin han replanteado la argumentación jurídica desde una óptica más flexible desde el plano de la razón práctica, son valiosas porque auxilian a los operadores jurídicos para comunicar mejor la interpretación que se hace de una realidad determinada.

Esta propuesta también está encaminada a observar a la cortesía judicial desde la óptica de la dignidad humana. Si una institución reconoce que existen personas en desventaja económica, política, social, cultural, cuando acuden a los tribunales, está reconociendo a

una persona como un ser humano en igualdad y dignidad de derechos, por lo que debemos ser tratados con igual decoro. Si las decisiones judiciales deben adecuarse desde el aspecto práctico, al contexto cultural, social, psíquico de los justiciables, esto implica que los operadores han asumido realmente su papel en el plano de la ética jurídica que les corresponde.

Finalmente nos encontramos ante el conflicto valorativo y axiológico de las decisiones judiciales. Sin duda, éste representa el plano más complejo en la labor de cualquier juez, ya que implica la ponderación de intereses en conflicto. A pesar de la existencia de numerosas teorías que gozan de mucho prestigio en el ámbito del discurso jurídico, lo más importante para la magistratura, seguirá siendo quizá, aquello que es inaprensible si no se practica cotidianamente: la virtud como un estilo de vida, capaz de promover el respeto, la tolerancia y autonomía de sus semejantes.

## Capítulo 2

# RESPONSABILIDAD SOCIAL E INSTITUCIONAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL ANTE EL DÉFICIT DE CREDIBILIDAD INSTITUCIONAL

### Introducción

La responsabilidad del juez ante la sociedad es enorme, aunque no en todas las ocasiones su valor y arrojo los hace dignos de estima del común denominador de la población. La percepción social de la judicatura en México no es tan buena como se desearía,<sup>79</sup> lo mismo sucede en algunos países de Iberoamérica.<sup>80</sup> A pesar del enorme es-

---

<sup>79</sup> De acuerdo al IFE y la UNAM, en una escala de confianza del 1 al 10, los jueces obtuvieron apenas por encima de la media, un 5.9. Fix-Fierro, Héctor (Dir.), FLORES, Julia (Coord.), *Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*, IJ-UNAM-IFE, México, 2011. Asimismo, en México, las instituciones que se ubican en los últimos puestos de la escala de confianza son: los partidos políticos y jueces (19 % respectivamente), la policía estatal (17 %) y los agentes de tránsito (16 %). Parametría 2014.

<sup>80</sup> NIETO, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid, 2012; ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego, *El fracaso del autogobierno judicial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

fuerzo realizado diariamente por el Poder su grado de aceptabilidad y confianza social no es el más óptimo.

Este problema se torna aún más complejo debido a que nos encontramos en una época de crisis de legalidad, debido al descrédito de las instituciones y la desconfianza hacia los actores políticos. Sobre este punto, el gran jurista Otto Bachof afirmaba en uno de sus discursos más famosos lo siguiente: «Ha surgido un sentimiento de profundo malestar y de radical desconfianza frente a la ley, basada en la impresión dominante e imprecisa, aunque no por ello falsa, de que la ley, «en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes».<sup>81</sup>

Precisamente son las épocas de crisis económicas, políticas y sociales las que ponen a prueba a las instituciones. Alemania es un buen ejemplo de ello, durante la Segunda Posguerra, los Poderes Ejecutivo y Legislativo se encontraban deslegitimados socialmente debido a las circunstancias evidentes recién acaecidas durante el periodo totalitario nazi. No obstante, el Tribunal Constitucional supo comportarse a la altura del momento histórico que vivía esta nación. La concreción de los valores y principios plasmados en la Ley Fundamental de Bonn, y la satisfacción del ideal de justicia mediante la innovación en la interpretación y argumentación constitucional dan cuenta de ello.<sup>82</sup> Las decisiones relacionadas con el antiguo derecho nazi, en aras de realización plena de la justicia material y la concreción de los principios y valores del pacto constitucional recién apro-

<sup>81</sup> BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 3.

<sup>82</sup> CARBONELL, Miguel (Coord.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010; DEL REAL ALCALÁ, Alberto, *Interpretación jurídica y Neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011; AGUILERA, Portales Rafael, BECERRA ROJASVÉRTIZ, Rubén E., ORTEGA, Santiago, (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010.

bado, pusieron a prueba la institución judicial, cuyo respeto social fue ganado al compás de las decisiones.<sup>83</sup>

Se vive una época en la que el derecho es indeterminado, impreciso, vago. Las transiciones democráticas las nacientes Constituciones de la Segunda Posguerra,<sup>84</sup> así como el intenso activismo de los Tribunales defensores de las Constituciones, trajeron consigo una imagen positiva para la Magistratura. La tensión existente entre el principio democrático y la supremacía constitucional, así como el argumento contramayoritario, que sostenía que era imposible que el juez tomara decisiones, que a primera vista únicamente corresponden al Parlamento, ha sido desplazada por el modelo de la defensa de la democracia sustancial, empleando la terminología de Ferrajoli.<sup>85</sup>

Este capítulo busca dar cuenta del fenómeno de la responsabilidad institucional que tiene el juez en la sociedad. Vivimos épocas confusas, disímbolas, de pluralidad y diversidad cultural, donde es complejo compaginar los intereses de determinados grupos en la sociedad, incluso, ante los poderes de facto como los económicos, que tan fuertemente causan impacto en las instituciones.<sup>86</sup> Las sociedades latinoamericanas, con los grupos indígenas; así como el mundo anglosajón y europeo, con el combate al crimen organizado y la irrupción de nuevos Estados de emergencia que en nombre de la

---

<sup>83</sup> BARBER CROSBY, Margaret, *The Making of a German Constitution (A Slow Revolution)*, Berg, Nueva York, 2008, p. 7; ZAIDEN BENVINDO, Juliano, *On the Limits of Constitutional Adjudication (Deconstructing Balancing and Judicial Activism)*, Springer, Heidelberg, 2010, p. 31.

<sup>84</sup> THORNHILL, Chris, *A sociology of Constitutions (Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective)*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 327.

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris (Teoría del derecho y de la democracia)*, T. 2. *Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013, p. 9-13.

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes (La crisis de la democracia constitucional)*, Trotta, Madrid, 2011.

seguridad nacional desmantelan los derechos constitucionales,<sup>87</sup> la migración, o la crisis económica de ambas y el reacio poder de los agentes económicos en ambos contextos, son ejemplo de la compleja modernidad en la que se debe desenvolver el juez.

El primer punto de este trabajo analiza la legitimación social de los jueces durante la Segunda Posguerra, así como el impacto causado por algunas de las principales decisiones en las que se llevó a cabo el ejercicio de concreción de los principios, en aras de realizar el ideal de justicia material. Acto seguido, explico el estado de cuestión actual en la que debe desenvolverse el juez: un plano de indeterminación normativa, ambiguo, complejo y contradictorio, pero que permite la ductilidad, en aras de preservar esos valores y principios.<sup>88</sup>

Posteriormente, se estudia el modelo del juez en el presente siglo: sus cualidades, así como la destreza que debe tener mediante el ejercicio de la discrecionalidad de la que hablan los grandes pensadores de la teoría jurídica clásica y contemporánea. Finalmente, se realiza un examen sobre las distintas facetas de la responsabilidad institucional, relacionadas con la administración de justicia desde el aspecto formal, tales como la no dilación de los procesos judiciales, el respeto, la confianza, el correcto funcionamiento de la institución a su cargo, así como las responsabilidades administrativas por error judicial.

---

<sup>87</sup> POSNER, Richard A., *Not a Suicide Pact (The constitution in a time of national emergency)*, Oxford University Press, Nueva York, 2006; MASFERRER, Aniceto (Ed.), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency (Security and Human Rights in Countering Terrorism)*, Springer, Dordrecht, 2012; DYZENHAUS, David, *The Constitution of Law (Legality in a Time of Emergency)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; BUCHANAN, Allen, *Human rights (Legitimacy and the use of force)*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.

<sup>88</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986; PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, 2010, p. 50.

## **1. La labor del juez constitucional a partir de la segunda posguerra**

El modelo del juez burocrático, desarrollado durante el siglo XIX, de acuerdo a la concepción clásica de Montesquieu, en la que éste era la boca muda del legislador es caduco.<sup>89</sup> Igualmente, el argumento contramayoritario donde el juez es incapaz de decidir lo que aparentemente sólo compete al legislador (principio democrático) se encuentra agotada, ya que un presupuesto de los modernos Estados Constitucionales es la tensión entre los principios democráticos y de supremacía constitucional.<sup>90</sup> La defensa del juez de los valores y principios constitucionales, tiene lugar en lo que los teóricos han denominado: democracia sustancial.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, (Introducción de Enrique Tierno Galván y trad. De Mercedes Blázquez y Pedro de Vega), Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2007, p. 183; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

<sup>90</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, «Constitución y democracia», en A. López Pina (ed.), *La Constitución de la Monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 43-73; LA TORRE, Massimo, *Constitutionalism and Legal Reasoning (A new paradigm for the concept of law)*, (Law and Philosophy Library 79), Springer, Países Bajos, 2007, p. 12.

<sup>91</sup> Esta misma concepción de democracia ha sido sostenida por distintos autores bajo otros términos, por ejemplo, Norberto Bobbio, se refiere a ello bajo el término de «territorio de lo inviolable» y Carlos Garzón Valdés como «coto vedado». GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Algo más acerca del coto vedado» en *Doxa (Cuadernos de filosofía del derecho)*, no. 9, Universidad de Alicante, 1989, pp. 209-213. Los derechos incluidos en el coto vedado, explica el profesor argentino, son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también <<necesidades básicas>>, en su doble versión de naturales o derivadas. Incluso, en su propuesta están incluidos los derechos de tercera generación, tal y como sucede con la propuesta ferrajoliana. *Vid.* BOBBIO, Norberto, «La Regla de la Mayoría: límites y aporías», en FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (Comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 268-269.

Una concepción renovada de la constitución, en sentido material, así como una judicatura activa, que defienda los valores socialmente aceptados en una comunidad determinada ha sido el común denominador del éxito de las instituciones judiciales. Es bien conocido el periodo totalitario nazi, donde el predominio de la voluntad política no permitía la plena defensa de la Constitución a través de cauces institucionales independientes y autónomos, debido a la concepción triunfante que en ese entonces desembocó en la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial.<sup>92</sup>

Imaginemos la sociedad alemana, convulsionada después de aquella guerra, devastada política, económica y socialmente, desanimada moralmente y deslegitimada institucionalmente. El primer paso fue el consenso: la consagración plena de la dignidad de la persona humana como principio inalterable e inviolable, mandato dirigido a todos los agentes: públicos y privados.<sup>93</sup> La segunda fase: la creación de instrumentos eficaces para su respeto y protección, a través de cauces institucionales, cualquier otro, como la violencia de cualquier especie, quedaba descartado.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, *Manual de derecho político*, V. I, (Introducción y teoría del Estado), Tecnos, Madrid, 2001, p. 108; La teoría constitucional del pensador alemán Carl Schmitt sirvió de base y fundamento al derecho nacionalsocialista, son claves para la comprensión del mismo: la dialéctica amigo-enemigo, el decisionismo político, estado de excepción, entre otros. SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 2009; *La defensa de la Constitución (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución)*, (Prólogo de Pedro de Vega), Tecnos Madrid, 1983.

<sup>93</sup> STARCK, Christian, «Introducción a la Dignidad humana en el Derecho alemán», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 489-497; BENDA, Ernst, «Art. 1 Abs. 1 GG als objektive Rechtsnorm und Grundrecht» en *Gefährdungen der Menschenwürde*, Westdeutscher Verlag, Bayern, p. 10.

<sup>94</sup> El Caso Schleyer es excelente ejemplo del compromiso institucional del Tribunal Constitucional de ese país, sucedido durante los años setenta. Se trata de la solicitud realizada por el hijo del Presidente de la Federación de Industriales

Ante este periodo de crisis y desconfianza por parte de los ciudadanos y deslegitimación de Partidos Políticos, se erigió el Tribunal Constitucional germano como el defensor de la Ley Fundamental y como uno de los pilares indiscutibles de la naciente democracia.<sup>95</sup> Además, el prestigio generado por este órgano quedó enmarcado dentro de un proceso abierto, incluyente y plural en la interpretación de la Ley Fundamental para resolver agudos problemas sociales,<sup>96</sup> generó confianza en la ciudadanía.<sup>97</sup> La aplicación cuidadosa de la técnica judicial a través de fórmulas sobre el derecho extremadamente injusto en relación con los crímenes del pasado (principalmente del derecho nazi), dan cuenta de ello.<sup>98</sup> Igualmente, en aquellos casos donde se veía involucrada la libertad de expresión, con el fallo Lüth, y la proclamación de un orden ob-

---

Alemanes, el Dr. Hans Martin Schleyer, secuestrado durante el «Otoño alemán», por la Fracción del Ejército Rojo (RAF), (grupo terrorista) de aquél país. Sus demandas consistían en la liberación de las principales cabecillas del movimiento, que en ese entonces permanecían en una prisión alemana (BVerfGE 46, 160, párr. 12-16).

<sup>95</sup> STERN, Klaus, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, West deutscher Verlag, Bayern, p. 7; M. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005, p. 23.

<sup>96</sup> HÄBERLE, Peter, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en VAN OUYEN, Robert C. y MÖLLERS, Martin H. W. (Eds.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Springer, Verlag für Sozialwissenschaften, Heidelberg, pp. 35-46.

<sup>97</sup> ZAIDEN BENVINDO, Juliano, *On the Limits of Constitutional Adjudication (Deconstructing Balancing and Judicial Activism)*, Springer, Heidelberg, 2010, p. 49; RIEDEL, Eibe y WOLFRUM, Rüdiger (eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer-Instituto Max-Planck, Heidelberg, 2008, p. 26; VAN-BERG, Georg, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 111.

<sup>98</sup> ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 41-42.

jetivo de valores,<sup>99</sup> así como el nacimiento del Estado Social de Derecho.<sup>100</sup>

Asimismo, la negativa de conceder el registro a los Partidos Comunista y Nacionalsocialista, por ir en contra del principio democrático, de acuerdo a una interpretación conforme del concepto de necesidad social imperiosa.<sup>101</sup> El juez se legitima entonces a través del paradigma de la racionalidad. Solo aquellas decisiones que son racionalmente aceptables,<sup>102</sup> legitiman la labor judicial, no solamente desde el punto de vista institucional, sino social y democrático. Si la Constitución se constituye como el consenso fundamental donde coinciden valores y principios que los ciudadanos han decidido aceptar, por ende, el Tribunal Constitucional es el defensor de los mismos.

Dicho lo anterior, la confianza depositada en una institución como los Tribunales es una gran encomienda, ya que el principal

---

<sup>99</sup> La sentencia consistió en revocar el fallo del tribunal estatal de Hamburgo, que había condenado a Lüth a una indemnización civil a favor de Veit Harlan, por considerar los llamados al boicot realizado por el director de una Agencia de Prensa en Hamburgo, Erich Lüth, contra la película «Unsterbliche Geliebte» (La amada inmortal), del cineasta colaborador del régimen nacionalsocialista, Veit Harlan, no eran amparados por la libertad de expresión. BVerfGE 7, 198, párr. 1 y 27. HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2005, p. 34.

<sup>100</sup> ZACHER, Hans F., *Social Policy in the Federal Republic of Germany (The Constitution of the Social)*, Springer-Ministerio Federal del Trabajo-Archivo Federal, Heidelberg, 2013, p. 13.

<sup>101</sup> Sentencia de la Segunda Sala del 2 de marzo de 1977. 2 BvE 1/76. (BverfGE 2, 1-SRP-Verbot). KOMMERS, Donald P., *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Chicago, 1997; LOEWENSTEIN, Karl, «Militant Democracy and Fundamental Rights II», en *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 4, Agosto, American Political Science Association, Washington, 1937, pp. 638-658.

<sup>102</sup> WEBER, Max, *Economía y Sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 660.

argumento en contra de tan elevada función, es el argumento contramayoritario. Es decir, unos pocos tomando las decisiones que nos toca a todos democráticamente.<sup>103</sup> Cuestiones como la despenalización del aborto, eutanasia, matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo, justiciabilidad de los derechos sociales, entre otras, son algunas temáticas controvertidas en las que la sociedad voltea hacia sus Tribunales y demanda con mayor ímpetu una actitud responsable y madura. Los juicios paralelos por la prensa son ejemplo del debilitamiento institucional que puede ocurrir como consecuencia del flujo suficiente o insuficiente de información.<sup>104</sup>

Sin embargo, sus decisiones no son parte de lo que podamos decidir o no por mayoría. Su legitimación se deriva de la faceta democrática de la justicia. La democracia sustancial, sostiene Ferrajoli, son aquellas cuestiones relacionadas con los Derechos Fundamentales, que se encuentran exentas de la voluntad mayoritaria y se deben sujetar a un escrutinio estricto del juzgador, que ha sido avalado por el propio poder legislativo.<sup>105</sup> En este sentido, la labor del juez se convierte en un peldaño necesario para el fortalecimiento institucional y democrático.

---

<sup>103</sup> LINARES, Sebastián, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008; Sobre este punto es clásico el debate Kelsen vs Schmitt sobre quien debía ser el defensor de la Constitución: KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1995, p. 72; SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución (Estudio sobre las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la Constitución)*, Tecnos, Madrid, 1983.

<sup>104</sup> PERSILY, Nathaniel, CITRIN, Jack (et. al.) (Eds.), *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford University Press, New York, 2008; KRAMER, Larry D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

<sup>105</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris (Teoría del derecho y de la democracia)*, T. 2. *Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013, p. 9-13.

De esta manera, el juez se legitima cuando su actuación se ajusta al cumplimiento de las siguientes funciones.<sup>106</sup>

- a) Defensa de la constitución;
- b) Custodia del ordenamiento jurídico;
- c) Garante del derecho de tutela;
- d) Protección de los Derechos Fundamentales;
- e) Promoción de los Derechos Sociales.

Ahora bien, este contexto de indeterminación y de conceptos abiertos, tales como los principios, consagrados en las Constituciones contemporáneas, merecen una correcta concreción, a partir del ejercicio de la discrecionalidad judicial, conforme a un adecuado ejercicio de la interpretación y argumentación jurídica. De lo contrario, la labor en la judicatura quedaría reducida a una faceta de autoridad formal y jerárquica. De acuerdo a ello, en la siguiente sección se realiza un análisis sobre ello.

## 2. El nuevo constitucionalismo de principios y valores

Al contrario de las normas ordinarias, la Constitución contiene un denso contenido fragmentario, indeterminado y complejo. Su concepción se adhiere al modelo de Constitución como un orden marco, donde se fijan las reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión política.<sup>107</sup> Al respecto, el profesor Böckenförde explica.

---

<sup>106</sup> BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, «Las funciones y los poderes del juez en una sociedad democrática», en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. (*La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*), Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 150.

