


Ricardo Marquisio Aguirre 

## La prioridad moral de la legislación en un Estado democrático de derecho<sup>1</sup>

*The Moral Priority of Legislation in a Democratic Rule-of-Law State*

*A Prioridade Moral da Legislação em um Estado Democrático de Direito*

 Profesor Titular de Filosofía y Teoría General del Derecho (FDER, UDELAR)  
Doctor en Filosofía por la Universidad de Buenos Aires.  
ORCID: 0000000163768533

**Resumen:** Este artículo defiende la tesis de que, en un Estado democrático de derecho, los jueces tienen la obligación moral de aplicar la legislación como fuente prioritaria de decisión. Se adopta una estrategia teórica normativa y se analiza la sujeción de los jueces a la ley como parte de los problemas de la naturaleza y la normatividad del derecho. Luego de abordar el problema de cómo un sistema normativo artificial como el derecho puede generar obligaciones morales en los jueces, se caracteriza al ideal de estado democrático de derecho y el rol específico que cumplen en este las reglas de fuente legislativa. Se concluye que cuando el estado de derecho está al servicio de una autoridad democrática, la actuación del cuerpo legislativo debe ser tomada como una delegación de la soberanía popular que, expresada por medio de elecciones libres y competitivas, le ha atribuido el poder de resolver problemas relacionados con el bien común. En consecuencia, los jueces tienen el deber moral de resolver los casos particulares aplicando, siempre que sea claro o identificable a través de la interpretación, el criterio expresado en las reglas legales.

**Palabras clave:** moral y derecho; estado de derecho; jueces y democracia; normatividad jurídica.

**Abstract:** This paper defends the thesis that, in a democratic rule-of-law state, judges have the moral obligation to apply legislation as the primary source of decision. Adopting a normative theoretical strategy, it examines judicial subjection to the law as part of the

*broader debates on the nature and normativity of law. After addressing the problem of how an artificial normative system such as law can generate moral obligations for judges, the article characterizes the ideal of the democratic rule of law and the specific role that legislative sources play within it. It concludes that, when the rule of law is at the service of democratic authority, the actions of the legislative body must be understood as a delegation of popular sovereignty which, expressed through free and competitive elections, endows it with the authority to resolve matters pertaining to the common good. Consequently, judges bear the moral duty to decide particular cases by applying, whenever clear or ascertainable through interpretation, the criteria expressed in legal rules.*

**Keywords:** *morality and law; rule of law; judges and democracy; legal normativity.*

**Resumo:** *Este artigo defende a tese de que, em um Estado democrático de direito, os juízes têm a obrigação moral de aplicar a legislação como fonte prioritária de decisão. Adotando uma estratégia teórica normativa, examina-se a sujeição dos juízes à lei como parte dos debates mais amplos sobre a natureza e a normatividade do direito. Após abordar o problema de como um sistema normativo artificial como o direito pode gerar obrigações morais para os juízes, o artigo caracteriza o ideal do Estado democrático de direito e o papel específico que nele desempenham as fontes legislativas. Conclui-se que, quando o Estado de direito está a serviço de uma autoridade democrática, a atuação do corpo legislativo deve ser entendida como uma delegação da soberania popular que, expressa por meio de eleições livres e competitivas, lhe confere a autoridade para resolver questões relativas ao bem comum. Em consequência, os juízes têm o dever moral de decidir os casos particulares aplicando, sempre que claro ou identificável mediante interpretação, o critério expresso nas normas legais.*

**Palavras-chave:** *moral e direito; estado de direito; juízes e democracia; normatividade jurídica.*

Recibido: 30/09/25

Aceptado: 26/11/2025

## 1. Introducción

Cuando Montesquieu formuló su célebre prescripción de que los jueces deben ser “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” (Montesquieu, 1987, 112), estaba resumiendo, aunque de una manera fallida (y acaso utópica), uno de los elementos esenciales del estado de derecho: la necesidad de sujeción normativa de la actividad jurisdiccional a la legislación.

La imperfección de esta formulación hace que, tomada de manera literal, sea insostenible. Basta tener en cuenta el grado de complejidad que caracteriza al derecho, como técnica de motivación de la conducta, para advertir que no puede ser aplicado por autómatas. La labor judicial requiere un conocimiento técnico especializado para interpretar la legislación, involucra el ejercicio de virtudes morales como la imparcialidad, el coraje y la prudencia, y demanda en los casos difíciles una aguda capacidad para lograr la adaptación de las leyes a circunstancias no previstas por sus autores. Los sistemas jurídico desarrollados no podrían funcionar sin requerir decisiones de los jueces que vayan más allá de lo interpretativo y aplicativo. Decisiones que solo pueden entenderse como correctivas del derecho legislado y, al menos de manera intersticial (para el caso concreto), creativas.