<sup>107</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Los métodos de la interpretación constitucional-Inventario y crítica» en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de

Un contenido normativo vinculante no se puede obtener de un texto normativo marco, vago, como es típico para la mayoría de las normas constitucionales, sin recurrir a una teoría de la Constitución (teoría de los derechos fundamentales), a su vez obligatoria, a la que se corresponda la función de directriz normativa para la interpretación.

[...]

El análisis de los diferentes métodos de interpretación indica que el punto decisivo para un fortalecimiento o una recuperación de la normatividad de la Constitución —cuando esta es requerida— no descansa en una depuración y meditación metodológica de los singulares pasos interpretativos, por muy importante que estos sean. Más bien, radica en la orientación de la interpretación a un concepto de Constitución, o más exactamente, a una teoría de la Constitución que sea capaz de consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación.<sup>108</sup>

Luego entonces, es posible afirmar que todo proceso de concreción de normas de derechos fundamentales trae consigo una concepción de una determinada teoría constitucional, luego entonces, esto implica una visión sustancialista de la teoría constitucional. La indeterminación, imprecisión y vaguedad de las normas jurídicas son características inherentes a este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Desde una óptica legalista, se podría afirmar que estas cualidades representan síntomas negativos, sin embargo, consideramos que este proceso debe ser visto como un elemento positivo para abonar hacia el respeto a la pluralidad y la coexistencia de valores, que en ocasiones, no son suficientes de aprehender por el legislador al momento de elaborar las normas jurídicas.

---

Francisco J. Bastida, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43.

<sup>108</sup> *Ibid.*, pp. 34-37.

El jurista Fuller, ha puesto de manifiesto dicha situación, afirmando la existencia de 8 principios de legalidad que integran la moral interna del derecho como aspiración ideal de concreción en un sistema jurídico. Entre ellos, se encuentran los siguientes: precisión y claridad en la ley, generalidad, promulgación, irretroactividad, ausencia de contradicciones en la legislación, fines posibles a seguir por las normas, estabilidad del derecho a través del tiempo al objeto de que sirva de guía de conducta a sus destinatarios y la congruencia entre la ley oficial y la declarada por los tribunales.<sup>109</sup>

La doctrina de la completitud del derecho ha tenido un fuerte arraigo en nuestros sistemas de tradición jurídica romano-germana. La idea de plenitud se presenta como un encanto del formalismo jurídico, a manera de espejismo, donde existen soluciones posibles a todos los casos que se presentan al intérprete judicial. Esta visión de coherencia, unidad y plenitud del ordenamiento jurídico guarda relación intrínseca con la concepción misma de Estado y el respeto al proceso de creación de las normas. En Kelsen, esta visión adquiere vigencia a partir de su enfoque mismo de Estado, así como en la construcción de su teoría del derecho sobre las normas jurídicas, la idea de coherencia y plenitud de las mismas, donde las lagunas conforman una ficción más dentro del positivismo jurídico, ya que el operador debe ajustarse a encontrar la respuesta dentro del mismo ordenamiento.

Ahora bien, en contraposición a esta visión determinista y hermética, se encuentra la doctrina de la indeterminación de los sistemas jurídicos. Dicha exposición, encuentra su mejor representante en las ideas sobre la reformulación del positivismo jurídico, a partir de la aceptación conceptual entre el derecho y la moral, en autores como Hart.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> FULLER, L. L., *La moral del derecho*, Trillas, México, 1967, p. 56 y ss.

<sup>110</sup> BIX, Bryan, Law, *Language and legal determinacy*, Clarendon Press, Oxford University Press, New York, p. 19.

La afirmación sobre la tesis de la incertidumbre del profesor de la Universidad de Oxford es muy clara: «la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses».<sup>111</sup> Entonces, surge la necesidad de que el intérprete goce de un margen de actuación, al no contar con reglas claras y el desconocimiento de los hechos futuros, así como la imprevisibilidad del propio sistema normativo.

Tenemos ante nosotros dos paradigmas en apariencia contradictorios. El primero, pugna por encontrar en el propio ordenamiento la solución a todos los casos posibles; mientras que el segundo, admite la posibilidad de creación del derecho por los propios Tribunales. El desplazamiento paulatino del antiguo modelo de Estado de Derecho, y la sustitución del mismo por el Estado Constitucional moderno, son elementos clave para la revaloración de los textos jurídicos.

Mientras que en el primer modelo, se expresa el sometimiento del mismo a un conjunto de normas e instituciones jurídicas; en el Estado Constitucional tiene vigencia la aplicación y eficacia directa de la Norma Fundamental en el resto del ordenamiento jurídico.<sup>112</sup> En tal sentido, los jueces deben ser garantes del principio democrático y el normal funcionamiento de los organismos judiciales. Ineludiblemente, su actividad se enmarca en la discrecionalidad judicial, es decir, en el margen de maniobra que tiene el operador judicial al momento de concretar las normas, así como el empleo de una teoría de principios, cuya función primordial consiste en brindar un marco de orientación para resolver los conflictos políticos y sociales, a partir

---

<sup>111</sup> HART, L. A., *El concepto del derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 160.

<sup>112</sup> SCHNEIDER, Hans Peter, «Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales» en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-115; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

de la interpretación de estos principios y siguiendo las pautas del razonamiento jurídico.<sup>113</sup>

Esta exigencia no es únicamente del juez constitucional, sino que ha sido extensamente difundida por los Tribunales supranacionales a cada uno de los intérpretes y aplicadores de las normas, y con mayor razón, en lo concerniente a los derechos fundamentales, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el control de convencionalidad,<sup>114</sup> y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), a través del control del derecho comunitario por cualquier juez.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> VON BOGDANDY, Armin, «Constitutional Principles» en VON BOGDANDY, Armin y BAST Jürgen, (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 5-6.

<sup>114</sup> Al respecto, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH): Almonacid Arellano (26 de septiembre de 2006, considerandos 124 y 125). Seguida por los casos: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros c. Perú, 24 de noviembre de 2006, considerando 128); La Cantuta (29 de noviembre de 2006, considerando 173); Boyce vs. Barbados (20 de noviembre de 2007, considerando 78) ; Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes (9 de mayo de 2008, considerando 63) , Heliodoro Portugal (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1) ; Radilla Pacheco, (23 de noviembre de 2009, considerando 332) ; Manuel Cepeda Vargas (26 de mayo de 2010, considerando 208); Comunidad Indígena Xákmok Kásek (24 de agosto de 2010, considerando 311) ; Fernández Ortega (30 de agosto de 2010, considerando 237); Rosendo Cantú (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220) ; Ibsen Cárdenas y otro (1o. de septiembre de 2010, considerando 202) ; Velez Loor (23 de noviembre de 2010, considerando 287) ; Gomes Lund (24 de noviembre de 2010, considerando 176) ; Cabrera García-Montiel Flores (26 de noviembre de 2010, considerando 225); Caso Gelman vs Uruguay (sentencia de 24 de febrero de 2011, considerando 193; Caso Chocrón vs Venezuela (sentencia de 1 de julio de 2011, considerando 164); Caso López Mendoza vs Venezuela (sentencia de 1 de septiembre de 2011, considerando 226); Caso Fontevecchia y Caso D' amico vs Argentina (sentencia de 29 de noviembre de 2011, considerando 93); Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile (sentencia de 21 de noviembre de 2012, considerando 282).

<sup>115</sup> Caso: Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, párr. 24; FERRERES COMELLA,

### **3. El modelo de juez constitucional del siglo XXI: defensor de valores y principios**

Una de las características fundamentales de las sociedades modernas es el pluralismo político y axiológico, el cual ha permeado los sistemas constitucionales y legislativos contemporáneos. En la modernidad, el profesor alemán Peter Häberle advierte que la interpretación constitucional debe ser un proceso abierto, pedagógico-social, a través de la enseñanza de valores como la ética social, tolerancia, democracia, dignidad humana, solidaridad, dándole al ciudadano un sentido de pertenencia a su comunidad mediante la pluralidad.<sup>116</sup> Inclusive, el profesor de la Universidad de Bayreuth, considera a la cultura como un elemento más del Estado. Su visión de la Constitución como parte de la cultura es otra de las originalidades de su planteamiento, dado que es en ésta donde se plasman valores y principios que la sociedad, en un consenso, ha decidido asumir como propios.

Un Estado Constitucional de Derecho no puede soslayar el aspecto plural de la sociedad. Por lo que la visión dúctil y flexible del derecho presentada por el autor italiano Gustavo Zagrebelsky, puede

---

Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011; RIPOL CARULLA, Santiago, «Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 79, Madrid, 2007, pp. 309-346; SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, «Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 33, año 11, Madrid, 1991, pp. 175-207; DIEZ PICAZO, Luís María, «El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 54, año 18, Madrid, 1998, pp. 255-272.

<sup>116</sup> HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1ª ed. 2001, pp. 149-156.

aportar luces sobre las visiones que hoy en día son tomadas en cuenta por los jueces al momento de resolver conflictos donde están involucrados principios y valores constitucionales, en los cuales no es suficiente la aplicación mecánica de reglas, sino la ponderación de los valores en conflicto y el sacrificio menos excesivo de otros, en aras de optimizar, para obtener mejores resultados.<sup>117</sup>

Una de las características fundamentales de ese Constitucionalismo contemporáneo es la existencia de principios, más allá de la aplicación de reglas de manera mecánica en casos difíciles. La ductilidad de la Constitución reside en esa coexistencia de valores y principios, cuyo cometido principal es la unidad y la integración. En este sentido, el jurista italiano afirma lo siguiente:<sup>118</sup>

La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten –conceptos- mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos aunque con ciertos movimientos de oscilación [...] ya que los jueces son garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional, de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia.

Esta acepción se encuentra dirigida en contra del denso formalismo todavía existente en muchos de nuestros sistemas jurídicos, que han soslayado el aspecto ético (inherente) de las normas constitucionales. La virtud principal del juez en la actualidad, es precisa-

---

<sup>117</sup> CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009; SIECKMANN, Jan-R (Ed.), *Derechos Fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la Teoría Jurídica De Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011; SIECKMANN, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

<sup>118</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 17 y 153.

mente garantizar la coexistencia de estos tres elementos: ley, derecho y justicia, a través de métodos de interpretación cada vez más dinámicos, y acordes a la realidad social del momento. Por consiguiente, el concepto de Estado de Derecho, se debe orientar hacia una dialéctica del proceso judicial, siempre inacabado e históricamente abierto.

Particularmente, la historia constitucional, según el autor italiano, debe servir como base fundamental para dotar de sentido y comprender las aspiraciones y necesidades de nuestra época, ya que la tradición romano-germana ha estado impregnada por un positivismo jurídico y un formalismo jurídico a ultranza, que ha debilitado e impedido el fortalecimiento y consolidación de los procesos constitucionales. Sobre este punto sostiene: «La historia constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro.»<sup>119</sup>

A través del empleo del método de la historia constitucional, el autor hace un recorrido sobre los tres grandes movimientos liberales de Declaración de Derechos, afirmando la influencia de las tres grandes corrientes del pensamiento político moderno: el liberalismo, el socialismo y el cristianismo social.<sup>120</sup> Su crítica se dirige en contra de la concepción reduccionista y desligada del derecho a la realidad, así como al fundamento estatalista y de culto al legislador, a partir de una visión flexible de los derechos como principios y su aseguramiento por medio de su aplicación judicial. De esta manera, uno de los rasgos característicos del constitucionalismo actual, consiste en la fijación de normas constitucionales y principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 91.

<sup>120</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit.*, p. 73.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 93.

Y es precisamente pasada la Segunda Guerra Mundial, cuando inicia el replanteamiento conceptual y material en torno al modelo estatalista de derecho, donde las constituciones van a representar el intento por recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo. De manera que la Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, «una norma directiva fundamental».<sup>122</sup>

Los jueces continúan cultivando la idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos válidos en cuanto tales, alejándolos de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta.

...

El legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del derecho, y no como todo el derecho. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico.<sup>123</sup>

La construcción conceptual del derecho dúctil contiene una fuerte crítica en contra del formalismo rígido y de la aplicación mecánica de reglas para resolver los duros y difíciles conflictos donde se involucran principios y valores constitucionales. «El derecho como disciplina práctica está anclado a la realidad».<sup>124</sup> Los principios no determinan el ordenamiento sólo a través de derivaciones deductivas que imiten torpemente a las ciencias lógico-formales. Zagrebelsky se adhiere a una visión principialista del derecho, a partir de una dog-

---

<sup>122</sup> FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000, p. 133.

<sup>123</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, op. cit., p. 110. p. 121. p. 124. p. 150. p. 153.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 113.

mática constitucional flexible, y una sistematización estricta a partir del método histórico-constitucional, así como una comprensión de los fenómenos que han incidido en el mismo. Por consiguiente, se encuentra a favor de una discrecionalidad judicial, misma tesis que será explicada a continuación.

#### **4. La función hermenéutica del juez en la concreción de principios**

¿Qué tipo de jueces queremos en nuestras sociedades? Es una de las constantes interrogantes de nuestras democracias contemporáneas ¿Un juez activo, dinámico, protagonista de los problemas que son sometidos a su conocimiento? O, ¿un juez reservado, que se limite a la «aplicación» de la ley en un sentido estricto, y sea respetuoso del principio democrático, dejando las decisiones a las mayorías parlamentarias electas a través de procesos democráticos? ¿En qué medida exigimos al juez (como sociedad), cumplir con su responsabilidad si no se otorga un voto de confianza a su quehacer (también) democrático?

La teoría jurídica clásica y contemporánea ha evaluado desde distintas perspectivas la actividad judicial. En este sentido, es útil la visión que ofrecen autores como Kelsen, Dworkin, Hart y Endicott, quienes permiten debatir con mejores argumentos, el ejercicio de la discrecionalidad judicial, en aras de que el juez preserve los valores y principios que le son encomendados en su función por la sociedad que democrática y consensualmente ha aprobado en su texto constitucional. Desde la doctrina de la Constitución como marco, al respecto, se analizarán algunas de las principales corrientes que explican este fenómeno, de acuerdo a los autores enunciados arriba.

Primeramente, es preciso aclarar el punto relativo a la confrontación entre los dos pensamientos que expondré a continuación. La

razón es muy sencilla, a pesar de que nos encontramos ante dos autores, que en apariencia resultan incompatibles, ya que, mientras Dworkin pugna o defiende un liberalismo político e incluso sostiene posturas iusnaturalistas, contrarias al positivismo jurídico (aunque éste se declare: no-iusnaturalista); por otra parte, Kelsen está a favor de una metodología positivista, donde subsisten incluso elementos de la filosofía kantiana. Por ende, la intención en este apartado es sostener la idea que en ambos persiste es la defensa de la tesis de la completitud del derecho, y por consiguiente, la negación de que éste sea indeterminado.

Si bien, este hallazgo se encuentra por caminos bastante distintos.<sup>125</sup> Es decir, en Kelsen será la «doctrina como marco»; y por otra parte, en Dworkin, su construcción teórica entre los derechos como principios, y su distinción entre las directrices y las reglas, así como su empleo por el juez al momento de enfrentarse a casos difíciles y la posibilidad de que en ellas puede encontrar la solución a todos ellos, será entonces la tesis de completitud la que tendré en cuenta al momento de analizar, en primer término la postura del jurista vienés Hans Kelsen, y en segundo término, la visión de Ronald Dworkin, y así fijar paralelismos en torno a la indeterminación y completitud en el derecho.

En principio, el jurista austriaco, defensor y máximo representante del positivismo jurídico durante el siglo pasado, defendía la tesis de la separación radical entre el derecho y la moral, con la intención de elaborar una *teoría del derecho* «purificada de toda ideología y de todo elemento científico-natural.»<sup>126</sup> El punto funda-

<sup>125</sup> DEL REAL, J. Alberto, «¿“Paradoja” de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 15, 2007, p. 7.

<sup>126</sup> KELSEN, Hans, «Prólogo a la primera edición» de *Teoría Pura del Derecho*, (traducción del original en alemán por Roberto J. Vernego), Porrúa, México, 2003, p. 7.

mental en su teoría, descansaba en obtener un conocimiento orientado únicamente en el derecho. De esta manera, su objetivo era «evitar un sincretismo metodológico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.»<sup>127</sup>

La teoría de Kelsen se va construyendo en varias etapas o fases, algunas más acentuadas que otras en la influencia del pensamiento kantiano por ejemplo, tal y como lo ha subrayado Bulygin: *fase en la coexisten elementos kantianos y positivistas sin conciencia de su antagonismo de fondo* (hasta 1940), un *fase de transición* (1940-60) y una *fase puramente positivista* (a partir de 1960).<sup>128</sup> La *teoría del derecho* brinda un esquema de interpretación y explicación del modelo normativo, a partir de la construcción conceptual de sus distintas figuras, como la norma jurídica fundamental, la cual dota de validez al resto del ordenamiento jurídico. Este intento por crear una teoría pura del derecho ha merecido serias críticas en torno a su pretendida *pureza*, en el sentido de ser así misma «impura», ya que «valora opciones metódicas y propugna como mejor una de ellas; en cuanto que incluso se presenta a sí misma como teoría una de ellas, como es el positivismo.»<sup>129</sup>

Es el derecho positivo donde el operador jurídico debe encontrar todas las respuestas, incluso, ante la existencia de conflictos entre normas, resolverá a partir de principios que el propio derecho positivo brinda, «el conflicto entre normas no es una contradicción lógica, la derogación que resuelve el conflicto no es un principio lógico-como lo creía la jurisprudencia tradicional- sino, la función de una norma de la moral positiva, especial, de una norma del derecho po-

---

<sup>127</sup> KELSEN, Hans, «Prólogo a la primera edición», op. cit., p. 7.

<sup>128</sup> BULIGYN, E., «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law», en *Ratio Iuris*, n.º 3, Blackwell Publishing Ltd, Oxford, 1990, p. 31.

<sup>129</sup> GARCÍA AMADO, Juan A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 145.

sitivo.»<sup>130</sup> En caso de existencia de lagunas, el jurista debe actuar o debe asumir una posición un tanto engañosa, es decir, debe actuar «como si» aquéllas no existieran, por consiguiente, debe pensarse en el sistema como un conjunto coherente y ausente de imperfecciones. De acuerdo a esta concepción, los jueces comulgarían con dicha acepción ideológica de que están atados a la ley, de modo que: «la mayoría de las veces ni siquiera serán conscientes de que lo que llaman laguna en realidad no existe como tal y es algo que ellos mismos crean para sustraerse a una decisión que parece gravemente inconveniente.»<sup>131</sup> Así, la idea de sujeción a la ley, será una creencia fuertemente arraigada durante el desarrollo del positivismo jurídico.