Sin embargo, el punto central de Montesquieu sigue siendo correcto: el estado de derecho impone que, en aquellos órdenes jurídicos donde existe una función legislativa definida de manera institucional, la actividad judicial le tenga un alto grado de deferencia. Esto significa que el juez debe aceptar de buena fe la autoridad de la ley y sujetarse a ella, por razones que van más allá de las propias prescripciones jurídicas. Más precisamente, por razones dependientes de un ideal moral de legitimación que le atribuye un rol colaborativo con el legislador.

La necesidad de presuponer este ideal debe ser subrayada. El derecho, por su propia realidad institucional, es decir, considerado como una estructura de creación, identificación y aplicación de normas, no tiene aptitud para imponer obligaciones

morales. Solo un orden jurídico que cumpla con ciertas condiciones básicas de justicia (como el respeto de los derechos y las libertades fundamentales) puede aspirar a una sujeción normativa robusta de los jueces a las reglas legislativas<sup>2</sup>.

La idea que los jueces son (principalmente) aplicadores de la legislación es cuestionada por ideologías normativas que priorizan otros parámetros de valoración de la función jurisdiccional: los principios constitucionales, los derechos humanos e inclusive la justicia abstracta. La pretensión de que los jueces deban identificar el derecho de manera directa en estas fuentes ha llegado a contraponerse con la idea de que la primera virtud judicial radica en seguir de manera fiel a la legislación<sup>3</sup>.

La idea de que los jueces pueden (o deben) dejar de lado la legislación y acudir de manera directa a los principios constitucionales vagos y abstractos, conlleva una distribución del poder institucional que desafía la concepción clásica de la separación de poderes. Los tribunales son ubicados en un lugar de preferencia sobre la legislatura y los ciudadanos. Las razones de esta jerarquía remiten a visiones sobre el vínculo entre la moral y el derecho, como el interpretativismo y el neoconstitucionalismo, según la cuales las consideraciones de justicia sustantiva, justificadas en la presunta fuerza normativa de la Constitución, prevalecen sobre los valores formales y procedimentales del *rule of law*. Desde esta óptica la autoridad para regular el mundo social común se legitima, en última instancia, en un programa “coherente” de justicia sustantiva (la Constitución interpretada) y no en la visión de cada ciudadano sobre la necesidad de cambiar o conservar el derecho, según las razones morales disponibles en el momento de la decisión.

La relevancia teórica de este trabajo radica, por tanto, en presentar un argumento moral sobre la prioridad de las reglas legislativas con relación a los estándares vagos y abstractos que incluyen las constituciones largas. El argumento da sentido a los valores centrales del estado de derecho y la autoridad democrática, como un ideal que conecta a los jueces, legisladores y ciudadanos, en cuanto desempeñan roles específicos y colaborativos en la realización de la justicia institucional para una comunidad. La relevancia práctica del argumento radica en que proporciona un justificativo a los jueces para aceptar un rol principal de aplicadores de ley sin necesidad de justificarse en posturas formalistas e idealizadas sobre la autonomía y completitud del derecho, o escépticas sobre la objetividad moral y la relevancia de los derechos humanos<sup>4</sup>.

Voy a defender la tesis de que los jueces tienen una obligación moral de dar prevalencia normativa a las reglas de fuente legislativa o constitucional<sup>5</sup>, con relación a

otros estándares de decisión. Dicha obligación está originada en el compromiso público que asumen, en cuanto a desempeñar sus funciones, en un orden institucional donde el estado de derecho se desarrolla al servicio de una autoridad democrática. El ideal de estado democrático de derecho permite dar cuenta de la “fuerza” (para usar la terminología de Montesquieu) superior de las reglas que provienen de la ley, con relación a otros criterios alternativos de justificación de las decisiones.

El argumento se basa en las siguientes premisas: (I) toda decisión judicial puede entenderse como la aplicación de una regla de derecho; (II) el juez expresa en la regla un criterio objetivo de decisión, basado en el derecho previamente establecido que identifica como aplicable, o su propia preferencia personal sobre cómo debería resolverse el caso; (III) según el ideal de estado de derecho los jueces deberían, en tanto ello sea posible, resolver los casos en base a reglas que expresen criterios objetivos de decisión; (IV) en un Estado democrático de derecho la fuente prioritaria de creación de reglas que expresan criterios objetivos de decisión es la legislación.

La tesis se defiende desde un marco conceptual que tiene dos presupuestos centrales: la artificialidad del derecho (ontología social e institucional) y la objetividad moral<sup>6</sup>. El primero, ubica al argumento en la tradición positivista: a los efectos de identificar el derecho proveniente de las fuentes sociales no es conceptualmente necesario acudir a consideraciones morales sobre lo que el derecho debería ser<sup>7</sup>. Esta afirmación no es incompatible con el iusnaturalismo de tradición clásica, al menos en lo relativo al derecho legislado<sup>8</sup>. El segundo, aunque definitorio de la tradición iusnaturalista, no es contradictorio con el positivismo, salvo en versiones que lo conectan de manera constitutiva con el escepticismo moral<sup>9</sup>. Desde una concepción del derecho cuyo rasgo definitorio es la institucionalidad, la relevancia normativa de lo legal es, por sí misma, débil o formal. Por consiguiente, depende de consideraciones morales justificativas para proporcionar a los jueces razones robustas para su aplicación. Mi argumento ubica al de estado democrático de derecho (en tanto cumple sus requisitos morales de justificación) como el ideal cuya fuerza normativa determina la prioridad de la legislación sobre otras consideraciones valorativas y morales que el propio derecho expresa a través de estándares vagos y abstractos.

## 2. El enfoque normativo

Para entender el punto de partida de un enfoque teórico normativo es pertinente diferenciarlo de otros tipos de análisis como el dogmático, el realista y el crítico.

El enfoque teórico normativo adhiere a lo que William Lucy denomina la teoría “ortodoxa” de la decisión judicial<sup>10</sup>. Para la teoría ortodoxa los jueces, al resolver los casos concretos, están constreñidos (aunque de manera relativa) por estándares jurídicos predeterminados. Esto proporciona al derecho un importante grado de predictibilidad y certeza, en cuanto, en una vasta mayoría de casos, los resultados pueden ser anticipados por académicos, observadores y prácticos (Lucy, 1999, 2-3). De manera que, plantearse el fundamento y el alcance de esta determinación, da lugar a preguntas normativas de tipo interpretativo (Shapiro, 2013, 2-3) como la que intenta responderse en este trabajo: ¿cuál es el ideal de justificación de su actividad que obra como presupuesto de que los jueces estén sujetos de manera prioritaria a la legislación?

Los enfoques dogmático, realista y crítico no son adecuados para responder esta pregunta. Un abordaje doctrinario o dogmático, que refiere a cuál es el derecho (con respecto a una cuestión determinada y en el marco de un sistema normativo concreto) tomará por dado que los jueces tienen la obligación de aplicar las normas que provengan de las fuentes sociales del derecho. Pero en ocasiones la propia dogmática ubica a otras fuentes del derecho -como las principios vagos y abstractos mencionados en la constitución y los pactos internacionales- como prioritarias con respecto a la legislación. La dogmática no suele justificar esta preferencia más allá de la invocación de los principios vagos y abstractos que constituirían estándares superiores a la ley, como el muy citado art. 72 de la constitución uruguaya<sup>11</sup>.

Aunque sus investigaciones tienen como presupuesto alguna justificación moral del derecho<sup>12</sup>, rara vez la dogmática la explicita o desarrolla, en tanto su objeto es identificar criterios deónticos a la interna de algún sistema jurídico. La doctrina busca determinar lo que debería hacerse en el marco de cierto conjunto de estándares (establecer los deberes jurídicos que tenemos), pero no evalúa el compromiso moral de los agentes con dichos estándares o la aceptabilidad racional de estos como las mejores calificaciones normativas de la conducta (Hage, 2011). En otros términos, desde la dogmática se toma al problema de la sujeción de los jueces a la ley como formal e intrasistémico y resoluble de manera exhaustiva por los enunciados de las fuentes sociales del derecho.