Existe un debate en torno a si la teoría del derecho de Kelsen contiene una tesis de la completitud o indeterminación del derecho. Si bien es cierto, que el jurista vienés distingue entre normas generales e individuales para diferenciar entre el carácter de cada una de ellas y su aplicación a los casos en concreto,<sup>132</sup> además de abordar el aspecto interpretativo en varias de sus obras, también ha sostenido una visión un tanto arraigada sobre la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico. Más bien, su postura se ha centrado hasta cierto punto, en determinar que era en el propio ordenamiento jurídico donde debían encontrarse todas las respuestas a los casos planteados.

En este sentido, la doctrina de Kelsen, sostiene entonces una tesis de completitud del derecho, debido a que éste niega la posibilidad de que existan lagunas en el ordenamiento jurídico, además de una tenue y leve discrecionalidad del operador jurídico. Ahora bien, esta

---

<sup>130</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994, p. 132; BINDDREITER, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the implications of Kelsen's Doctrine*, Kluwer Law International, London, 2002, p. 143.

<sup>131</sup> GARCÍA AMADO, Juan A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 159.

<sup>132</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, op. cit., p. 25

idea de completitud del derecho guarda íntima relación con su concepción de Estado. Al respecto, el jurista de Viena afirmará: «... el Estado como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad [...] Si el Estado es un sistema normativo, tiene que ser el orden jurídico positivo, pues es imposible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera.»<sup>133</sup>

Asimismo, su idea de interpretación forma parte de la *doctrina como marco*, consiste en que el sistema jurídico provee, para sí y para los casos judiciales, todas las respuestas a partir del propio ordenamiento. En tal sentido, admite que la jurisdicción es un acto de creación y producción del derecho, tal y como sucede con el proceso legislativo, este significará «una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho.»<sup>134</sup> Sin embargo, su posición en torno la teoría de las lagunas en el ordenamiento jurídico es equiparable a una ficción, ya que «es lógicamente posible, aun cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar.»<sup>135</sup> De acuerdo a ello, la teoría de las lagunas será calificada como «errada» por el propio profesor austriaco.

Reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. En el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho.

...

---

<sup>133</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, (trad. de Luis Legaz y Lecambra), (Edición y estudio preliminar <<Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen>> de José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 2002, pp. 26-27.

<sup>134</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 389.

<sup>135</sup> KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, (trad. de Eduardo García Máynez), UNAM, México, p. 177.

el legislador, para limitar esa autorización otorgada al tribunal, que reputa inevitable, recurra a la ficción de que el orden jurídico válido no puede ser aplicado en ciertos casos, no por razones subjetivas, moral-políticas, sino por razones objetivas, lógicas, y que, por ende, el juez sólo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna.<sup>136</sup>

Otros autores se han pronunciado sobre la negativa de, si en la teoría del derecho de Kelsen pueda encontrarse alguna especie de tesis de indeterminación, ya que el mismo jurista había negado la existencia de casos indeterminados, y que, en caso de existir, podrían ser resueltos ajustándose al propio ordenamiento jurídico.<sup>137</sup> Luego entonces, la teoría del derecho de raíz kelseniana sostiene los caracteres de eficacia, coactividad, unidad, coherencia del ordenamiento jurídico, cuya validez depende directamente de la norma presupuesta, es decir, de la Norma de Validez Fundamental.

Reitero, el paralelismo entre la doctrina de Kelsen y Dworkin pretendo encontrarlo en la idea de completitud y no en su postura ideológica en torno a la fundamentación filosófica de sus postulados. Cabe aclarar que la visión teórico-política de Dworkin podría quedar inscrita bajo el esquema neoiusnaturalista.<sup>138</sup> El jurista de Oxford, se adhiere a una postura crítica de los derechos como: «criaturas de la moralidad». La posición que adopta es de derechos morales en contra del Estado, cuya exigencia se centra en «una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética».<sup>139</sup> Los principios morales y

---

<sup>136</sup> KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 1993, p. 255

<sup>137</sup> DEL REAL, J. Alberto, «¿“Paradoja” de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica», p. 7.

<sup>138</sup> PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Editorial Tebar, Madrid, 2007, pp. 36-37.

<sup>139</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999, pp. 230 y 233.

jurídicos tienen un papel preponderante en el razonamiento de los jueces para la solución de casos difíciles.<sup>140</sup>

De igual forma, postula el modelo del Juez Hércules, quien debe ejercer una discrecionalidad fuerte, ya que se encuentra obligado a encontrar todas las respuestas, dentro del ordenamiento jurídico, así como el empleo de los principios para la solución de casos, su «...interpretación debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que implica una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política».<sup>141</sup> El empleo de la teoría política como un instrumento en la resolución de casos y el logro de la justicia, es fundamental dentro de su teoría.<sup>142</sup>

El jurista se acerca más a la idea de la completitud que de la indeterminación, toda vez que es precisamente su modelo de discrecionalidad judicial, el que es capaz de encontrar todas las soluciones posibles a partir de la integración y la interpretación en base a principios. La teoría dworkiniana defiende un antipositivismo jurídico que alega la completitud del derecho, pues el modelo de juez pugnado por el propio autor se ancla bajo un esquema de indeterminación, pero pide ser tratado «como si» tuviera todas las respuestas.<sup>143</sup> Sobre este punto, sus críticos afirman:

---

<sup>140</sup> DWORKIN, Ronald, *The moral reading of the american Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, p. 3.

<sup>141</sup> DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Madrid, Ariel, 1999, p. 267.

<sup>142</sup> DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011, p. 1.

<sup>143</sup> DEL REAL, J. Alberto, «La “doctrina de la completitud” del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo», en VV. AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* 4 volúmenes, volumen II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 428.

El fundamento del procedimiento hercúleo es la *conexión conceptual* entre el Derecho y la moral, a partir de una *teoría de las fuentes del Derecho* inclusiva del Derecho *explícito* y de los contenidos *implícitos* del Derecho legislado, desde la que deriva, y proclama, que el sistema jurídico siempre ha previsto una respuesta «correcta» para cualquier controversia jurídica actual o posible.<sup>144</sup>

Esta teoría brinda la posibilidad de encontrar la respuesta a partir del empleo en la interpretación de las reglas y los principios. Cuando el iusfilósofo americano trata de responder a la cuestión de si el derecho es un sistema de reglas, contesta negativamente y pretende justificarlo, afirmando que en un sistema jurídico se constituye a partir de una visión reduccionista del positivismo jurídico, pero que la misma requiere ser ampliada, a partir de estándares propios del poder legislativo, las cuales constituirán las directrices políticas, es decir, aquéllos objetivos que pretenden ser alcanzados, debido a que éstos implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad.

Ahora bien, cuando se refiere a los principios, explica que éstos constituyen exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad, cuya pertenencia al derecho queda justificada en razón de su contenido, debido a que constituyen un núcleo básico del sistema jurídico. La diferencia entre las reglas y los principios, reside en la forma en que se resolverán los posibles conflictos o antinomias normativas. Es decir, cuando dos principios se encuentren en conflicto, dentro de un sistema constitucional, será necesario resolver apelando a consideraciones que incluso trascienden a la norma misma, tomando el peso de cada principio en colisión. En sentido contrario, las reglas operan en el sentido del «todo o nada». Es decir, tienen aplica-

---

<sup>144</sup> DEL REAL, J. Alberto, «La “doctrina de la completitud” del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo», *op. cit.*, p. 443.

ción o no, mientras que los principios son el fruto del acto, de la creación o invención del jurista que resuelve.<sup>145</sup>

Bajo este contexto, Dworkin también elabora una crítica severa en contra del modelo de su antecesor Hart, en el sentido de atacar la idea de la creación del derecho a través de una textura abierta del lenguaje normativo y la discrecionalidad judicial. Su crítica se centra en varios aspectos, sosteniendo básicamente lo siguiente.<sup>146</sup>

- a) es antidemocrática, ya que altera el régimen de división de poderes instalando al juez, en lugar del legislador;
- b) es injusta, desde que propone la aplicación retroactiva del derecho, dado que *ex post facto*, se aplica a una solución, y
- c) contradice el lenguaje de los juristas, ya que los justiciables acuden a los tribunales no a pedir que se les cree derecho, sino a que se les reconozca.

De acuerdo a esto, es posible encontrar, incluso para los casos difíciles, la respuesta correcta. Para lograr lo anterior, pugna por el modelo del juez Hércules, a través de la fusión de la teoría de la ética y la teoría constitucional. La visión neoiusnaturalista que sostiene Dworkin, influye sin duda alguna, en la visión de la resolución de casos. Para él, los conflictos ante la justicia constitucional representan exigencias de principios morales y no otra cosa, de tal suerte que el derecho debe ser compatible con los principios de la moralidad política, lanzando, como ya lo hemos dicho previamente, atrevidas propuestas sobre una posible fusión entre la teoría de la ética y la

---

<sup>145</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 60 y ss.

<sup>146</sup> VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 48.

teoría constitucional.<sup>147</sup> En el siguiente apartado, se analizará la tesis de la indeterminación desde dos perspectivas iusfilosóficas contemporáneas.

En este apartado se realizará un estudio entre las tesis de la indeterminación que son defendidas por los autores Hart y Endicott. Cabe advertir que ambos pueden ser ubicados en el paradigma donde el parlamento no es soberano, ya que su autoridad se encuentra subordinada a los principios fundamentales del common law, así como la función en la tradición de precedentes judiciales iniciada mediante el judicial review por el juez Edward Cocke.<sup>148</sup>

El primero, autor de la obra «El concepto del derecho», sostiene una visión de un juez con un moderado poder discrecional para resolver casos judiciales, a través de un replanteamiento del positivismo jurídico, y la aceptación y reconciliación explícita entre el derecho y la moral que habían permanecido por décadas soslayadas, debido al fuerte arraigo del método positivista de corte kelseniana. Por otra parte, está Endicott, autor de «La vaguedad en el derecho», sostiene una postura bastante peculiar, en torno a la vaguedad como condición inescindible de los sistemas jurídicos. En este sentido, ambos defienden y pugnan por la idea del derecho incierto e indeterminado, a través de caminos no tan distintos, como presentaré a continuación.

La rehabilitación del análisis entre la moral y el derecho que realiza Hart, es primordial para tener una comprensión holística e integral del fenómeno en cuestión. La noción de jurista de Oxford no tiene que ver con un sistema de reglas (teoría de interpretación), su noción es, más bien, una dirección a tres aspectos: el Derecho, la

---

<sup>147</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 230 y 233.

<sup>148</sup> GOLDSWORTHY, Jeffrey, *Parliamentary sovereignty (Contemporary Debates)*, Oxford University Press, Nueva York, 2010, p. 1.

coerción y la moral.<sup>149</sup> En todos los casos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje. Existen en igual medida, casos obvios, fáciles, que aparecen en contextos similares, donde las expresiones normalmente son claramente aplicables. Sin embargo, también existen casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no. Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana presentan a diario, y que sólo exhiben algunas características del caso obvio, mientras que les faltan otras.<sup>150</sup>

En un principio, Hart se lanza en contra del formalismo jurídico, advirtiendo que este fenómeno se trata de la incapacidad del operador jurídico para individualizar las reglas a cada caso, «consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida.»<sup>151</sup> De acuerdo a lo anterior, identifica una «zona de penumbra», donde serán ubicados los *borderline cases*, es decir, fuera del ámbito de aplicación de las reglas.<sup>152</sup> Sobre esta tipología podríamos destacar los casos marginales, dudosos, indeterminados y difíciles.

Frente a los «casos difíciles» no será suficiente la formulación del problema jurídico en base a reglas, sino que es indispensable el razonamiento a partir de principios y valores. Esta visión conduce hacia un positivismo más incluyente, aceptando incluso que el derecho positivo debe incluir algún grado de moralidad. Dicho lo anterior, las posiciones en torno a este debate se han agrupado entre quienes defienden el positivismo jurídico en sentido amplio (coactividad,

---

<sup>149</sup> HART, H. L. A. (1992) *El concepto de Derecho*, [traducción: Genaro R. Carrió], Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina, 1961, p. 33.

<sup>150</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>151</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>152</sup> HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, (traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán), IJ-UNAM, México, 2000, p. 54.

legislativa e imperativa) y quienes se adhieren a un positivismo jurídico en sentido estricto (coherencia, plenitud y mecanicidad).<sup>153</sup>

La concepción de Hart sobre el sistema jurídico se encuentra en contra de la posición hermética del derecho. La idea de la textura abierta y los conceptos jurídicos indeterminados dan posibilidad al intérprete sobre toda una gama de casos dudosos, donde los jueces tienen la posibilidad «discrecional» acerca de los intereses que se encuentran en conflicto en cada caso en particular, de ahí el área de creación del derecho por los Tribunales, a partir de las reglas dadas a cada caso en particular. Aquí es donde tiene su arraigo el constitucionalismo de principios, al que me referido en líneas previas. La necesidad de concreción de las normas a través de herramientas que permitan al operador asignar su correcto significado, es una de las tareas más complejas en la interpretación y la argumentación jurídicas.

Continuando con esta idea, se encuentra a otro de los autores más significativos y originales de la filosofía del derecho contemporánea. Se trata del pensamiento jurídico del autor Timothy Endicott. Su postura inicial se centra en la idea radical en que la vaguedad es la primera fuente de indeterminación jurídica siguiendo la l. Sobre este punto afirma lo siguiente.

Las leyes pueden ser precisas, pero un sistema jurídico sin leyes vagas es imposible. La razón es que cualquier sistema jurídico necesita regular de un modo general una gran variedad de actividad humana [...] los estándares abstractos son vagos, y el Derecho de una comunidad necesariamente incluye estándares abstractos. [...]

---

<sup>153</sup> MORESO, José Juan, *Legal indeterminacy and constitutional interpretation*, Springer, Dordrecht, 1998, p. 170. MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo y REDONDO, Cristina, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Fontamara, México, 2002.

Hay una razón final de por qué el Derecho debe ser vago: la regulación de la vida de la comunidad no puede proceder sin considerar a los seres humanos responsables de las acciones.<sup>154</sup>

Es decir, la *vaguedad* se convierte en un rasgo imprescindible y hasta *necesario* del propio derecho. De acuerdo con lo anterior, la teoría interpretativa «debe aceptar la indeterminación del derecho como un resultado de la vaguedad en las consideraciones que son relevantes para emitir un juicio.» Es decir, aquélla no debería negar la indeterminación del derecho, sino todo lo contrario.<sup>155</sup> La vaguedad no debe reducirse al aspecto meramente lingüístico, ya que el proceso de interpretación es más que resolver indeterminaciones en el derecho, implica entonces una «atribución de intenciones de comunicación fácticas o contrafácticas»<sup>156</sup>, esta será una de las diferencias perceptibles de éste en relación con la tesis de Dworkin.

Siendo por consiguiente la vaguedad un rasgo esencial del derecho, el ideal del *imperio de la ley*, se convierte en una aspiración deseablemente incompleta, ya que es imposible que la vida de una comunidad estuviera gobernada completamente por el derecho. «Para tener sentido el imperio de la ley debemos concebirlo como un significado complejo entre la anarquía y la sobre-regulación.»<sup>157</sup> Las «dudas» y el «desacuerdo» serán las responsables de la existencia de una cantidad considerable de casos marginales. A primera vista, podríamos pensar que esto se contrapone de alguna forma al ideal de

---

<sup>154</sup> ENDICOTT, Timothy A.O., «El derecho es necesariamente vago», (traducción de J. Alberto del Real Alcalá), en *Derechos y Libertades*, Madrid, pp. 184 y 189.

<sup>155</sup> ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, (traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez), Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 241.

<sup>156</sup> ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, *op. cit.*, p. 252.

<sup>157</sup> ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, *op. cit.*, p. 287.

estabilidad y seguridad jurídica sobre el cual quedó cimentado nuestro Estado de Derecho durante el siglo XIX.

Sin embargo, es precisamente el derrumbe de ese paradigma ante el cual asistimos en el siglo XXI. La presencia de Constituciones invasoras como pluralistas y la coexistencia de valores, en ocasiones contradictorios entre sí, son algunos de los desafíos que se presentan hoy en día al operador judicial, la certeza en el derecho, como era sostenido antiguamente, no existe más, y el hermetismo del sistema jurídico que se aferra al ideal de la seguridad jurídica. Los Estados Constitucionales van más allá del formalismo, así como los valores clásicos como la generalidad y abstracción de la ley como únicas e inalterables.<sup>158</sup>

Conforme a lo anterior, la primera responsabilidad que tienen los jueces ante la sociedad, es el cumplimiento de los valores y principios. Para ello, es necesario el ejercicio de la discrecionalidad judicial, con el propósito de cumplir con el mandato de justicia que les encomienda el propio texto constitucional. Dicho esto, existe una relación intrínseca entre el ejercicio de la discrecionalidad judicial y la responsabilidad del juez, ya que el ejercicio activo y dinámico de la actividad jurisdiccional acarrea posibilidades de ser sujeto de responsabilidad, al igual que ser omiso en el ejercicio de su función.

Siguiendo este hilo conductor, el vínculo entre discrecionalidad y responsabilidad debe estar sujeto a los principios de transparencia, participación, responsabilidad, honestidad, coherencia y eficacia de la institución judicial. De lo contrario, su correcto y normal funcionamiento se pone en peligro. Estos principios constitucionales, incluyen también la administración de justicia, acorde a los plazos razonablemente establecidos, así como su responsabilidad en aquellos

---

<sup>158</sup> DEL REAL, J. Alberto, «Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, UNAM-IIJ, México, 2011, p. 694.

casos de dilación indebida o por error judicial. Situación que será analizada a continuación.

## **5. Las facetas de la responsabilidad institucional en la magistratura y el compromiso del juez ante la sociedad**

El juez tiene un compromiso ineludible de promover en la sociedad una actitud racionalmente fundada, de respeto y confianza hacia la administración de justicia.<sup>159</sup> Para lograr lo anterior, es indispensable el ejercicio tanto en el plano personal como profesional de la deontología judicial. Sin ella, su actividad profesional es incompleta. Asimismo, se encuentra obligado a responder por sus acciones, omisiones, así como por las consecuencias de su labor, ya sea que se trate de una cuestión relacionada con la tutela de justicia efectiva, o bien, relativa al buen desempeño de la institución que representa (personal, colegas).<sup>160</sup>

En un primer plano, podemos ubicar su responsabilidad ante la sociedad, como forma de cumplimentar el derecho de acceso a la justicia, y presupuesto fundamental en el Estado Constitucional de Derecho. Un proceso sin dilaciones indebidas, sin retrasos injustificados, de acuerdo a los plazos razonablemente establecidos, así como la responsabilidad administrativa por error judicial, forman parte del derecho fundamental de acceso a la justicia. La primera impresión del ciudadano sobre la institución judicial, es aquella en la que tiene la posibilidad de acudir ante los tribunales judiciales y obtener una respuesta, acorde a los tiempos y plazos que establezcan las leyes competentes. Una anomia en este derecho genera grandes frustracio-

---

<sup>159</sup> Artículo 43 del Código Iberoamericano de Ética Judicial (CIEJ).