Un enfoque realista, por su parte, no se plantea la sujeción de los jueces a la ley en términos normativos sino empíricos o predictivos. Aunque los realistas jurídicos sostienen que los jueces actúan con gran discrecionalidad, reconocen que, al menos en parte, sus decisiones se pueden explicar por creencias sobre el deber de aplicar la legislación. Pero el impacto de las reglas legales en el resultado de los juicios es

siempre contingente. El interés de estas teorías se orienta a la verificación empírica de las causas reales del fallo, de acuerdo con una metodología naturalista; en tal sentido, lo que importa son las motivaciones que de hecho tengan los jueces (aquellas que explican su comportamiento y permiten predecir sus decisiones) y estas no pueden identificarse sin más con el cumplimiento del derecho legislado (ver Leiter, 2021).

Por su parte, la aproximación crítica al derecho asume que la decisión judicial está indeterminada de manera radical y que, por tanto, los jueces deben promover directamente el logro de ciertos bienes sociales. La idea de que la ley no limita de manera relevante la decisión judicial desemboca en la legitimación del activismo desenfadado: el juez es concebido como un actor ideológico que, al momento de resolver un conflicto, construye y presenta (como justificación a posteriori) aquella regla que habría establecido si fuera legislador (Kennedy, 1997, 158).

El abordaje teórico normativo supone considerar el porqué de la sujeción de los jueces a la ley como parte de las preguntas sobre la naturaleza y la normatividad del derecho. Al abordar estas cuestiones reflexionamos sobre el lugar que ocupa el rol judicial en la estructura formal y sistemática de autoridad que constituye un sistema jurídico. Para indagar el modo en que el derecho puede producir razones normativas, es necesario dar cuenta del punto de vista de los jueces y las condiciones bajo las cuales las reglas producidas por otras autoridades pueden impactar en sus obligaciones morales.

### 3. Artificialidad jurídica y obligaciones morales

El derecho es un artefacto humano que se origina en hechos sociales, tiene una autoría definida, es intencionalmente creado o impuesto para determinadas funciones y depende, para su continuidad en el tiempo, de que mantenga eficacia social (Burazin, 2023). Desde el reconocimiento de esta condición artificial, se suele considerar al derecho de dos maneras: como un sistema normativo y como una práctica social.

Como sistema normativo, el derecho está compuesto, de manera principal, por enunciados cuyo sentido es guiar a las personas atribuyendo un status deóntico a sus acciones: prohibido, obligatorio, permitido. Estos enunciados están relacionados entre sí de modos que admiten creación, reconocimiento, interpretación y aplicación sistemática (ver Bulygin, 1991)<sup>13</sup>.

Como práctica social, el derecho supone el actuar concordante de múltiples agentes que comparten criterios para la identificación de sus normas. Se trata de una prác-

tica institucional que crea, conserva y modifica, a través de calificaciones deónticas, un mundo social cuya ontología es característicamente subjetiva (los hechos que la constituyen dependen del reconocimiento y la aceptación generalizada a lo largo del tiempo) aunque permite un acceso epistemológico objetivo (se puede dar cuenta de esos hechos desde la perspectiva de un observador externo)<sup>14</sup>.

En tanto sistema normativo, el derecho tiene la función características de crear o incorporar estándares cuya normatividad es débil o formal: nos proporciona criterios o razones para la acción, creando deberes y obligaciones, pero no determina lo que debemos hacer consideradas todas las razones que se nos aplican. Siempre podemos imaginar situaciones en las cuales los agentes tengan argumentos morales o prudenciales para no cumplir con el derecho.

Las instituciones del derecho tienen un rol esencial en hacer posible la supervivencia y el desarrollo de las sociedades, a partir de un cierto grado complejidad de estas. Cumplen una función moral, pues su existencia es valiosa en sentido instrumental, en tanto las normas jurídicas hacen posible el cumplimiento de diversos fines sociales, y también de manera intrínseca o constitutiva, al manifestar el punto de vista (“la voz”) de la comunidad (Raz, 2009, 107).

Sin embargo, este presupuesto no garantiza la validación moral de ningún sistema en particular. Algunos sistemas jurídicos logran conformarse con ideales de justicia, democracia y derechos humanos en los niveles más altos realizables. Otros, en cambio, suponen una afrenta a la propia idea de humanidad. Pero todos tienen en común una estructura de producción, identificación y aplicación de estándares normativos. Esta condición normativa formal del derecho está resumida en el slogan que impuso el positivismo conceptual a partir de autores como Bentham y Austin: la existencia del derecho es una cosa muy diferente de su mérito moral y no depende de este (Green, 2019).