<sup>160</sup> Artículo 44 CIEJ.

nes a la ciudadanía y provoca el descrédito de la institución judicial, debido a la incertidumbre causada a los justiciables.<sup>161</sup>

Por este motivo, en el primer subapartado, se estudiará este aspecto de la responsabilidad que tienen los jueces desde la perspectiva institucional, hacia los ciudadanos, en torno a su derecho fundamental de acceso a la justicia. En la siguiente sección, se analizará el tema del autogobierno judicial, a través de la creación de Consejos para lograr la buena administración, en base a los principios de profesionalismo, honradez, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas. Asimismo, enlazado con lo anterior, el tema de la responsabilidad civil y administrativa del Poder Judicial ante errores, dilaciones indebidas o retrasos injustificados.

## **6. La responsabilidad judicial en el marco del derecho fundamental de acceso a la justicia**

El derecho fundamental de acceso a la justicia guarda una relación intrínseca con la tutela de justicia efectiva, en el sentido de permitir a los justiciables el acceso a las instituciones, así como contar con recursos que les permitan entablar una acción ante los Tribunales competentes. Entendida la acción procesal como «el derecho de la persona que la ejercita a obtener del órgano jurisdiccional una sentencia que resuelva el litigio que plantea con su demanda, ya sea a favor o en contra de su pretensión, y la obligación correlativa de los órganos jurisdiccionales que únicamente estriba en desarrollar un proceso y dictar una sentencia para resolver dicho litigio.»<sup>162</sup> Asimismo-

<sup>161</sup> EDEL, Frédéric, *The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights*, Human Rights files, No. 16, Council for Europe Publishing, Strasbourg, 2007, p. 6.

<sup>162</sup> GÓMEZ LARA, C., *Teoría General del Proceso*, Harla, México, 1990, pp. 147-149.

mo, que los órganos resolutores gocen de autonomía e imparcialidad al momento de emitir sus fallos, a fin de garantizar su independencia en relación con los otros Poderes del Estado.

En tal sentido, la acción debe ser considerada como un verdadero derecho subjetivo, individualizado y determinado, misma que deriva de una obligación negativa y positiva de garantizar por el Poder Judicial. Por una parte, «respetar esa esfera de actividad [y la positiva] en prestar su función jurisdiccional para ese caso.»<sup>163</sup> Uno de los elementos y requisitos imprescindibles de este derecho fundamental es la *accesibilidad* y *efectividad* del mismo. Esto se refiere a que el justiciable tenga acceso al recurso y, que el Tribunal competente tenga las facultades necesarias para restituir a la presunta víctima en el goce de sus derechos, si se considerara que éstos habían sido violados.<sup>164</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha referido a este derecho fundamental de la siguiente manera.

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.<sup>165</sup>

Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de

---

<sup>163</sup> ECHANDÍA, D., *Teoría General del Proceso (Aplicable a toda clase de procesos)*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 177

<sup>164</sup> Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 102-103. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Reparaciones y Costas), párr. 136.

<sup>165</sup> SCIDH: Caso del Tribunal Constitucional vs Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, supra nota 8, párr. 89; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, supra nota 83, párr. 23.

justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.<sup>166</sup>

Se ha señalado también, que la efectividad tiene relación con que el Estado pueda brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos del precepto que regule procesalmente el derecho en cuestión.<sup>167</sup> La existencia de esta garantía «constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.»<sup>168</sup>

En tal sentido, tres son los requisitos exigidos por la jurisdicción internacional: la sencillez, la efectividad y la idoneidad, según se desprende de una interpretación sistemática de los dispositivos internacionales 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entendiendo por sencillez, la ausencia de trabas u obstáculos procesales innecesarios, inadecuados o desproporcionales, que dificulten el ejercicio del derecho en cuestión. Por efectividad, la posibilidad real de interponerlo. Y por idoneidad, que institucionalmente, exista el recurso en la legislación respectiva.

La dilación indebida o el retraso en los plazos legalmente establecidos producen el entorpecimiento del derecho de acceso a la justicia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha re-

<sup>166</sup> *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, *cit.*, supra nota 83, párr. 24.

<sup>167</sup> SCIDH: Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191; Caso del Pueblo *Saramaka*, supra nota 6, párr. 177; y Caso *Yvon Neptune*, supra nota 19, párr. 77. *Vid.* *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia Opinión Consultiva OC-9/87*, *cit.*, párr. 24.

<sup>168</sup> SCIDH: Caso *Castillo Páez Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82; Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 192; y Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 131.

ferido al cumplimiento de los plazos de manera razonable, para favorecer la credibilidad y efectividad en la impartición de justicia.<sup>169</sup> Su homóloga, la CIDH, ha señalado que «el exceso de un plazo razonable para resolver un juicio es una violación a las garantías judiciales y que corresponde al Estado justificar la dilación en la justicia.»<sup>170</sup> Este último Tribunal ha sido más estricto, en el sentido de acarrear responsabilidad por parte del Estado, a diferencia del TEDH, quien ha advertido, que este principio no libera de la obligación a los jueces de dar impulso al proceso, para la celeridad en la impartición de justicia.<sup>171</sup>

No obstante, ambos órganos se encuentran de acuerdo en los parámetros para analizar la razonabilidad de los plazos legales, por consiguiente, si el Poder Judicial ha satisfecho los requisitos del acceso a la justicia y no ha incurrido en dilación de justicia, acarreado algún tipo de responsabilidad. Al respecto, son los siguientes: la forma en que se determinan y computan los plazos, complejidad del asunto, conducta procesal de las partes, conducta procesal de las autoridades y afectación al justiciable.<sup>172</sup> Por otra parte, el TEDH señala que el plazo razonable deberá analizarse a la luz de las circunstan-

---

<sup>169</sup> Sobre el análisis de este punto, se realiza con base en el estudio jurisprudencial (TEDH y CIDH) exhaustivo que realiza el Mtro. Miguel Neria Govea en su artículo: «Plazos razonables y Debido proceso» en NÚÑEZ TORRES, Michael (Coord.) *El debido proceso en el Derecho Constitucional Procesal mexicano (A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales)*, Bosch, Madrid, 2013, pp. 115-119.

<sup>169</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH): H. v. France, 24 de octubre de 1989, párr. 58.

<sup>170</sup> SCIDH: Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 145.

<sup>171</sup> STEDH: Guincho v. Portugal, 10 de Julio de 1998, párr. 32.

<sup>172</sup> STEDH: Ruiz Mateos vs. España, 23 de junio de 1993, párr. 38 a 53; SCIDH : Genie Lacayo vs. Nicaragua, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 77.

cias específicas en cada caso<sup>173</sup>, o lo que la CIDH denomina: «análisis global del procedimiento.»<sup>174</sup>

Ahora bien, sobre los cómputos en los plazos, en materia civil se cuentan a partir de que se activa la instancia judicial, es decir, desde que se presenta la acción ante el órgano jurisdiccional competente, y finaliza, hasta que se agote la última instancia y tenga lugar la ejecución de la resolución que ponga fin al juicio.<sup>175</sup> Sobre la complejidad del asunto, se deben analizar las posibles consecuencias que pueda resentir la sociedad con la sentencia que se emita,<sup>176</sup> la naturaleza del caso,<sup>177</sup> así como en el número de las partes, de acusaciones, la dificultad en obtención y análisis de pruebas.<sup>178</sup>

## 7. El autogobierno judicial: la gestión de recursos y la responsabilidad civil y administrativa

Los órganos de gobierno del Poder Judicial están inspirados en el modelo europeo-continental de judicatura. De acuerdo a Karl Loewenstein, su función consiste en neutralizar de la mejor manera posible, la influencia del gobierno en el Poder Judicial.<sup>179</sup> De esta

<sup>173</sup> STEDH: Zimmermann and Steiner vs. Switzerland, 13 julio de 1983, párr. 24.

<sup>174</sup> SCIDH: Genie Lacayo vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 81.

<sup>175</sup> SCIDH: Cantos vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 57; STEDH: Buchholz vs. República Federal de Alemania, 6 de mayo de 1981, párr. 48.

<sup>176</sup> STEDH: Katte Klitsche de la Grange vs. Italia, 21 de abril y 19 de septiembre de 1994, párr. 62.

<sup>177</sup> SCIDH: González Medina y familiares vs. República Dominicana. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 258.

<sup>178</sup> STEDH: Caso Velichko v. Rusia, 15 de Enero de 2013, párr. 102.

<sup>179</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 302.

manera, se profesionaliza la labor jurisdiccional y se elige a los mejores candidatos para ocupar los puestos. Se han distinguido tres modelos en torno al autogobierno: externo, interno e institucional. De acuerdo al modelo externo, la administración y gestión está a cargo de órganos no integrados al Poder Judicial. Por otra parte, el modelo interno atribuye las decisiones de la materia, a los mismos órganos jurisdiccionales. Finalmente el institucional, encomienda el gobierno del Poder Judicial a órganos creados *ex professo* por el legislador para ese efecto. En tal sentido, el modelo español y mexicano, con el Consejo General del Poder Judicial (España) y el Consejo de la Judicatura Federal (México) forman parte de este último paradigma.<sup>180</sup>

Sobre este aspecto, cabe advertir la Declaración de Canarias, celebrada en 2001, titulada: «Los sistemas de Gobierno del Poder Judicial».<sup>181</sup> En tal sentido, recomendaba la realización de las tareas administrativas a órganos especializados, garantizando en todo momento los distintos mecanismos de comunicación y coordinación entre los organismos integrantes del Poder Judicial, con el propósito de administrar de manera más eficiente los recursos humanos y materiales, a fin de facilitar el cumplimiento de la labor jurisdiccional en condiciones de plena independencia.

Ejemplo de este modelo es el Consejo de la Judicatura Federal en México, cuyas atribuciones son velar por la independencia de los Jueces y Magistrados, cuidar que se apliquen los principios de la ca-

---

<sup>180</sup> MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, «El gobierno del Poder Judicial los modelos y el caso español» en *Revista de las Cortes Generales*, no. 35, Madrid, 1995, pp. 167-239; LÓPEZ GUERRA, Luis, «Reflexiones sobre los modelos de gobierno del Poder Judicial, tribunales y justicia constitucional» en VEGA GÓMEZ, Juan, y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, p. 250.

<sup>181</sup> DECLARACIÓN DE CANARIAS. DECLARACIÓN FINAL DE LA VI CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES Y TRIBUNALES SUPREMOS DE JUSTICIA. 3.6 ÁREA TEMÁTICA: SISTEMAS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL.

rera judicial y garantizar la adecuada calificación de las personas encargadas de la impartición de la justicia federal. Asimismo, tiene a su encargo la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación (PJF), con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del mismo PJF. La idea fundamental del establecimiento de dicho órgano, fue precisamente, elevar la calidad profesional de los juzgadores federales, para este propósito, se haría efectiva la carrera judicial.<sup>182</sup>

Para evaluar su correcto funcionamiento, resulta pertinente trasladar el paradigma de la gobernanza al plano del autogobierno judicial, tal y como defiende Juan Antonio Xiol Ríos, Ex presidente del Tribunal Supremo Español.<sup>183</sup> Esto, con el propósito de superar el antiguo paradigma burocrático de la judicatura y comprender «los fines que debe perseguir el órgano de gobierno del Poder Judicial y una base para aplicar nuevos conceptos mediante los cuales tratar de conseguir esos fines con mayor efectividad.»<sup>184</sup>

Conforme con lo anterior, la Gobernanza, es definida por Naciones Unidas, como el ejercicio de la autoridad política, económica y administrativa para manejar los asuntos de la nación. Es un complejo de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones, a través de los cuales los ciudadanos y los grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones, y median sus diferencias.<sup>185</sup> Entre los principios de la buena gobernanza en el plano europeo se encuentran los

---

<sup>182</sup> MELGAR ADALID, Mario, «Comentarios al artículo 100 Constitucional» en CARBONELL, Miguel (Coord.) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Comentada y concordada)*, UNAM-IIIJ, México, 2009, p. 131.

<sup>183</sup> «Constitución, ley, ciudadanos, juez», en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. *op. cit.*, p. 42.

<sup>184</sup> *Ibid.* p. 43.

<sup>185</sup> *Reconceptualising Governance (Discussion paper 2)*, Management Development and Governance Division-Bureau for Policy and Programme Support-United Nations Development Programme, New York, 1997, p. 9.

siguientes: apertura, participación, eficacia y coherencia<sup>186</sup> que resumo a continuación.

- Apertura: consiste en el trabajo de frente a la ciudadanía, mediante una comunicación más efectiva y a través de un lenguaje ciudadano, con el fin de fomentar la confianza en las instituciones.
- Participación: implica el involucramiento de los ciudadanos en cada una de las fases de los procesos de autogestión. Como ejemplo más evidente, es la opinión de sectores como Colegios de Abogados en la designación de Consejeros o Jueces.
- Responsabilidad: se refiere al control y gestión de la actividad de los funcionarios del Poder Judicial, a través de los órganos se encargan de velar por la disciplina judicial.
- Eficacia: implica actuar de acuerdo a los objetivos establecidos de forma eficiente y oportuna.
- Coherencia: relativo a que las políticas judiciales emprendidas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles.

De acuerdo a ello, la justicia debe ser un servicio público eficiente, cuyos resultados puedan ser medibles a través de procesos objetivos, transparentes, y susceptibles de exigencia de responsabilidades, en casos de anomalía. Un concepto de justicia eficiente propuesto por especialistas, es el siguiente: aquella que garantiza el acceso a ella de los ciudadanos y proporciona respuesta predecible y adecuada en un tiempo razonable.<sup>187</sup>

En lo concerniente a los tipos de responsabilidad existentes como resultado de una deficiente administración de justicia, se encuentra

---

<sup>186</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, La Gobernanza Europea (Un Libro Blanco), Bruselas, 2001, p. 12.

<sup>187</sup> XIOL RÍOS, Juan Antonio, «Constitución, ley, ciudadanos, juez», *op. cit.*, p. 42.

el civil, penal, administrativa y política, como consecuencia del error judicial o dilación indebida. La primera clase de responsabilidad (civil) es un tanto anticuada y de compleja realización, explica el destacado profesor Ignacio Díez-Picazo,<sup>188</sup> por razones sociopolíticas, además de su carácter personal. Los supuestos de la responsabilidad patrimonial del estado se dan en aquellos casos de error judicial y/o funcionamiento anormal en la administración de justicia. El primero, contiene los daños derivados de las actividades judiciales que impliquen un juicio, es decir, aquellos errores de hecho y de derecho que ha cometido un juez en el ejercicio de la función jurisdiccional. Por otra parte, el funcionamiento anormal, será todo aquello que quede fuera del error judicial.<sup>189</sup> Para otros autores, el funcionamiento anormal es un concepto jurídico indeterminado, que sólo puede tener concreción en cada supuesto, frente a lo que se considere como «diligencia media exigible a la actuación de la administración de justicia.»<sup>190</sup>

Para Cienfuegos Salgado, el error judicial consiste en «la equivocación de un juez o magistrado cometida en el ejercicio del servicio público de administración de justicia, generadora de un daño.»<sup>191</sup> Siguiendo a Uriarte y Jiménez, el profesor Miguel Alejandro López Olvera, identifica una serie de elementos del error judicial.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> DÍEZ-PICAZO, Ignacio, *Poder Judicial y responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, p. 39.

<sup>189</sup> *Ibid.*, pp. 142-143.

<sup>190</sup> HIGUERA AGEJAS, Fuencisla, «La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la administración judicial y error judicial» en DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (Dir.), *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 257.

<sup>191</sup> CIENFUEGOS SALGADO, David, «Responsabilidad estatal y error judicial en México», en *Lex, Difusión y Análisis*, No. 62, México, 2000, p. 19.

<sup>192</sup> LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, «La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», en DAMSKY, Isaac Augusto, LÓPEZ OLVERA, Miguel Ale-

- a) Debe existir, por parte del juzgador, la aplicación de un precepto legal inexistente, caduco o con una integración palmaria y bien expresiva en su sentido contrario o con decidida oposición a la legalidad.
- b) Asimismo, existe error judicial en el evento que el juez o magistrado efectúe una interpretación manifiestamente errónea de la norma legal.
- c) También se verifica un error judicial cuando en la fijación de los hechos se incluyen equivocaciones evidentes y palmarias. Por ejemplo, se plantearía el error al omitirse trascendentalmente los hechos o al atender a otros distintos de los que integran el *factum* del litigio.
- d) Por último, el error judicial se produce cuando se desatendan datos de carácter indiscutible, sin que pueda confundirse con una nueva instancia.

A pesar de los enormes esfuerzos que se realizan en Iberoamérica para concientizar sobre la responsabilidad patrimonial en las anomalías relacionadas con la administración de justicia, aún existen naciones como México, donde se ha comenzado tarde en la construcción de instrumentos judiciales para solicitar la reparación de los daños ocasionados por una deficiente administración de justicia, pues su Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial data del año 2004. En comparación de naciones como Colombia que ha tenido un avance bastante notable, o Argentina, que a pesar de no contar con una legislación expresa, la evolución jurisprudencial es considerable en lo concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado, así como algunas anomalías derivadas de una mala administración de justicia. En sentido contrario, desde el punto de vista de la responsabilidad

---

jandro (et. al.) (Coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del estado en Argentina, Colombia y México*, UNAM-IIJ, México, 2007, p. 602.

administrativa, el Poder Judicial de la Federación en México cuenta con una destacada línea de precedentes y criterios orientativos para el correcto desempeño de la función judicial, destacando los Criterios en materia Disciplinaria, emitidos por el Consejo de la Judicatura Federal.

### Capítulo 3

## JUSTICIA Y EQUIDAD COMO VALORES ESENCIALES EN LA ÉTICA JUDICIAL

### Introducción

Bien conocida es la concepción de Aristóteles sobre justicia distributiva y justicia correctiva.<sup>193</sup> Mientras que la primera pertenece a un esquema formal, la segunda responde a un criterio de equidad, en la cual se toma en cuenta el contexto y las cualidades de los sujetos.<sup>194</sup> En este sentido, el rol de la equidad es prevenir que el derecho se

---

<sup>193</sup> *Ética a Nicomaco* es un Tratado de Aristóteles que constituye la piedra angular de su filosofía sobre ética y moral, la cual ha impregnado la mayor parte del pensamiento occidental. En el Libro V de esta obra, se dedica a analizar la virtud de la justicia clasificándola en distributiva y correctiva. La primera toma un criterio aritmético o económico en torno al justo reparto, mientras que la segunda (justicia correctiva), trata de salvaguardar lo justo de ese reparto, cuando se ve desequilibrado por las relaciones particulares; ahí nace la equidad, con el fin de corregir la ley, ya que la regla universal no contempla cada situación particular. Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, (trad. Gallach Palés, Francisco), Imp. del Rubio Aguas, Valencia, España, 1931, pp. 118-149.

<sup>194</sup> MUINELO COBO, J. Carlos, *La invención del derecho en Aristóteles*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 175-176.

adhiera rígidamente a sus propias reglas, cuando las mismas produzcan injusticia.<sup>195</sup> Nuestra posición se enfoca en la corrección de la injusticia del derecho mediante los derechos fundamentales como pautas éticas para el juzgador y el empleo de una teoría axiológico-constitucional. Nos adherimos a una visión procedimental y discursiva del derecho, pero no vacía, sino orientada hacia un horizonte de sentido, en conjugación con el empleo de la hermenéutica jurídica.

El presente capítulo plantea un estado de la cuestión sobre la concreción de los valores y principios, en aras de satisfacer la justicia y equidad por el juez constitucional. Para ello, se propone no sólo la adhesión a una visión jurídica procedimental o discursiva que acepte una reconexión conceptual entre el derecho y la moral, sino el empleo de la hermenéutica jurídica para dotar de sentido a las normas jurídicas. La justicia no puede quedar reducida a esquemas de justificación meramente formales, incluso, la lógica deóntica no es suficiente para explicar los difíciles y complejos problemas sociales sometidos a debate en la justicia constitucional.<sup>196</sup> Por estos motivos,

---

<sup>195</sup> BEEVER, Allan, «Aristotle on equity, law and justice», en *Legal Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, Legal Theory, v. 10, Secc. 01, Mayo, 2004, p. 33.

<sup>196</sup> Los primeros intentos de una lógica proposicional y geométrica (en exceso racionalista) para resolver problemas jurídicos, podemos encontrarlos en el modelo jurídico de Leibniz, a principios del siglo XVIII. El jurista alemán sostenía que era posible formular un sistema de reglas deducidos de principios naturales o evidentes, los cuales se podían traducir en una especie de fórmulas parecidas a las ciencias exactas como las matemáticas. BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, UNAM-III, México, 2006 (2ª ed.), pp. 10 y 11. En la tesis doctoral del citado autor, éste afirma que los enunciados jurídicos pueden y deben plantearse como una sentencia condicional para verificar su validez (lo justo con lo posible). HERNÁNDEZ FRANCO, Juan A., *Argumentación Jurídica*, Oxford University Press, México, 2010, p. 164. HERNÁNDEZ FRANCO, Juan A. y CASTAÑEDA, Daniel H., *Curso de filosofía del derecho*, Oxford University Press, México, 2009, p. 193. En este sentido, para Leibniz, «el derecho no puede ser injusto, más la ley si puede encerrar injusticias. Pues la ley es formulada por un acto de autoridad [...] justo es lo que en igual medida participa, de la sabiduría y la bondad».

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

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

La siguiente parte del trabajo se avoca a dar sentido al proceso de consagración de los valores y principios contenidos en las Constituciones. Al respecto, ilustraremos estos desafíos que han sido históricos para los Tribunales Constitucionales como el derecho extrema-

---

LEIBNIZ, Gottfried W., *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia y la sabiduría*, (trad. Eduardo G. Máñez), Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1960, p. 11. En la actualidad, por mencionar algunos, existen también intentos por encontrar mejores formas de validez del derecho a partir de axiomas o fórmulas, como los modelos de Ferrajoli y Alexy. El modelo deontológico seguido por Ferrajoli como el cuadrado lógico de las expectativas, ha sido calificado por algunos autores como excesivamente racionalista. En igual sentido, la fórmula del peso, traducida a términos matemáticos, con calificativos de intenso, medio y leve de la afectación a cada principio, asignando un valor numérico, es otro de los ejemplos del exceso de racionalidad jurídica. MORESO, José Juan, «Alexy y la aritmética de la ponderación», en CARBONELL, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 81-98. FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia, (La sintaxis del derecho)*, vol. 3, Trotta, Madrid, 2011. MAZZARE, Tecla (Ed.), *Derecho y Democracia constitucional (Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli)*, Ara Editores, Lima, 2011.

damente injusto, en palabras del filósofo argentino Rodolfo Luis Vigo. Igualmente, analizaremos la fórmula de Radbruch, y en líneas sucesivas, plantearemos la simbiosis entre el derecho y la moral, a partir del derecho injusto aplicado por los regímenes autocráticos.

Seguidamente, nos adherimos a una visión discursiva del derecho por medio de la fórmula del jurista alemán Robert Alexy, en torno a la corrección de la injusticia, a través de los Derechos Fundamentales.<sup>197</sup> En adición a lo anterior, el planteamiento se basa en la consolidación y empleo de la hermenéutica jurídica a nivel constitucional, como instrumento que dota de sentido a las normas jurídicas, y hace posible la justicia y equidad. La propuesta se centra en la superación del formalismo jurídico por medio de la hermenéutica constitucional y la argumentación en valores, planteamiento que será abordado en la última parte de la monografía. El desafío más grande que tiene la jurisdicción constitucional en la actualidad es la concretización de los valores, contenidos no sólo en los textos fundamentales, sino en el propio Derecho Internacional. Dar efectividad al derecho a través de la justicia y la equidad es la mejor fórmula que tiene el Juez Constitucional, no sólo porque las normas son vigentes o satisfacen determinado criterio de validez formal, sino por las «razones en las que ellas se fundamentan».<sup>198</sup>

## **1. El positivismo jurídico reformulado: simbiosis entre derecho y moral**

El positivismo jurídico es consecuencia del proceso de secularización que se produce en la modernidad y que se potenciará con el movi-

---

<sup>197</sup> ALEXY, Robert, *Argument from injustice (A replay to legal positivism)*, (trad. Stanley Paulson), Clarendon Press, Oxford, 2004, pp. 40-41.

<sup>198</sup> Artículo 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

miento ilustrado.<sup>199</sup> Sus inicios, podemos remontarlos en obras de distintas corrientes de pensamiento como la Escuela histórica del Derecho y la filosofía de su máximo representante Savigny, el movimiento de codificación del derecho de Thibaut; en Francia, con el Código de Napoleón (1804), así como la exégesis. En Inglaterra destacan entre otros, el pensamiento filosófico-político del Estado por parte de los filósofos iusnaturalistas como Hobbes y Locke, la filosofía utilitarista de Bentham y la ideología filosófico-jurídica de John Austin.<sup>200</sup>

El tránsito a la modernidad replanteó las relaciones entre los particulares y el Estado, el proceso de positivación y coactividad del derecho, la tolerancia, y finalmente, la distinción del derecho y la moral, fueron ingredientes fundamentales que le dieron forma y sentido al derecho.<sup>201</sup> En resumen, se distinguen seis concepciones fundamentales en torno al positivismo jurídico:<sup>202</sup>

- a. La teoría coactiva del derecho (que supone afirmar que la coacción es un elemento esencial y típico del derecho);
- b. La teoría legislativa del derecho (a través de la cual se defiende la prioridad de la ley sobre las restantes fuentes del derecho);
- c. La teoría imperativa del derecho (que implica mantener que las normas jurídicas poseen una estructura de mandato);
- d. La teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico (esto es, la defensa de la ausencia de contradicciones entre las normas

---

<sup>199</sup> PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 242.

<sup>200</sup> BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 61-129.

<sup>201</sup> Vid. PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, «Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales: El Derecho como Ley y el derecho subjetivo», Cap. I, vol. I, T. I, en *Historia de los derechos fundamentales*, PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA et. al. (coords.), Madrid, Dykinson, 2001, pp. 225 y ss.

<sup>202</sup> BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 240-241.

- que componen el ordenamiento o, en su defecto, la existencia de mecanismos para solucionar estas contradicciones);
- e. La teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico (que no es otra cosa que negar la existencia de lagunas en el derecho), y
  - f. La teoría de la interpretación lógica o mecanicista del derecho (que se plasma en el método jurídico tradicional).

El germen de la conexión entre el derecho y la moral se encuentra precisamente en la distinción entre derecho natural y derecho positivo. El propio Norberto Bobbio, afirmará que el positivismo jurídico como corriente será incomprensible si no se le contrapone al concepto de derecho natural.<sup>203</sup> Uno de los intentos más ambiciosos de separación entre el derecho y cualquier otra ciencia que lo despojara de su pureza, la constituyó el proyecto intelectual de teoría pura del derecho del jurista austriaco Hans Kelsen, con el objeto de conseguir una teoría purificada de toda ideología y de todo elemento científico-natural.<sup>204</sup> Al respecto Kelsen afirma: «Cuando la teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar

---

<sup>203</sup> BOBBIO, Norberto, *Problema del positivismo giuridico, El problema del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, p. 18. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Madrid, Debate, 1998, p. 35.

<sup>204</sup> KELSEN, Hans, «Prólogo a la primera edición» de *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 7. Con esto, no queremos de ninguna forma insinuar que el jurista austriaco fue el culpable de dicha crisis. Incluso, en escritos posteriores podemos encontrar un replanteamiento muy ambicioso sobre sus primeras ideas, en torno a sistemas estáticos y dinámicos, así como su concepción sociológica del derecho. En este sentido, existen quienes afirman que su teoría no da abasto a una indeterminación, sino, más bien, una «tesis de complitud» «... la teoría jurídica del austriaco no contempla realmente «borderline cases» (casos marginales), desde el momento en que puede resolver todos los casos presentes y posibles «conforme a Derecho». Y parecería un sin sentido «admitir» la tesis de la indeterminación del Derecho, pero, al mismo tiempo, «negar» la existencia de casos indeterminados en el Derecho». Del Real Alcalá, J. A.

el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metodológico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto».<sup>205</sup>

Este fue el proyecto intelectual más importante en la ciencia jurídica por conseguir la cientificidad. Sin embargo, la crisis del positivismo jurídico, manifiesta en la crisis de formalismo y legalismo<sup>206</sup> en los sistemas de derecho, terminó con las ideas más extremas o puras que pretendían despojar a la ciencia jurídica de las cualidades y fuentes que le eran inherentes, de tal forma que desde mediados del siglo pasado, se inició la rehabilitación del positivismo jurídico a partir de la reconexión entre el derecho y la moral. Por mencionar algunos filósofos del derecho, podemos referir quienes aceptan esta conexión se encuentran: Garzón Valdés, Neil MacCormick, Theodor Viehweg, Santiago Nino, Joseph Raz, Robert Alexy, Pérez Luño; y quienes sostienen o niegan ese vínculo se hallan: Roberto Vernengo, Eugenio Bulygin, Diego Farrell, Eduardo Rabossi.<sup>207</sup>

---

(s/a) «¿Paradoja de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valladolid, 2007, No. 15, p. 1.

<sup>205</sup> KELSEN, Hans, «Prólogo a la primera edición» de *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2003, p. 7.

<sup>206</sup> Conforme a las teorías formalistas, el derecho se encuentra racionalmente determinado. Algunos autores han distinguido entre el formalismo «sofisticado» y el formalismo «vulgar». El empleo del silogismo judicial y el razonamiento deductivo a partir de razonamientos mecánicos es característico del formalismo «vulgar», mientras que los defensores del formalismo «sofisticado», reconocen que el razonamiento legal es más que un procedimiento automatizado, que demanda la identificación de las fuentes del derecho, la distinción entre los recursos epistemológicos y un conjunto de teorías para su correcta valoración. LEITER, Brian, «Legal formalism and legal realism: what is the issue?», en *Legal Theory*, Cambridge University Press, v. 16, s. 02, Septiembre 2010, p. 112. «The Radicalism of Legal Positivism», en *Guild Practitioner, Public Law Working Paper*, No. 303, University of Chicago Law School, 2010.

<sup>207</sup> Vid. VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y Moral*, Barcelona, Gedisa, 1998.

La idea fundamental de la reformulación entre el derecho y la moral radica en la crítica a la visión formalista del derecho donde el culto a la ley o legicentrismo es el ingrediente más dañino para el análisis de los fenómenos jurídicos. La rehabilitación del análisis entre la moral y el derecho que realiza Hart, es primordial para tener una comprensión holística e integral del fenómeno en cuestión. La noción de jurista de Oxford no tiene que ver con un sistema de reglas (teoría de interpretación), su noción es, más bien, una dirección a tres aspectos: el Derecho, la coerción y la moral.<sup>208</sup> En su teoría sobre la indeterminación, se puede apreciar una complejidad ya tratada.

En todos los casos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generalmente son claramente aplicables. («Es indudable que un automóvil es un vehículo»). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no. Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas características del caso obvio, mientras que les faltan otras.<sup>209</sup>

Frente a los «casos difíciles» no será suficiente la formulación del problema jurídico en base a reglas, sino que es indispensable el razonamiento a partir de principios y valores. Esta visión conduce hacia un positivismo más incluyente, aceptando incluso que el derecho positivo debe incluir algún grado de moralidad.<sup>210</sup> Dicho lo anterior,

<sup>208</sup> Hart, H. L. A. (1992) *El concepto de Derecho*, [título original: *The concept of law*], [traducción: Genaro R. Carrió], [1ª Edición: 1961], Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina, p. IX; pp. 33 y ss.

<sup>209</sup> *Óp. cit.*, Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, p. 158.

<sup>210</sup> El debate sobre la moral interna del derecho positivo resulta bastante extensa y especializada. Remitimos en este espacio a algunos autores que hemos considerado

las posiciones en torno a este debate se han agrupado entre quienes defienden el positivismo jurídico en sentido amplio (coactividad, legislativa e imperativa) y quienes se adhieren a un positivismo jurídico en sentido estricto (coherencia, plenitud y mecanicidad).

Una de las visiones mejor formuladas del positivismo jurídico es la planteada por el profesor de la Escuela de Turín, Norberto Bobbio, la cual consiste en la triple dimensión en la metodología del derecho, a partir del cual se debe analizar la correspondencia de la norma jurídica con sus fines, su veracidad o falsedad, así como la realidad (aspecto sociológico); y finalmente, la ideología, la cual deberá decidir si es justa o injusta. Con ello, se reafirma el triple orden de problemas de la justicia, validez y eficacia de las normas jurídicas.<sup>211</sup> Incluso, autores como Paolo Comanducci, han planteado el neoconstitucionalismo en base al método seguido por Norberto Bobbio (método, teoría e ideología).<sup>212</sup>

Lo anterior, nos conduce al replanteamiento realizado desde hace siglos sobre el mejor método para lograr que la justicia y la equidad sean efectivas a través de la aplicación del derecho. El positivismo jurídico ha permitido que las relaciones entre el derecho y la moral sirvan como un vehículo crítico del derecho positivo, en con-

---

principales para comprender el fenómeno del positivismo jurídico y la separación conceptual entre el derecho y la moral. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismos y moral interna del derecho*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; ESCUDERO ALDAY, Los calificativos del positivismo jurídico (El debate sobre la incorporación de la moral), Civitas, Madrid, 2004; HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Gedisa, Barcelona, 2000; MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo y REDONDO, Cristina, Conocimiento jurídico y determinación normativa, Fontamara, México, 2002; JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, (Prólogo de Gregorio Peces Barba), Marcial Pons, Madrid, 2008.

<sup>211</sup> BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1998, p. 33.

<sup>212</sup> COMANDUCCI, Paolo, «Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico», en CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss.

sonancia con una apertura más o menos flexible de principios y un análisis interdisciplinario de la ciencia jurídica hacia otras áreas del conocimiento. Inclusive, la dogmática constitucional ha dado un viraje de paradigma hacia uno más flexible, que permite la coexistencia de valores y principios contradictorios, en aras de permitir la pluralidad.<sup>213</sup> En el siguiente capítulo, presentaremos la relación de los derechos fundamentales con los principios de justicia y equidad, iniciando con los valores que fundamentan estos derechos y las teorías de la justicia que sirven para justificar las decisiones de los Tribunales cuando se resuelven casos difíciles, y en las que confluyen valores contradictorios, que el juez inevitablemente se ve obligado a confrontar y ponderar.<sup>214</sup>

## 2. Justicia y equidad a través de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son producto de la modernidad ilustrada. Los aportes de la filosofía contractualista, la idea de la dignidad de la persona humana y el racionalismo ilustrado servirán como pautas rectoras de las principales Declaraciones de Derechos (inglesa, americana y francesa). La filosofía contractualista justificará la existencia de principios básicos para la convivencia, la organización política y la defensa de ciertos bienes como la vida, la libertad y la propiedad. Filósofos como Grocio, Pufendorf, Hobbes, Spinoza,

---

<sup>213</sup> De esta forma, Zagrebelsky, atinadamente señala: «La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten –los conceptos- mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás.» ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, Trotta, Madrid, 1995, p. 17.

<sup>214</sup> STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 42.

Locke, Kant y Rosseau, forman parte de la idea de contrato social, desde versiones absolutistas hasta democráticas.<sup>215</sup>

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

El iusnaturalismo protestante y la filosofía de la Ilustración serán dos vehículos intelectuales que construirán ese nuevo acervo jurídico, que influirá decisivamente en la consolidación de las primeras generaciones de los derechos, en crítica radical a la cultura jurídica de tradición medieval y escolástica. El esfuerzo consistirá en sustituir unos materiales jurídicos heterogéneos formados por costumbres locales, por estatutos municipales o gremiales, decisiones de los Tribunales, normas reales del soberano, feudales, canónicas o romanas, opiniones doctrinales o jurisprudenciales, por un sistema racional, unificado, dependiente del soberano como única fuente del derecho positivo.<sup>216</sup>

El proceso de constitucionalización de los valores de la ilustración, el racionalismo y el contractualismo moderno tuvieron como

---

<sup>215</sup> FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, «La aportación de las teorías contractualistas», en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo VI, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 21.

<sup>216</sup> PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, y DORADO PORRAS, Javier, «Derecho, sociedad y cultura», en *El contexto social y cultural de los derechos. Rasgos generales de evolución*, Cap. I, vol. I, tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 117.

piedra angular el valor de la seguridad jurídica.<sup>217</sup> En palabras del Catedrático García de Enterría, el lenguaje de los derechos no se conformó con un molde prefigurado, ni con una simple aparición de términos: «sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres. Las palabras deben insertarse en el sistema que intentan expresar, ese «aura de sistema» que es consustancial al Derecho como un todo, sin lo cual su simple comprensión sería imposible».<sup>218</sup>

Fue en el periodo de la ilustración donde la universalidad del derecho y el principio de la dignidad humana alcanzan su máximo esplendor, con la filosofía del profesor de Königsberg, Immanuel Kant: «Una acción es conforme a derecho (recht) cuando permite, o cuya máxima, permite la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos, según una ley universal».<sup>219</sup> El principio de la dignidad humana queda expresado con la fórmula de no instrumentalización de la persona humana,<sup>220</sup> la cual será recogida por el

<sup>217</sup> De esta manera: «Hobbes, Puffendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito del estado de naturaleza como la superación del ius incertum y su conversión en estado de seguridad». PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, «Seguridad jurídica», en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (coord.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 482.

<sup>218</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 29 y 37.

<sup>219</sup> KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, (trad. de G. Lizarraga), Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873, p. 44. Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, (trad. cast. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 39. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. de Manuel García Morente), Santa Fe, Argentina, El Cid Editor, Colección de Clásicos en español, 2003, pp. 75 y 79. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, «La universalidad de los derechos humanos» en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y DEL REAL, J. Alberto (coords.), *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 53.