Aunque el derecho sea considerado una condición del bien (no hay una sociedad justa que, en términos realistas, puede ser imaginada como desprovista de un sistema jurídico) también es capaz de crear modos específicos de mal (la clase de coordinación y eficacia que permiten las prácticas jurídicas puede, por ejemplo, hacer más factible la destrucción masiva de una población). Por eso el punto central del positivismo jurídico es tratar al derecho como un artefacto, una creación humana con potencialidad para constituir una herramienta valiosa o perjudicial, dependiendo de los fines concretos para los que se emplee.



Algunas particularidades del derecho como artefacto son relevantes para esta investigación. Además de que la propia existencia del derecho cumple un fin moral (la estructura institucional del derecho subsana carencias de la moral como la incertidumbre de las regulaciones) existen múltiples conexiones significativas entre ambos sistemas normativos. Dos de ellas son aquí relevantes: (i) el derecho tiene como creadores y destinatarios a agentes morales (seres humanos a los que por su racionalidad se les aplican las exigencias de la moral); (ii) el derecho incluye entre sus enunciados la mención de principios, estándares valorativos y derechos morales.

Sobre el primer punto hay que considerar el tipo de guía racional de la conducta que pretenden las normas jurídicas, que difiere, por ejemplo, de la pura amenaza o el engaño. Esa clase de guía es la que pueden dar y recibir seres racionales, autónomos y responsables. Esto no quiere decir que, de hecho, en todos los casos, las normas sean creadas y cumplidas por propósitos morales (son artefactos imperfectos, manipulables y falibles) pero sí que pueden ser entendidas como pretensiones de serlo.

En cuanto al segundo punto, uno de los rasgos típicos del sistema jurídico es la aptitud para incluir contenidos provenientes de otros sistemas normativos. Algunos de estos contenidos son enunciados directamente como exigencias morales: principios como la libertad, la igualdad o la dignidad; derechos como la vida, la propiedad o los de bienestar. Estos enunciados, incluidos principalmente en las constituciones, pero también en un gran número de leyes, generan inevitables tensiones con el carácter artefactual y la normatividad débil del derecho. ¿Supone la presencia de dichos enunciados la incorporación de la moral al derecho? ¿Disminuye la discrecionalidad judicial o por el contrario la aumenta? ¿Autoriza a los jueces a desaplicar la legislación y resolver los casos directamente por lo que entienden requiere la moral?

El sentido común de los juristas prácticos y, en general, de los miembros de cualquier sociedad plural, coincide con la visión positivista, en cuanto a diferenciar los estándares jurídicos de las exigencias de la moral. En esta visión, el derecho es un sistema normativo artificial, uno de los innumerables existentes (la moda, los juegos, los deportes, la gramática prescriptiva, las reglas de etiqueta, los estatutos de un club social, etc.) cuya función es crear y mantener normas destinadas a guiar la conducta humana en diferentes contextos sociales.

Estos sistemas normativos producen, por mecanismos que les son propios (independientes de los de otros sistemas) criterios deónticos válidos para contextos particulares de acción humana. El punto de las reglas de juegos como el fútbol o el

ajedrez es establecer cómo podemos de manera válida jugar esos juegos; el de la moda, cómo debemos vestarnos en un cierto ámbito social. En el caso del derecho, lo que está prohibido, permitido y debido jurídicamente, puede no coincidir o estar en conflicto con la calificación de otro sistema normativo. Como cualquier otro sistema normativo artificial, el derecho carece de la capacidad de producir normas que, por sí mismas, determinen lo que debemos hacer consideradas todas las circunstancias (ver Berman, 2019)<sup>15</sup>.

Si acepta esta tesis sobre la artificialidad y la independencia de los sistemas normativos como el derecho, es claro que sus normas no pueden producir, por el solo hecho de que hayan sido creadas por los procedimientos institucionales previstos en el propio sistema, obligaciones morales<sup>16</sup>. Esto no quiere decir que no haya conexiones entre la moral y el derecho o que el derecho no incorpore estándares morales<sup>17</sup> sino que la justificación de por qué deberíamos sujetarnos a las obligaciones originadas en el derecho debemos buscarlas en la moral, más precisamente en una teoría sobre la legitimación moral de la autoridad política.