<sup>220</sup> KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, (trad. Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra), México, Porrúa, 2003, p. 170.

Tribunal Constitucional Federal Alemán. En este sentido, «la dignidad implica, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. La dignidad humana será entonces el principio legitimador de los derechos de la personalidad».<sup>221</sup>

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

En este sentido, en una de sus últimas obras, Ronald Dworkin emplea la fábula del erizo y la zorra del poeta griego Arquíloco, con el fin de ejemplificar la importancia de los valores en el derecho. «La zorra sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una importante».<sup>222</sup> Quizá (como sostiene Isaiah Berlin), pese a su astucia, la zorra se da por

---

<sup>221</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, «El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos», en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo XIII, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 452; PÉREZ SÁNCHEZ, María Cristina, *Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: J.J. Rousseau, I. Kant y la perspectiva teórica del institucionalismo jurídico en Maurice Hauriou*, Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Departamento de Derecho Constitucional, 2004, 658 pp.; DOTTI, Jorge E., «Observaciones sobre Kant y el liberalismo», en *Araucaria*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Primer semestre, año/ vol. 6, número 013, 2005, pp. 4-12.

<sup>222</sup> DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011, p. 1.

vencida ante la única defensa del erizo.<sup>223</sup> Precisamente, los valores, como el erizo, también son cosa importante. La idea acerca de que los valores éticos y morales dependen uno del otro es un dogma, proponen un modo de vida, que se relaciona igualmente con toda una compleja teoría filosófica. Dworkin advierte que los erizos parecen ingenuos o engañosos, inclusive peligrosos.<sup>224</sup> Valores como la justicia, libertad, democracia, responsabilidad, verdad, entre otros, son continuamente empleados por los Tribunales y han sido motivos de intensos debates. Su concretización requiere preparación, destreza, habilidad, demanda conocimiento a profundidad sobre las necesidades de una sociedad, hasta el conocimiento de las actitudes populares. El juez no se encuentra obligado a saberlo todo, pero sí a ser consciente y sensible de los problemas más agudos que aquejan a la comunidad en la que se encuentra. Ésta es la idea de la justicia en su contexto, de la aplicación de valores no solamente desde una óptica procedimental, sino la adopción de una mentalidad jurídica consciente.

En otra de sus obras, el jurista se adhiere a una postura crítica de los derechos como: «criaturas de la moralidad». La posición que adopta es de derechos morales en contra del Estado, cuya exigencia se centra en «una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética».<sup>225</sup> Los principios morales y jurídicos tienen un papel preponderante en el razonamiento de los jueces para la solución de casos difíciles. En su teoría, Dworkin pretende conciliar, o por lo menos, acercar el positivismo y el iusnaturalismo, basándose en el modelo constructivista político del filósofo norteamericano John Rawls.<sup>226</sup>

---

<sup>223</sup> BERLIN, Isaiah, *El erizo y la zorra*, Moschnik Editores, Océano, Barcelona, p. 17.

<sup>224</sup> DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, op. cit. p. 2 y ss.

<sup>225</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999, pp. 230 y 233.

<sup>226</sup> RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1997, pp. 17-61. Vid. RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001,

El modelo de la función judicial de resolución de casos difíciles postulado por Dworkin es el de la respuesta correcta, denominado como modelo del juez Hércules, relacionado con la interpretación que hacen los Jueces Constitucionales. De esta manera, «La Constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el documento, y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política».<sup>227</sup> Conforme a este modelo, la teoría política sirve como instrumento de la justicia constitucional. A continuación presentaremos un ejemplo sobre la aplicación concreta el principio de igualdad en términos de la filosofía liberal.

La igualdad siempre ha sido uno de los valores más complejos de interpretar por los operadores en las Constituciones contemporáneas. Desde la perspectiva de la filosofía política, la igualdad se enfrenta ante dos clases distintas de diversidad:<sup>228</sup>

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

Para comenzar, debemos precisar de qué tipo de igualdad estamos hablando. En la actualidad, distintos autores se han referido a este valor bajo diversas ópticas. Por ejemplo, para John Rawls se trata de

---

p. 13; RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª reimp., México, FCE, 1995. WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993, p. 13.

<sup>227</sup> DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Madrid, Ariel, 1999, p. 267.

<sup>228</sup> SEN, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, (versión de Ana María Bravo y revisión de Pedro Schwartz), Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 13.

la igualdad en relación con la distribución de los bienes elementales. Dworkin nos habla del tratamiento como iguales en igualdad de recursos. Thomas Nagel de igualdad económica, y Nozick, cuyo planteamiento es totalmente antagónico, postula por una igualdad de derechos libertarios, sin necesidad de redistribución de recursos. Si nos adherimos a la visión de John Rawls, el juez se dedicará a buscar un modelo de justicia a partir de un esquema de reconciliación entre los principios de libertad y de igualdad, desde la concepción de los filósofos contractualistas clásicos como Locke, Rousseau y Kant. Para él, los principios de justicia deberán ser escogidos a partir de un velo de la ignorancia, lo cual asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger dichos principios. Ahora bien, en relación con los principios de justicia, surge la aplicación de los principios de igualdad y diferencia en la situación de posición original:<sup>229</sup>

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

De acuerdo con los anteriores principios, la finalidad de Rawls es compensar las desventajas de los menos favorecidos y brindar una igualdad de oportunidades a todas las personas. Por ejemplo, aplicando mayores recursos en la educación de los menos inteligentes durante los primeros años escolares.<sup>230</sup> El juez constitucional que se

<sup>229</sup> RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., pp. 67 y 68.

<sup>230</sup> RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 103.

adhiera a esta posición estará a favor de las cuotas de género exigidas en determinados órganos gubernamentales. En igual forma, la concepción de justicia distributiva o justicia social, aplicando medidas positivas o de intervención en la economía, con el fin de hacer efectivo el Estado Democrático y Social de Derecho.<sup>231</sup> En el moderno Estado Constitucional, la igualdad no solamente se agota en el mero principio formal o legal, sino que va más allá. Tal y como expone Rawls, deben crearse las oportunidades para poner en igualdad de condiciones a los más desaventajados, con la finalidad de lograr la justicia material.

Siguiendo el contractualismo de carácter kantiano se encuentra el iusfilósofo argentino Carlos Nino, quien defiende y postula una teoría de los derechos humanos, basada en el contenido ético de aquéllos. Al respecto, afirma que los jueces apoyan sus decisiones en juicios valorativos de adhesión normativa, los cuales se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico. «Estos principios consistentes en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona serán justificados racionalmente mediante un constructivismo ético, un discurso moral [...] dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos».<sup>232</sup>

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

---

<sup>231</sup> BARRY, Brian, *Teorías de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 373 y ss.

<sup>232</sup> NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989. pp. 91 y 109.

El fundamento filosófico de los Derechos del Hombre es la ley natural [...] En el curso de la era racionalista, los juristas y filósofos, sea con fines conservadores o revolucionarios, han abusado a tal punto de la noción de ley natural, la han invocado de manera simplista y arbitraria, que es difícil emplear hoy esta expresión sin despertar la desconfianza y la sospecha de muchos de nuestros contemporáneos. Deberían, sin embargo, darse cuenta de que la historia de los derechos del hombre está ligada a la de la ley natural y que el descrédito en que el positivismo ha tenido por un cierto tiempo a la idea de ley natural ha conllevado un descrédito semejante para la idea de los derechos del hombre.<sup>233</sup>

Asimismo, la idea de dignidad de la persona en los derechos humanos fue puesta en práctica, siguiendo a Mauricio Beuchot (conforme a la concepción de Santo Tomás de Aquino) por Fray Francisco de Vitoria<sup>234</sup>, fray Bartolomé de las Casas y fray Alfonso Vera de la Cruz.

<sup>233</sup> MARITAIN, Jacques, *L'Homme et l'Etat, El hombre y el Estado*, traducción de Juan miguel palacios, Madrid, Ediciones Encuentro, 1983, pp. 97-98. El citado filósofo añade en otra de sus relevantes obras con fundado espíritu medieval: «La idea de derecho natural es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico. No remonta a la filosofía del siglo XVIII, que la ha deformado más o menos, sino a Grocio, y antes de éste a Suárez y a Francisco de Vitoria; y más lejos a Santo Tomás de Aquino; y más lejos a San Agustín; y a los padres de la Iglesia, y a San Pablo; y más lejos aún a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, Sófocles en particular». *Les Droits de l'homme et la loi naturelle, Los derechos del hombre y la ley natural*, MARITAIN, Jacques, traducción de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Biblioteca Nueva, Buenos Aires, Colección Orfeo, 1943, p. 88; Vid. MARITAIN, Jacques, «Reflexiones sobre la persona humana y la filosofía de la cultura» en *La defensa de la persona humana*, MARITAIN, Jacques, DUHAMEL, Georges, MARITAIN, Jacques y OKINCZYC, Joseph coord., traducción de Juan miguel palacios, Buenos Aires, Ediciones Stvium de Cultura, 1949, pp. 37-63.

<sup>234</sup> Es patente el claro humanismo por parte de algunos de los frailes que llegaron a América y la denuncia de estos hacia las injusticias padecidas por los indígenas. «Queda, pues, firme todo lo dicho, que los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, como los cristianos, y que tampoco por éste título pudieron ser despojados de sus posesiones, como si no fueran verdaderos dueños, los príncipes y las personas particulares». Vid. VITORIA, Francisco, *Derecho natural y de*

De acuerdo a lo anterior, creemos que el desafío del Juez Constitucional en el siglo XXI es cumplir satisfactoriamente tanto la justificación externa como interna de sus decisiones, a partir de un adecuado y pertinente empleo de una o varias teorías de derechos fundamentales y de justicia. Zagrebelsky ha sostenido que la interpretación constitucional es «un acto de adhesión o ruptura con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte.»<sup>235</sup> Si adoptamos dicha posición, debemos tomar en cuenta entonces, que el juez constitucional tiene un doble desafío en las actuales sociedades plurales. Se encuentra obligado a motivar y argumentar para convencer al auditorio especializado, el judicial.<sup>236</sup> Y por otro lado, sus decisiones deben provocar un mínimo convencimiento racional en la sociedad donde se encuentre, sin exceder los límites que los propios valores del liberalismo le imponen.

### **3. Desafíos de la justicia constitucional: la concreción de los valores superiores**

La justicia impartida por los Tribunales Constitucionales es fundamental para ejercer un límite efectivo de los poderes públicos.<sup>237</sup> El

---

*gentes*, título original: *Relectiones theologicae*, R. p. Fr. Franciscini Victorae, Buenos Aires Emecé Editores, 1946, pp. 160-161.

<sup>235</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, «El Juez constitucional en el siglo XXI», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Num. 10, Julio-Diciembre, Porrúa, México, 2008, p. 264. Vid. del mismo autor: «Jueces Constitucionales» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nuevo año, Año. XXXVII, No. 117, UNAM-III, México, Septiembre-diciembre, 2006, pp. 1135-1161.

<sup>236</sup> PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, (trad. de Julia Sevilla Muñoz), Biblioteca Romano Hispánica, Gredos, Madrid, 1989, p. 43.

<sup>237</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, (trad. y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, colección demos, Ariel (2ª ed.), Barcelona, 1976, p. 150.

desplazamiento paulatino del antiguo modelo de Estado de Derecho, y la sustitución del mismo por el Estado Constitucional moderno, son pieza clave en la revaloración de los textos jurídicos. Mientras que en el primer modelo de Estado, se expresa el sometimiento del mismo a un conjunto de normas e instituciones jurídicas; en el Estado Constitucional tiene vigencia la aplicación y eficacia directa de la Norma Fundamental en el resto del ordenamiento jurídico.<sup>238</sup>

Las Constituciones son percibidas hoy en día como un conjunto de principios y valores, los cuales irradian e impregnan en todas las áreas del derecho. El nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo aglutina todo un conjunto de pensamientos de la filosofía del derecho tan heterogéneo, incluso llega a ser en ocasiones contradictorio observar autores positivistas y iusnaturalistas bajo un mismo techo.<sup>239</sup> A pesar de ello, es preciso mencionar que la revaloración del Estado de Derecho, el desplazamiento de la ley (legicentrismo) como ejes vertebradores de los sistemas jurídicos tradicionales, son revisados desde una óptica crítica, que permite la fusión de valores y principios en la construcción de la teoría constitucional, donde existe más ponderación y menos subsunción en la solución de casos difíciles. No resulta extraño por consiguiente, que algunos autores se atrevan a afirmar el surgimiento del «imperialismo de la moral» en el derecho constitucional.<sup>240</sup> Aunque no coincidimos del todo con esta

---

<sup>238</sup> SCHNEIDER, Hans Peter, «Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales» en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-115; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

<sup>239</sup> CARBONELL, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008; CARBONELL, Miguel (coord.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003. POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; MAZZARESE, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>240</sup> BARBERIS, Mauro, «Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral» en *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, p. 270.

aseveración, cabe darle importancia al sólido replanteamiento de los valores éticos cuyo contenido constitucional y jurídico son indispensables para la sólida fundamentación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales.<sup>241</sup> En este sentido, el Maestro Pedro de Vega defiende esta visión axiológica de la norma constitucional, al afirmar.

Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo [...] la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, a nivel científico, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar [...] si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica<sup>242</sup>.

De esta forma, las Constituciones no deben ser meras declaraciones retóricas o postulados inacabados e incumplidos, sino textos vivos que integren a la sociedad, es decir, no basta con tener Constitución es necesario estar en Constitución.<sup>243</sup> La revaloración e importancia de la existencia de valores y principios en los textos fun-

---

<sup>241</sup> Vid. ALEXY, Robert, «Sistema jurídico y razón práctica» en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 159-177; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica» en *Doxa*, 1988, pp. 139-151; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa», en TORRES ESTRADA, Pedro (coomp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>242</sup> DE VEGA GARCÍA, Pedro, «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución» en *Revista de Estudios Políticos*, CEPC, No. 7 (Monográfico sobre garantías institucionales), Madrid, 1979, p. 95. pp. 93-118.

<sup>243</sup> La clasificación pertenece al destacado profesor Lucas Verdú, quien retoma algunas ideas del jurista alemán Karl Loewenstein. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 48.

damentales ha resultado ser una de las fórmulas en las que la jurisdicción constitucional ha tomado un respiro, y mediante la cual ha permitido una mejor operatividad al juez constitucional. Incluso, el establecimiento de «cláusulas valorativas o materiales»<sup>244</sup> nos han llevado, como sostendría Prieto Sanchís, hacia una especie de «constitucionalismo ético donde la necesaria y olvidada conexión entre derecho y moral vuelve a hacerse presente, el juez ha salido de la alternativa entre la «boca muda» o «juez legislador»; ya que la moral penetra no solamente mediante la teoría o la doctrina, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación».<sup>245</sup>

Los trágicos acontecimientos derivados de la Segunda Guerra Mundial volcaron los esfuerzos de los juristas por buscar un criterio material y objetivo bajo el cual se pudiera emitir un juicio crítico sobre la validez del derecho positivo. En igual sentido, el hallar pautas axiológicas para orientar su elaboración y aplicación. «En este contexto la filosofía de los valores elaborada por Scheler y Hartmann trazaron un camino llano, que conducía directamente a emplear el concepto de valor como criterio material para la validez del derecho».<sup>246</sup> La doctrina jurisprudencial alemana es baluarte y ejemplo de la consolidación de esta deontología positivizada, un paradigma de ello, es la doctrina del orden de valores, inspirada en la Escuela Neokantiana de Baden. Fue en el fallo Lüth dictado por la primera Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 15 de Enero de

<sup>244</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 140.

<sup>245</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

<sup>246</sup> «DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, UNAM-(IIJ) Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pp. 6-7.

1958, cuando se proclama la naturaleza de los derechos fundamentales como un sistema valorativo. Este caso tiene relación con un boicot realizado por el director de una Agencia de Prensa en Hamburgo, Erich Lüth, contra la película «Unsterbliche Geliebte» (La amada inmortal), del cineasta colaborador del régimen nacionalsocialista, Veit Harlan.<sup>247</sup>

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

Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también

---

<sup>247</sup> El referido cineasta había filmado distintas películas que fueron empleadas por el régimen nacionalsocialista como propaganda antisemita, entre la que se encontraba: «Dulce judío» (*Jüd Suß*), en 1940. *Vid.* GARCÍA AMADO, Antonio, «Cómo se escribe la historia de la filosofía del derecho del nazismo. Paralelismos y diferencias con la historiografía de la filosofía del derecho bajo el franquismo», en PUY, F., ROVIRA, M.C., *et. al.* (eds.), *Problemática actual de la historia de la filosofía del derecho española*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 19-44; GARCÍA AMADO, Antonio, «Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria», en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (coords.), *Torturas en el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 19-45.

un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.

...

Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 y ss., 197 y ss.]; 6, 32 [40 y ss.]), sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (Klein / v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, t. II, 4, notas al Art. 1, p. 93). La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura.

...

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

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

les, y por supuesto, los derechos fundamentales como valores concreto de un sistema cultural.<sup>248</sup>

La doctrina jurisprudencial alemana se va configurando entonces como un valor y un principio fundamental en el Estado Constitucional, a partir de la influencia ejercida por los pensadores pertenecientes a la Escuela de Baden, en torno al replanteamiento de la filosofía kantiana sobre la no instrumentalización de la persona humana.<sup>249</sup> Así, este valor, junto con el libre desarrollo de la persona<sup>250</sup> edifican la piedra angular de la jurisprudencia alemana, fundada en un orden objetivo de valores, es decir, una moral objetivada en las normas constitucionales.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho Constitucional*, (trad. de José Ma. Beneyto Pérez), CEC, Madrid, 1985, pp. 62-106. (Esta edición contiene otros trabajos del constitucionalista alemán publicados en *Staatrechtliche Abhandlungen* en 1968)

<sup>249</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «La dignidad de la persona como valor supremo» en *Estudios jurídico-constitucionales*, IIJ, UNAM, México, 2003, pp. 3-38.

<sup>250</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, «El derecho al libre desarrollo de la personalidad», en *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad Externado de Colombia, pp. 247-254.

<sup>251</sup> BENDA, Ernst, «Dignidad humana y derechos de la personalidad» en VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006, p. 119. VON MÜNCH, Ingo, «La dignidad del hombre en el derecho constitucional» (trad. de Jaime Nicolás Muñiz) en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 5, Madrid, Mayo-Agosto 1982, pp. 9-34. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, «La dignidad de la persona» en *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 19 y ss. Para un análisis filosófico de la dignidad humana, se recomienda la magnífica obra del profesor Thomas de Koninck: *De la dignidad humana*, (traducción de María Venegas Grau), Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006. DE ASÍS ROIG, Rafael, «El artículo 10.1 de la Constitución Española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social» en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. et. al. (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Comares, Granada, 2002, pp. 153-175.