La moral puede caracterizarse de distintas maneras. Aquí me interesa la moral crítica, autónoma o interpersonal, que refiere a las razones categóricas (independientes de sus deseos) que tienen los agentes humanos racionales para actuar y se conectan con los intereses de los demás, esto es, con las formas en que las conductas de cada uno afectan a los otros (Scanlon, 1998, 153). Estas razones nos proporcionan un punto de vista que opera como un sistema normativo no artificial. Si soy un agente humano racional puedo reconocer que la moral se me aplica y, por tanto, tengo deberes de actuar por consideración a los intereses de los demás. La moral constituye un sistema normativo público, en tanto está disponible para todos los agentes racionales y se basa en amplios consensos compartidos, pero informal, pues carece de mecanismos institucionales para producir e identificar normas (Gert, 2005, 14). En situaciones conflictivas, donde los desacuerdos no pueden ser resueltos, es la propia reflexión del agente la que, en última instancia, lo llevará a determinar las reglas morales que le son aplicables y las obligaciones morales que realmente tiene<sup>18</sup>.

Entre las reglas morales de reconocimiento universal figura la que establece la obligatoriedad de las promesas. Todas las sociedades requieren formas de cooperación y mecanismos de división del trabajo, que aseguren que sus miembros realizarán determinadas acciones en función de los intereses de otros, aunque ello implique una cierta postergación de los propios. La posibilidad de que uno se obligue a actuar sobre la base de estas necesidades sociales requiere de la institución de la promesa. A dife-

rencia de otras reglas morales, la que establece la obligatoriedad de las promesas impone la existencia de convenciones que especifiquen cómo alguien puede expresar la intención de obligarse a realizar cierta conducta (Gert, 2005, 191).

Una de las funciones de un sistema normativo artificial como el derecho es posibilitar que las personas se obliguen moralmente a través de instituciones como la promesa. Si se asume un rol definido por el derecho, que implica el compromiso público de realizar ciertas acciones, entonces el sistema jurídico provee los estándares que dan contenido a las obligaciones morales respectivas (Sheppard, 2009, 103).

En el caso de los jueces, la asunción de su cargo supone el compromiso de que los casos particulares objeto de su decisión serán resueltos por los criterios que se expresan en las reglas del sistema jurídico. Las condiciones morales, bajo las cuales la asunción formal de la función judicial expresa ese compromiso público, remiten a un ideal de legitimación del sistema político en que se desarrolla la creación y aplicación institucional del derecho.

#### **4. La inevitabilidad de las reglas**

Un malentendido, originado en la filosofía del derecho, pero con amplio impacto en la práctica jurídica, es la presunta contraposición normativa entre reglas y principios. Esta distinción nunca fue significativa en la filosofía moral, donde las principios son presentados como las reglas abstractas y universales de valoración de la acción (el principio de utilidad y el imperativo categórico cumplen esa función). El argumento que oponía a reglas y principios como estándares de decisión fue formulado originalmente por Dworkin (1967), con una finalidad específica: atacar al positivismo de Hart, que presentaba al derecho como la unión de reglas primarias (las que establecen deberes) y secundarias (las que permiten identificar, crear y adjudicar conflictos sobre las reglas primarias).

El punto de Dworkin era que los jueces consideran ciertos estándares jurídicos -principios en sentido estricto y directrices políticas- como obligatorios, pero razonando con ellos de manera diferente en comparación con las reglas. Estos estándares no se identifican por una marca de origen institucional (provenir de una ley o un precedente), sino por su rol de argumentos morales (sobre lo bueno, lo correcto, lo deseable); no resultan concluyentes en abstracto, aunque sí son capaces de tener un peso decisivo en los casos concretos; por su multiplicidad, heterogeneidad y mutabilidad, no resultan pasibles de ser explicitados (de manera completa y significati-

va) por una regla convencional como la postulada por Hart.

Un problema del argumento de Dworkin es que parecía introducir una nueva ontología normativa, dependiente de la identificación (por su invocación previa en la práctica jurídica) de los principios como estándares específicos de decisión. Eso abría la puerta a asociar su teoría con una posible reformulación del positivismo, lo que precisamente hizo el incorporacionismo. Dworkin abandono en sus trabajos siguientes la contraposición entre reglas y principios, llegando a aceptar de manera explícita que es equivocada (Dworkin, 2006, 4).