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

Por consiguiente, el desafío de la justicia constitucional consiste en volver efectivos los valores de dignidad y libre desarrollo de la persona humana, mediante su aplicación efectiva, con el objeto de lograr la equidad y la justicia, pues que mejor que los principios que dieron vida a Estados Constitucionales tan sólidos como el Alemán o el Español para lograr tan elevada finalidad. La construcción de una teoría de los derechos fundamentales<sup>252</sup> a partir de precedentes constitucionales, debe auxiliar a la teoría del derecho y su pretensión de corrección de la injusticia de las normas jurídicas. Porque una teoría de los derechos fundamentales coherente cumple con su propósito cuando los jueces resuelven algún conflicto en la imposición de límites o restricciones a los derechos, constituyéndose ésta como el mejor camino para el fortalecimiento de las instituciones judiciales y la consolidación de precedentes que irradian el ordenamiento jurídico.

---

<sup>252</sup> Una teoría de los derechos fundamentales podemos definirla como «una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales. BÖCKENFÖRDE, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales» en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. Bastida) (Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 45.

#### **4. La hermenéutica constitucional para la superación del formalismo jurídico**

Una de las características básicas y fundamentales del Estado liberal de derecho era la supremacía legal, donde la ley era la única y principal fuente jurídica, mientras que las demás fuentes eran auxiliares o alternas. Lo anterior, podemos encontrarlo en los totalitarismos previos a los acontecimientos bélicos mundiales de mitad del siglo xx (nacionalsocialismo y fascismo, principalmente). El Nacionalsocialismo estuvo caracterizado por una concentración de poderes absoluta, ejerciendo la función legislativa, a través de ordenanzas, ya que el parlamento estaba compuesto en su mayoría por los funcionarios del partido. La función ejecutiva tanto de Canciller como Presidente del Reich, dependía igualmente del Führer, y posterior a 1934, la función judicial (juez supremo) también recaía en el mismo, incluso teóricos como Carl Schmitt, señalaban que era él quien defendía el derecho.<sup>253</sup>

En este contexto, la posición del filósofo alemán Gustavo Radbruch resulta especialmente importante en la revisión del iuspositivismo tradicional y su crisis. Y esto, lo señalamos no sólo por ser un destacado disidente del régimen nacionalsocialista (Radbruch fue uno de los primeros catedráticos alemanes en ser expulsado por este régimen absolutista), sino porque en su idea de derecho contiene tres elementos básicos: la justicia, el fin y la seguridad, y el orden; los

---

<sup>253</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, *Manual de derecho político*, V. I, (*Introducción y teoría del Estado*), Tecnos, Madrid, 2001, p. 108. La teoría constitucional del pensador alemán Carl Schmitt sirvió de base y fundamento al derecho nacionalsocialista, son claves para la comprensión del mismo, la dialéctica amigo-enemigo, el decisionismo político, estado de excepción, entre otros. SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 2009; *La defensa de la Constitución (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución)*, (Prólogo de Pedro de Vega), Tecnos Madrid, 1983.

cuales se encuentran en permanente tensión. De este modo, la exigencia del profesor de Heidelberg se fundamenta en la conexión entre la norma, el hecho y el valor. Incluso en la formulación abierta de una crítica hacia la racionalidad legalista del derecho, siendo desplazada por una racionalidad material, basada en un constitucionalismo democrático.<sup>254</sup> La fórmula del derecho extremadamente injusto la elaboró en 1946, en el famoso artículo titulado «Gesetzliches Unrecht und übersetzliches Recht» (arbitrariedad legal y derecho suprallegal), en la Revista *Süddeutschen Juristen*, de la forma siguiente:<sup>255</sup>

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

---

<sup>254</sup> RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, (Estudio Preliminar de José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 1999, pp. 45-65.

<sup>255</sup> RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1951, pp. 181-190. La arbitrariedad (explica el Catedrático Luis Legal y Lacambra) es la negación de la forma de derecho y negación de la justicia, en tanto que la justicia se realiza a través del derecho. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 614. La idea del derecho injusto también había sido discutida por el filósofo alemán Rudolf Stammler, tratando de encontrar una posición moderada a través de una posición relativista del derecho. STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1930, p. 255.

En esta fórmula podemos distinguir dos elementos caracterizadores. El primero, se refiere a la medida insoportable de las leyes. El segundo, a la negación consciente del establecimiento del derecho positivo. Dicho en otros términos: «la injusticia extrema, no es derecho».<sup>256</sup> El planteamiento de la citada fórmula adquirió una validez significativa, a raíz de numerosos casos en donde se encontraba en juego la dignidad de las personas que habían sido sometidas al derecho discriminatorio del régimen nacionalsocialista, como la pérdida de ciudadanía de quienes profesaban el judaísmo, y las sucesivas leyes que los despojaban de sus propiedades. Situación por la cual, los jueces del régimen de la posguerra tuvieron la prueba más importante que desafió al sistema jurídico y constitucional de la época, al momento de declarar nulas muchas de las normas legalmente válidas, incluso en contra de los principios jurídicos que durante décadas fueron considerados inderrotables, como la prohibición de retroactividad de la ley en perjuicio del inculpado, pero que constituían un derecho éticamente insoportable y la invocación expresa en sus sentencias de la fórmula de Radbruch.<sup>257</sup>

En igual sentido, se encuentra el famoso precedente relacionado con los Centinelas del Muro de Berlín, resueltos por el Tribunal Alemán.<sup>258</sup> Esta decisión mereció el aval no sólo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino de la comunidad internacional y académica, que condenaba rotundamente el derecho que prevalecía en la Alemania Oriental, aún cuando los hechos habían sucedido durante los

---

<sup>256</sup> ALEXY, Robert, «Acercas de la relación entre derecho, moral y punibilidad», en VIGO, Rodolfo, (coord.), *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Fontamara, México, 2004, p. 269.

<sup>257</sup> BVerfGE 3, 58; 6, 132. Ver también: ALEXY, Robert, «Una defensa de la fórmula Radbruch», en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 5, 2001, pp. 75-96

<sup>258</sup> El caso fue resuelto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 24 de octubre de 1996. BVerfGE 95, 96.

años setenta.<sup>259</sup> Los magistrados de aquel Tribunal realizaron una ponderación para resolver el conflicto entre los principios de justicia material del Estado de derecho y la prohibición absoluta de retroactividad y legalidad en materia penal. Al respecto, los jueces afirmaron que: «En un Estado donde no se respetaran los principios democrático, de división de poderes y respeto a los derechos fundamentales, resultaría absurdo pretender darle validez al principio de no retroactividad de las leyes penales en beneficio de los mismos infractores del orden constitucional». Para este propósito, se desarrolló una estructura argumentativa a partir del mandato de justicia material, contenido en la observancia de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, el cual prohibía la aplicación de una causa de justificación de ese tipo, legitimando así la invocación de los criterios de la fórmula de Radbruch. Lo anterior encontró soporte en el propio derecho internacional de los derechos humanos, situación que se ajustaba perfectamente a la Ley Fundamental de aquél país. De esta manera, la aplicación de la fórmula era pertinente y legítima, ya que existía una carga desproporcional e injustificada. En este tenor, la condena impuesta a los demandantes no violaba el principio de culpabilidad, ya que ésta encontraba fundamento en el principio de la dignidad humana, el derecho a la vida, así como el principio de Estado de Derecho.

Una de las principales críticas que se han lanzado en contra de dicha fórmula, es la violación al principio de seguridad jurídica, que

---

<sup>259</sup> Los hechos acontecieron la noche del 14 de febrero de 1972, cuando una persona intentó cruzar a través del río Kreuzberg a la llamada Alemania Occidental. Una vez que cruzó, fue visto por dos guardias de la frontera, quienes se percataron de la huída cuando se encontraba a la mitad del río, disparándole 3 y 2 veces respectivamente, no pudiéndose determinar quien realmente propició el tiro con el que murieron las personas. Ellos estaban conscientes que podían matar al fugitivo, pero tenían órdenes de evitar su escape a como diera lugar. Dicha obligación derivaba del Reglamento de Servicio del Ministerio de Defensa y de la propia Ley sobre la Frontera Estatal, ambas de la R.D.A.

protegen los principios del debido proceso. Sin duda alguna, el pensamiento jurídico de Radbruch contribuyó a la rehabilitación de los estudios de filosofía del derecho. Asimismo, superó el rígido normativismo, «al admitir la presencia operativa en el derecho de ciertos principios básicos de derecho natural»<sup>260</sup>. El filósofo del derecho Robert Alexy, ha replanteado la fórmula de Radbruch, desde su teoría discursiva de los derechos fundamentales, basado en la teoría de Jürgen Habermas. El argumento principal sobre la corrección de la injusticia del derecho, encuentra su origen en la antigua conexión entre el derecho y la moral, desde una postura moderada o corregida de positivismo jurídico. Para el Profesor de la Universidad de Kiel, el núcleo de este argumento: «consiste en la tesis que los actos jurídicos institucionales siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación sobre cual es el acto jurídico material y procedimentalmente correcto».<sup>261</sup>

De tal forma, la justicia queda institucionalizada a partir de la teoría discursiva de los derechos fundamentales, los cuales constituyen un mínimo de moral de corrección o de justicia que debe existir en el derecho.<sup>262</sup> De esta forma, el ejercicio de ponderación de principios constitucionales se convierte en la mejor herramienta argu-

---

<sup>260</sup> VIGO, Rodolfo, «La axiología jurídica de Gustav Radbruch», *op. cit.*, p. 55.

<sup>261</sup> SIECKMANN, Jan, «Human Rights and the Claim to correctness in the Theory of Robert Alexy», en *Law, Rights and Discourse (The Legal Philosophy of Robert Alexy)*, (Ed. George Pavlakos), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 189-206.

<sup>262</sup> ALEXY, Robert, «Derecho y corrección» en *La institucionalización de la justicia*, (Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane) (traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez), Comares, Granada, 2005, p. 45. «La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho» en *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 51-72. *Vid.* RAZ, Joseph, ALEXY, Robert, BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, (edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brigido), Marcial Pons, Barcelona, 2007.

mentativa para justificar restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales. El propio Habermas ha criticado dicha posición, manifestando el rígido procedimentalismo de Alexy sobre las normas jurídicas, y advirtiendo que el ejercicio de ponderación es una herramienta meramente subjetiva y susceptible de un ejercicio discrecional y arbitrario de la argumentación como cualquier otro procedimiento justificativo.<sup>263</sup>

En este sentido, ¿es suficiente el procedimiento discursivo de la corrección de la injusticia para satisfacer los ideales de justicia y equidad que exige una sociedad? ¿es necesaria la adopción por parte del juez de alguna corriente de la filosofía ilustrada o liberal para motivar sus decisiones? ¿es posible establecer racionalmente el principio de justicia? Perelman afirma que no se puede justificar racionalmente la idea de justicia material si no existe un consenso mínimo de valores en donde se desarrolle el sistema normativo, el cual no puede ser sometido a algún criterio racional, es decir, es perfectamente arbitrario y lógicamente indeterminado.<sup>264</sup> Así, el cumplimiento del ideal de justicia a partir de procedimientos meramente descriptivos o procedimentales no es suficiente. Si queremos realmente dar sentido a las normas jurídicas y dotarlas de sustancia, es necesario acudir a la hermenéutica jurídica y a las distintas pautas para su aplicación en el derecho.

La hermenéutica jurídica puede mostrarnos la estructura del proceso de comprensión, así como las condiciones de posibilidad de los textos jurídicos. Esto, evita la posibilidad de reducir la interpretación a una mera técnica en el simple procedimiento aplicativo.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez (Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de la teoría del discurso)*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 302-303.

<sup>264</sup> PERELMAN, CH., *De la Justicia*, (trad. Ricardo Guerra), Centro de Estudios Filosóficos-UNAM, México, 1964, pp. 70-73.

<sup>265</sup> VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación (Elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 225. FERRARIS, Maurizio, *La hermenéutica*, Taurus, México, 2000.

El círculo hermenéutico acuñado por el filósofo Gadamer, podría servirnos como instrumento para acercar la comprensión entre los elementos que componen determinada situación jurídica, a partir de un ejercicio circular de la comprensión y tratando de atisbar las dificultades de entendimiento a causa de los impedimentos que nacen de la historia y tradición de los fenómenos sociales.<sup>266</sup> Asimismo, si adoptamos la hermenéutica como auxiliar en la interpretación de las normas, deberemos asimilar un concepto de horizonte, con el objeto de comprender la dinámica de las normas jurídicas al contexto social, que se encuentra siempre en perpetuo movimiento.<sup>267</sup>

En tal sentido, el objetivo es alcanzar la comprensión intersubjetiva del proceso discursivo del derecho, y concretizar de mejor forma los valores y principios constitucionales a los problemas sociales que se pretenden resolver, desde una razón práctica. Dicho proceso únicamente es posible si el propio juez sabe comunicar los valores constitucionales por medio de un proceso discursivo y racional. Este proceso paulatino, de reconocimiento y consolidación de una constitución material, viviente, forma parte del desafío que el juez constitucional tiene en el siglo XXI. Esto lo podemos observar en la creación de nuevos derechos humanos, a partir de la interpretación extensiva de principios y de la axiología constitucional,<sup>268</sup> en aras de salvaguardar la justicia y la equidad.

---

<sup>266</sup> GADAMER, Hans George, *Verdad y método II*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, p. 68.

<sup>267</sup> GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, p. 372 y ss.

<sup>268</sup> TRIBE, Laurence, *The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008, p. 32. STRAUSS, David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010.



## CONCLUSIONES

La legitimación del juez constitucional se encuentra íntimamente ligada con el nivel de racionalidad contenido en sus decisiones. Su responsabilidad institucional y ante la sociedad, es satisfacer el principio de acceso a la justicia universal para todos los ciudadanos, así como la transmisión de confianza sobre la institución que representa, en aras de permitir al ciudadano acudir ante estas instancias. En el ejercicio de este ideal, debe tomar en cuenta el aspecto deontológico de su labor judicial.

En tal sentido, los momentos de crisis política y social, son grandes momentos para poner a prueba las instituciones. En este trabajo se ha abordado el caso de Alemania, que a pesar de haber transitado de un régimen totalitario hacia uno democrático, logró consolidar al Tribunal Constitucional Federal como una de las instituciones más prestigiadas socialmente. Lo anterior, a pesar de los conflictos tan sensibles que abrían heridas del pasado, los jueces de aquella nación supieron enfrentar y resolver los problemas nacionales, a través del ejercicio discrecional de su función.

No obstante, el ejercicio de la función judicial, trae aparejada una tensión ineludible entre los principios democrático y de supre-

macía constitucional. Dicha tensión es aun más intensa en aquellos casos donde el juzgador ejerce la discrecionalidad judicial fuerte, con el propósito de encontrar soluciones innovadoras para resolver los problemas que le presentan los justiciables. Las principales teorías sobre la discrecionalidad judicial y la indeterminación del ordenamiento jurídico, nos ayudan a contestar algunas preguntas sobre el modelo ideal de juzgador que pudiera necesitar una sociedad determinada. El modelo continental europeo y el norteamericano de la judicatura difieren en gran medida, dado que este último ha preferido un intenso activismo, donde el mismo asume un rol protagónico de las grandes decisiones políticas, económicas y sociales.

No obstante, esta visión ha sido últimamente conocida en los países latinoamericanos, verbigracia, Colombia tiene una de las Cortes Constitucionales más activas de la región, e incluso ha tenido fuertes roces con los demás Poderes, en razón de la intensa actividad que desarrolla. En los demás países de América Latina se ha dado también un fenómeno de la toma decisiones importantes en la instancia judicial, cuando se abordan problemas sobre aborto, matrimonio y adopción entre personas del mismo sexo, juzgamiento de crímenes del pasado (en aquellos países con historia de regímenes autocráticos o dictatoriales), entre otras temáticas.

Si añadimos a lo anterior, la exigencia de que, no solo los Tribunales Constitucionales, sino que todos los operadores jurisdiccionales se encuentran obligados a ejercer un control de convencionalidad (Sistema Interamericano) o de comunitariedad (Sistema Europeo), con el objeto de realizar de manera integral los valores y principios contenidos en las Constituciones y Tratados Internacionales, la labor se vuelve aún más compleja y genera mayor tensión no solo entre Poderes, sino entre ámbitos de aplicación de las normas.

Otra de las responsabilidades fundamentales que tiene el Poder Judicial como institución ante la sociedad es la rendición de cuentas. A propósito, se ha puesto en la mesa de debate la cuestión del auto-

gobierno judicial y la medición de resultados, a partir de los criterios de la gobernanza, tales como la apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El autogobierno judicial es bien visto en muchos países de Iberoamérica, no obstante existen algunos otros, de acuerdo a los más acérrimos críticos del sistema, que han sufrido las consecuencias de una planificación tardía, como España, a través de su Consejo General del Poder Judicial.

Precisamente, desde el aspecto administrativo y de gestión el Poder Judicial se relaciona con los Poderes Ejecutivo y Legislativo. En tal sentido, debe ejercer los recursos tanto materiales como humanos, siguiendo los criterios de eficiencia y eficacia. La gestión de recursos se debe dar de forma autónoma e independiente. Asimismo, la cuestión de la selección de funcionarios, nombramiento de los mismos, el asunto disciplinario debe seguir formando parte del sistema de autogestión, siguiendo la tipología del gobierno judicial externo, autónomo e independiente.

En igual sentido, el juzgador debe encontrarse presto de rendir cuentas ante la sociedad, aunque en ocasiones no pareciera que fuese así en nuestros países de tradición romano-canónica, en comparación con el sistema norteamericano, donde los jueces locales mantienen una relación con la sociedad en la que se encuentren, a través de los fallos que emiten. En tal sentido, existe también la responsabilidad por error judicial, retraso y dilación indebida, funcionamiento anormal del sistema de impartición de justicia. El juez debe de responder ante la sociedad en la que se encuentre, ya sea por la vía administrativa, civil, inclusive hasta penal si fuese la situación.

Tenemos entonces una relación inescindible entre el ejercicio de la discrecionalidad judicial y la responsabilidad del juez. Un juez que ejerce la discrecionalidad fuerte, es susceptible de acarrear mayor responsabilidad. Dicho lo anterior, el vínculo entre discrecionalidad judicial y la responsabilidad es sano, siempre y cuando el ejercicio de exigencia de responsabilidades administrativas, civiles o penales, se

encuentre plenamente orquestado, bajo un sistema de gobierno judicial transparente, activo, participativo, responsable, honesto, coherente y eficaz. El manejo cuidadoso de la administración al interior del Poder Judicial debe seguir siendo uno de los peldaños para garantizar su plena autonomía e independencia. No obstante su legitimación racional, debe continuar enlazada con su función primordial: el equilibrio de poderes y la realización plena de los valores y principios que la sociedad ha decidido respetar y compartir.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III. (*La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*), Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.
- AA.VV., Tomo II, Vol. I, *Historia de los Derechos Fundamentales: El contexto social y cultural de los derechos. (Rasgos generales de evolución)*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid 1998, 455 pp.
- AA.VV., Tomo II, Vol. II, *Historia de los Derechos Fundamentales: La filosofía de los derechos humanos*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid 1998, 589 pp.
  - AA.VV., Tomo I: *Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 1998, 875 pp.
- AGUILERA, Portales Rafael, BECERRA ROJASVÉRTIZ, Rubén E., (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, Palestra, Lima, 2007.