El célebre caso “Riggs vs. Palmer”<sup>19</sup> que Dworkin presentó como el buque insignia de su ataque al positivismo puede ejemplificar lo artificioso de la contraposición normativa entre reglas y principios. Al considerar la situación de un nieto que había matada a su abuelo para heredarlo, los jueces acordaban sobre la regla vigente literalmente interpretada (“no corresponde privar de su derecho a heredar al homicida voluntario del causante”), según la ley de sucesiones del Estado de Nueva York. Pero discutían sobre si debían mantener esa regla (postura de la minoría) o modificarla por otra (“corresponde privar de su derecho a heredar al homicida voluntario del causante”). Ambas posturas estaban respaldadas (entre otros argumentos) por principios morales: “nadie debe ser castigados dos veces por el mismo delito” (minoría); “nadie debe beneficiarse de su propia ilicitud en el obrar” (mayoría). La solución adoptada puede explicarse (si se toma como argumento decisivo la invocación del principio mencionado) como la decisión de la mayoría del tribunal de dejar de lado la regla legislativa vigente y adoptar en su lugar una nueva, construida a partir del caso concreto<sup>20</sup>.

Como ha mostrado MacCormick, el razonamiento por reglas, de corte silogístico, es inevitable en una decisión judicial racional y sujeta a parámetros mínimos de corrección formal. Aunque cabe añadir una importante calificación: el proceso de decisión no es necesariamente sencillo y menos mecánico o automático. La regla es inescapable como la estructura formal de los argumentos, que requieren la formulación de premisas fácticas y normativas de las cuales sea derivable la decisión. El problema radica en cómo se construyen las premisas. En muchos casos, los jueces deben arribar a soluciones interpretativas, respaldadas por argumentos complejos y discutibles, antes de estar en condiciones de establecer si una determinada solución legislativa resulta de aplicación. Pero, en cualquier caso, la regla establecida de manera silogística como justificación de la decisión provee el marco que hace posible que los restantes argumentos tengan sentido como razones jurídicas (MacCormick, 2005, 32-43).

De manera que la discusión sobre lo que deberían hacer los jueces no refiere a la estructura del razonamiento sino a la búsqueda de las premisas con las que deberían presentar la regla decisión. Si la legislación es la fuente normativa que sujeta la decisión judicial, ello significa que está se orientará de buena fe a encontrar en ella un criterio objetivo de regulación del caso concreto, esto es, independiente de las preferencias personales del juzgador sobre cómo debería ser el derecho. Si en cambio, se entiende a los principios vagos y abstractos como la principal fuente normativa, la decisión judicial irá de manera directa a la interpretación de dichos principios como exigencias directas de justicia. En tal caso, el juez, actuando como una autoridad legislativa, decidirá a partir de la elaboración de una regla que exprese su voluntad sobre cómo debe ser el derecho.

## 5. Los jueces y la ley

La función jurisdiccional es la más básica de los sistemas jurídicos pues precede a la legislación, tanto en lo conceptual como en lo histórico. En el primer sentido, hay que considerar la posibilidad de decisiones judiciales no sujetas a las restricciones impuestas por una función legislativa definida de manera institucional.

La ontología de los sistemas jurídicos depende de que ciertos hechos sociales puedan ser reconocidos y aceptados como creadores de reglas que hacen obligatorias determinadas conductas. Es imprescindible, por tanto, que existan reglas de competencia, estableciendo autoridades con la función de dar certeza sobre las calificaciones deónticas de las conductas y resolver disputas sobre ellas. Pero los conflictos pueden ser resueltos por estas autoridades sin referencia a reglas prescriptivas antecedentes que impongan límites sustantivos al contenido de sus decisiones (Schauer, 1991, 10-11).

De eso da cuenta la conceptualización de Hart sobre la génesis de los sistemas jurídicos. Como remedio lógico para la inevitable falta de certidumbre, que afectaría a una comunidad que ejerciera el control social solo a través del tipo de reglas que impongan deberes (primarias), dicho autor propuso su célebre regla (secundaria) de reconocimiento. Esta especifica qué cualidad (o conjunto de cualidades) debe tener una regla para ser sujeta a imposición social organizada. Para que una regla de este tipo sea operativa en una comunidad no es necesario que haya una institución, como el Parlamento, a la que se atribuya la función de crear normas generales. Basta que se haga competente a ciertas personas para decidir de manera autoritativa, en los casos particulares, si se ha violado alguna regla primaria y se conceda un status especial a sus determinaciones. A falta de otras formas establecidas de crea-

ción, las decisiones autoritativas de los jueces (y otros funcionarios) constituirán la fuente exclusiva de derecho y un mecanismo mínimo (aunque muy imperfecto) para su reconocimiento (Hart, 2012, 97).