- , «La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho» en *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 51-72.
- , «The Dual Nature of Law», en *Ratio Juris*, Vol. 23, 2a ed., junio, 2010, pp. 167-182.
- , *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005.
- , «Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad», en VIGO, Rodolfo, (coord.), *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, Fontamara, México, 2004, pp. 236-269.
- , *The argument from injustice (A reply to legal positivism)*, (traducida por Boonie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson), Oxford University Press, New York, 2002.
- , «Una defensa de la fórmula Radbruch», en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 5, 2001, pp. 75-96
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008 (1ª reimp. de la 2ª ed.).
- , *La institucionalización de la justicia*, (Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane) (traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez), Comares, Granada, 2005.
- , *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ÁLVARO ESTRAMIANA, José Luis, LUQUE INGE, Alicia Garrido, et al., *Introducción a la psicología social sociológica*, Editorial UOC, Barcelona, 2007.
- ARCHER, Dawn, «Facework and im/politeness across legal contexts: An introduction» en *Journal of Politeness Research*, vol. 7, 2011, pp. 1-19.
- Aristóteles, *Ética Nicomaquea (Ética eudemia)*, Gredos, Madrid, 1985.
- , *Retórica*, Gredos, Madrid, 1994.
- Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, *Estudio de opinión sobre la satisfacción de los usuarios de justicia*, Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ)-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2010.

- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 255.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, IJ, UNAM, México, 2003.
- , «Virtudes judiciales (Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho)», en *Claves de razón práctica*, no. 86, 1998, p. 32-42.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ATIENZA, Manuel y VIGO, Rodolfo Luis, *Presentación al Código Iberoamericano de Ética Judicial, Cumbre Judicial Iberoamericana*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- BÄCKER, Carsten, «¿Derecho como razón institucionalizada? Sobre la concepción teórico-discursiva del Derecho de Robert Alexy» en BERNAL PULIDO, Carlos Bernal (Ed.) *La doble dimensión del Derecho (Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy)*, Palestra, Lima, 2011, pp. 181-204.
- BARBER CROSBY, Margaret, *The Making of a German Constitution (A Slow Revolution)*, Berg, Nueva York, 2008.
- BENDA, Ernst, «Art. 1 Abs. 1 GG als objektive Rechtsnorm und Grundrecht» en *Gefährdungen der Menschenwürde*, Westdeutscher Verlag, Bayern, 1974.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- , *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- BEEVER, Allan, «Aristotle on equity, law and justice», en *Legal Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, Legal Theory, v. 10, Secc. 01, Mayo, 2004, pp. 30-41.
- BINDDREITER, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the implications of Kelsen's Doctrine*, Kluwer Law International, London, 2002.
- BIX, Bryan, *Law, Language and legal determinacy*, Clarendonn Press, Oxford University Press, New York, 1993.

- BLICHNER, L. C., «Juridification from Below: The Dynamics of MacCormick's Institutional Theory of Law» en MENENDEZ, A. J., y FOSSUM, J. E. (Eds.), *Law and democracy in Neil MacCormick's legal and political theory (The Post-Sovereign Constellation)*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 27-53.
- BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, UNAM-IIJ, México, 2006 (2ª ed.).
- *El problema del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.
  - *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2009.
  - *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Debate, Madrid, 1998.
  - *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, España, 1998.
- BÖCKENFORDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, (trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Baden-Baden, 1993.
- BROWN, p. y LEVINSON S., *Politeness: some universals in language usage*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.
- CALDERÓN ORTEGA, José Manuel, «La nobleza en España reflexiones en torno al nacimiento de un estamento privilegiado» en PALACIOS BAÑUELOS, Luis y RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio (Dir.), *La nobleza en España (Historia, presente y futuro y perspectivas de futuro)*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 35-52.
- CAPELLETI, Ángel J., «Introducción» en *Los estoicos antiguos*, Gredos, Madrid, 1996.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008.
- (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.
- Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (CDPEJI).
- CAZORLA PRIETO, L. M., *El lenguaje jurídico actual*, Thompson Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 2007.

- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *La Gobernanza Europea (Un Libro Blanco)*, Bruselas, 2001.
- Consejo General del Poder Judicial, *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2005.
- Cicerón, Marco Tulio, *Sobre los deberes*, Alianza Editorial, Madrid, 2006.
- , *Los deberes y las paradojas de los estoicos*, Iberia, Madrid, 1961.
- CORTINA, Adela, *Justicia cordial*, Trotta, Madrid, 2010.
- , Ética de la razón cordial (Educar en la ciudadanía en el siglo XXI), Nobel, Oviedo, 2007, p. 22.
- CRUZ, Luis, M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.
- DARAKI, María y ROMEYER-DHERBEY, Gilbert, *El mundo helenístico: cínicos, estoicos y epicúreos*, Akal ediciones, Madrid, 1996.
- DECLARACIÓN DE CANARIAS. DECLARACIÓN FINAL DE LA VI CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES Y TRIBUNALES SUPREMOS DE JUSTICIA.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, «El artículo 10.1 de la Constitución Española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social» en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. et. al. (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Comares, Granada, 2002, pp. 153-175.
- , *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006.
- DE CERVANTES, Miguel, *Don Quijote de la Mancha*, Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, Alfabuara, México, 2005.
- DE MOXÓ, Salvador, *Feudalismo, señorío y nobleza en la Castilla medieval*, Real Academia de Historia, Madrid, 2000.

- DE VEGA GARCÍA, Pedro, «Constitución y democracia», en A. López Pina (ed.), *La Constitución de la Monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 43-73;
- , «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución» en *Revista de Estudios Políticos*, CEPC, No. 7 (Monográfico sobre garantías institucionales), Madrid, 1979, p. 95. pp. 93-118.
- DEL REAL ALCALÁ, Alberto, *Interpretación jurídica y Neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011.
- «Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, UNAM-IIJ, México, 2011, pp. 675-700.
- , «¿Paradoja de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valladolid, 2007, No. 15, pp. 1-8.
- DÍEZ-PICAZO, Ignacio, *Poder Judicial y responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990.
- DÍAZ ROMERO, Juan, *El ABC de la deontología judicial*, SCJN, México, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011.
- , *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999.
- , *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Madrid, Ariel, 1999.
- DURKHEIM, Émile, *Las formas elementales de la vida religiosa (El sistema totémico en Australia)*, traducción y estudio preliminar de Ramón Ramos, Akal Editor, 1982, Madrid.
- EDEL, Frédéric, *The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights*, Human Rights files, No. 16, Council for Europe Publishing, Strasbourg, 2007.
- ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, (traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez), Editorial Dykinson, Madrid, 2007,

- ESCANDELL VIDAL, Ma. Victoria, *Introducción a la pragmática*, Ariel, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.
- FREUD, Sigmund, «Psicología de las masas Psicología de las masas y análisis del yo y otras obras» en *Obras completas*, Editorial Amarrortu, Buenos Aires, 1992, pp. 61-130.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, Núm. 39, Madrid, Septiembre-Diciembre 1993, pp. 195-247.
- *Estudios jurídico-constitucionales*, IIJ, UNAM, México, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- , *Poderes salvajes (La crisis de la democracia constitucional)*, Trotta, Madrid, 2011.
  - , *Principia Iuris (Teoría del derecho y de la democracia)*, T. 2. *Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013.
  - *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, México, 2004.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.
- *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000.
- FLORES, Julia (Coord.), *Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*, IIJ-UNAM-IFE, México, 2011.
- FULLER, L. L., *La moral del derecho*, Trilas, México, 1967.

- GARCÍA AMADO, Juan A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- , «La interpretación constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, febrero de 2004, pp. 37-74.
  - «El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia», en SANÍN RESTREPO, R. (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.
- , *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L., *Curso de Historia de las Instituciones españolas (De los orígenes al final de la Edad Media)*, Madrid, Alianza, 1968.
- GIL BERA, Eduardo, *Pensamiento estoico*, Edhasa, Barcelona, 2002.
- GÓMEZ LARA, C., *Teoría General del Proceso*, Harla, México, 1990.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.
- *Estudios sobre la interpretación jurídica*, IIJ, UNAM, México, 1999.
  - «Principios de derecho y discrecionalidad judicial» en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, No. 34, 1999, pp. 39-46.
- GUIBOURG, Ricardo A., «Alexy y su fórmula del peso», en *Desafíos a la ponderación*, BEADE, Gustavo A., y CLÉRICO, Laura (Eds.), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 170-189.
- GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- HÄBERLE, Peter, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en VAN OUYEN, Robert C. y MÖLLERS, Martin H. W. (Eds.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Springer, Verlag für Sozialwissenschaften, Heidelberg, pp. 35-46.

- HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2001.
- *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.
- HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.
- La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I (Racionalidad de la acción y racionalización social)*, Taurus, Madrid, 1998.
- , *Teoría de la acción comunicativa II (Crítica de la razón funcionalista)*, Taurus, Madrid, 1992.
- , *Conciencia moral y acción comunicativa*, Ediciones Península, Barcelona, 1985.
- HART, L. A., *El concepto del derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- *Post scriptum al concepto de derecho*, (traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán), IJ-UNAM, México, 2000.
- HENNE, Thomas, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.
- HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre historia de la filosofía*, Tomo II, FCE, México, 2002.
- , *Lecciones sobre la filosofía de la Historia Universal (Edición abreviada que contiene: Introducción general y especial- mundo griego y romano)*, trad. José Gaos, Tecnos, Madrid, 2005.
- HIGUERA AGEJAS, Fuencisla, «La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la administración judicial y error judicial» en DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (Dir.), *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial-Escuela Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 237-310.

- HITCHCOCK, DAVID y VERHEIJ, Bart, *Arguing on the Toulmin Model (New Essays in Argument Analysis)*, Springer, Netherlands, 2006.
- Informe Global de la Corrupción (2007)
- ÍNIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego, *El fracaso del autogobierno judicial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- JAEGER, C. Stephen, *The Origins of Courtliness (Civilizing Trends and the Formation of Courtly Ideals 939-1210)*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985.
- JAEGER, Werner, *La Paideia: los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 1996.
- KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Tecnos, Madrid, 1995.
- *Teoría Pura del Derecho*, (traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo), Porrúa, México, 2003.
  - *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994.
  - *Teoría General del Estado*, (trad. de Luis Legaz y Lecambra), Comares, Granada, 2002.
- KOMMERS, Donald P., *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Chicago, 1997.
- KOYRÉ, Alexandre, *Introducción a la lectura de Platón*, Alianza Editorial, Madrid, 1966.
- KRYK-KASTOVSKY, B. «Impoliteness in Early Modern English courtroom discourse» en *Journal of Historical Pragmatics*, vol. 7, 2a ed., 2006, pp. 213-243;
- KURZON, Dennis, «The politeness of judges: American and English judicial behavior», en *Journal of Pragmatics*, Vol. 33, 1a ed., Enero 2001, Elsevier, pp. 61-85.
- LAKOFF, R. «Language and Women's Place», en *Language in Society*, Vol. 2, No. 1, Abril, Nueva York, 1975, pp. 45-64.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1961.
- LEECH, N. Geoffrey, *Principles of Pragmatics*, Longman, Nueva York, 1983.
- LEITER, Brian, «Legal formalism and legal realism: what is the issue?», en *Legal Theory*, Cambridge University Press, v. 16, s. 02, Septiembre 2010, p. 112.

- «The Radicalism of Legal Positivism», en *Guild Practitioner, Public Law Working Paper*, No. 303, University of Chicago Law School, 2010.
- LINARES, Sebastián, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y DEL REAL, J. Alberto (coords.), *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, «Reflexiones sobre los modelos de gobierno del Poder Judicial, tribunales y justicia constitucional» en VEGA GÓMEZ, Juan, y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 247-262.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, «La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», en DAMSKY, Isaac Augusto, LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (et. al.) (Coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del estado en Argentina, Colombia y México*, UNAM-IIIJ, México, 2007, pp. 575-605.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Manual de derecho político*, V. I, (*Introducción y teoría del Estado*), Tecnos, Madrid, 2001.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Beramar Ediciones, Madrid, 1993.
- M. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005.
- MACCORMICK, Neil, «The Motivation of Judgments in the Common Law», en PERELMAN, Ch., y FORIERS, p. (Eds.) *La motivation des Décisions de Justice*, Brylant, Bruselas, 1978, pp. 140-170.
- MAZZARE, Tecla (Ed.), *Derecho y Democracia constitucional (Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli)*, Ara Editores, Lima, 2011.
- (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, (Introducción de Enrique Tierno Galván y trad. De Mercedes Blázquez y Pedro de Vega), Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2007.

- MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo y REDONDO, Cristina, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Fontamara, México, 2002.
- MORALES LUNA, Félix E., *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- MUINELO COBO, J. Carlos, *La invención del derecho en Aristóteles*, Dykinson, Madrid, 2011.
- MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional. Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico*, GÓMEZ DE ARTECHE, Salvador (trad.), edición bilingüe alemán-español, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- , «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales*, Año 9. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, pp. 89-113.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, «El gobierno del Poder Judicial los modelos y el caso español» en *Revista de las Cortes Generales*, no. 35, Madrid, 1995, pp. 167-239;
- NIETO, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid, 2012.
- NIETO, Alejandro y GORDILLO, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Madrid España, Edición (2 ed. ed. ampl., ref. y puesta al día) 2003.
- , *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
- , *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1993.
- PEGORARO, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, (trad. Marta León Alonso), Dykinson, Madrid, 2004.
- PENMAN, Robyn, «Facework & Politeness: Multiple Goals in Courtroom Discourse» en *Journal of Language and Social Psychology*, Vol. 9, Marzo 1990, pp.15-38;
- PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, Biblioteca Romano Hispánica, Madrid, Gredos, 1989.

- PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Defensor del Pueblo, 2010.
- , *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2005.
- PERSILY, Nathaniel, CITRIN, Jack (et. al.) (Eds.), *Public Opinion and Constitutional Controversy*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Platón, *Diálogos II (Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo)*, Gredos, Madrid, 1987.
- , *Diálogos IV (La República)*, Libro II, Gredos, Madrid, 1988.
- POLAKIEWICZ, Jörg, «El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 81, Julio-septiembre 1993, pp. 23-45.
- POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.
- Protocolo aprobado por 23 Poderes Judiciales (incluido España) en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana (abril de 2014), Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1951.
- *Filosofía del Derecho*, (Estudio Preliminar de José Luis Monereo Pérez), Comares, Granada, 1999.
- RAZ, Joseph, ALEXY, Robert, BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, (edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brigido), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- RIEDEL, Eibe y WOLFRUM, Rüdiger (eds.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer-Instituto Max-Planck, Heidelberg, 2008.
- SALLES, Ricardo, *Los estoicos y el problema de la libertad*, UNAM-IIF, México, 2009.
- SARTORI, Giovanni, *La política*, FCE, México, 2003.

- SCHIAVELLO, Aldo, «Neil MacCormick's Second Thoughts on Legal Reasoning and Legal Theory (A Defence of the Original View)», en *Ratio Juris*, Vol. 24, 2a ed., junio 2011, pp. 140-155.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- *La defensa de la Constitución (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución)*, (Prólogo de Pedro de Vega), Tecnos Madrid, 1983.
- SCHNEIDER, Hans Peter, «Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales» en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-115;
- SICHES, Luis Recasens, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2008.
- SIECKMANN, Jan, «Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy», en PAVLAKOS, George (Ed.), *Law, Rights and Discourse (The Legal Philosophy of Robert Alexy)*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 189-206.
- SIECKMANN, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del derecho*, Editorial Reus, Madrid, 1930.
- STARCK, Christian, «Introducción a la Dignidad humana en el Derecho alemán», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 489-497.
- , *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011.
- STERN, Klaus, «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Núm. 1, Septiembre-diciembre 1988.
- *Jurisdicción constitucional y legislador*, Dykinson, Madrid, 2009.
- STERN, Klaus, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, West deutscher Verlag, Bayern.

- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, III, UNAM, México, 2003.
- TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, TEPJF, México, 2006.
- TOULMIN, Stephen, *Return to reason*, Harvard University Press, Massachusetts, 2001.
- , *Los usos de la argumentación*, Ediciones Península, Barcelona, 2007.
- TRIBE, Laurence, *The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008, p. 32.
- TRIBE, Lawrence y DORF, Michael, *On reading Constitution*, London, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.
- TURELL, M. Teresa (ed.), *Lingüística forense, lengua y derecho: conceptos, métodos y aplicaciones*, Institut Universitari de Lingüística Aplicada. Universitat Pompeu Fabra; Documenta Universitaria, Barcelona, 2005.
- VV. AA. *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, (Prólogo de Pedro Serna Bermúdez), Granada, Comares, 2005.
- VV. AA. *Manual de Derecho Constitucional* (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006.
- VANBERG, Georg, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derecho y Moral*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- VIEWEGH, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Ética y responsabilidad judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.
- , *Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- , *¿Cómo argumentar jurídicamente?*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- , (coord.), *La injusticia extrema no es derecho* (De Radbruch a Alexy), Fontamara, México, 2004, pp. 269.
- , *De la ley al Derecho*, Porrúa, México, 2003.

- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación (Elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Dykinson, Madrid, 2007.
- WATTS, Richard J., *Politeness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
- WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.
- , *The judicial application of law*, BANKOWSKI, Zenon and MACCORMICK, Neil (Eds.), Springer, Dordrecht, 1992.
- ZACHER, Hans F., *Social Policy in the Federal Republic of Germany (The Constitution of the Social)*, Springer-Ministerio Federal del Trabajo-Archivo Federal, Heidelberg, 2013.
- ZAIDEN BENVINDO, Juliano, *On the Limits of Constitutional Adjudication (Deconstructing Balancing and Judicial Activism)*, Springer, Heidelberg, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999,
- *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005.
  - *La exigencia de la justicia*, (traducción y presentación de Miguel Carbonell), Trotta, Madrid, 2006.
  - «Jueces Constitucionales» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nuevo año, Año. XXXVII, No. 117, UNAM-IIJ, México, Septiembre-diciembre, 2006, pp. 1135-1161.
  - «El Juez constitucional en el siglo XXI», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Num. 10, Julio-Diciembre, Porrúa, México, 2008.

### **Sentencias judiciales**

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Sentencia del Tribunal Regional de Colonia, Alemania. Wa. 151 Ns 169/11. Tribunal Regional de Köln, 7 de mayo de 2012.



**MANTÉNGASE INFORMADO  
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis  
al boletín informativo  
[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)**

**Y benefíciense de nuestras ofertas semanales**