En el plano histórico, la existencia de comunidades y formas de civilización carentes de legislación ha sido constatada por la antropología jurídica. Algunas sociedades de gran complejidad, como el antiguo Egipto o los imperios Azteca e Inca, no organizaron el control social institucionalizado a través de la imposición de normas generales y preestablecidas. No formularon una legislación propiamente dicha mediante autoridades con competencia específica para ello; tampoco documentaron de manera sistemática las decisiones judiciales para que fueran precedentes con relación a los casos futuros. Lograron, sin embargo, gestionar sus poblaciones basándose en las determinaciones normativas particulares de funcionarios administrativos y jueces (Pirie, 2021, 10-11).

En las primeras civilizaciones que adoptaron sistemas de legislación (Mesopotamia, India, China), las leyes no solo tenían propósitos prácticos (como regular la propiedad, las relaciones familiares y las consecuencias de los daños) sino que también constituían un compromiso de los gobernantes con distintas formas de justicia. Podía ser una promesa de realización de la justicia interpersonal (por ejemplo, darle a cada uno lo que es debido o tratar los casos iguales de la misma manera). O un compromiso con el ajuste del mundo social a un orden natural o cósmico, de acuerdo con las creencias imperantes en la comunidad. (ver Pirie, 2021, 5-6).

Puede advertirse aquí una conexión de origen entre la legislación y el estatus normativo de los jueces, a partir de la idea de justicia institucional. Regular de antemano los casos futuros por parte de una autoridad antecedente a su decisión, involucra la pretensión de que los juicios de dicha autoridad deberían prevalecer sobre los criterios propios de los decisores, como una exigencia de justicia de cuya realización efectiva se hace a estos corresponsables. Asumir la función legislativa significa pretender que se está en condiciones de realizar la calificación de conducta correcta de las acciones que se consideran relevantes. El punto de legislar es sujetar la conducta futura de los jueces, cuando deben resolver los casos que son objeto de prescripción legislativa, para que esta calificación tenga impacto efectivo.

El legalismo, es decir, el mecanismo de regulación de la conducta a través de la formulación explícita de prescripciones generalizadas tiene diferencias cruciales con la adopción por los funcionarios de criterios *ad hoc* para la resolución de los

casos concretos. Además de permitir la identificación de obligaciones sociales que desarrollan supuestos morales implícitos, la legislación provee recursos discursivos que pueden ser utilizados como argumentos justificativos sobre lo correcto y lo incorrecto, dando lugar al ejercicio institucional de la razón práctica (Pirie, 2013, 14).

La ley, al mismo tiempo que establece una regulación que la autoridad pretende justa, posibilita el debate sobre su justicia efectiva. La existencia de la legislación hace posible la distinción entre el derecho positivo y el derecho natural, tematizada por los filósofos iusnaturalistas de la antigüedad grecorromana. Esta distinción se centra en la posibilidad de desajuste entre las regulaciones de conducta promulgadas por quienes detentan el poder, y las exigencias de justicia natural que proporcionan un parámetro racional de valoración universal, independiente de lo “justo legal”. El reconocimiento de esta distinción da lugar a inevitables preguntas sobre los límites del derecho y las condiciones bajo las cuales puede verificarse la obligación moral de obedecerlo (ver Trujillo, 2015).

La legislación sancionada en el marco de un sistema institucional genera un vínculo entre las autoridades, que pretenden crear reglas generales de conducta, con otras autoridades, a las que han atribuido el poder decisorio en la resolución de conflictos, pero acompañado de la exigencia de que hagan efectivas las regulaciones establecidas. Legisladores y jueces conforman así roles esenciales para el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos.

El punto de vista del juez, en una sociedad donde existe la legislación, es el de alguien apto para ser destinatario de deberes provenientes de reglas preestablecidas, orientadas a guiar su conducta y proporcionarle criterios de decisión (que puede eventualmente reemplazar a sus propios criterios) para los conflictos. Esto supone algunas capacidades básicas como la racionalidad, la inteligencia y la autonomía moral que son esenciales para cualquier tipo de sujeción normativa. Las dos primeras no requieren mayores aclaración: solo una persona racional e inteligente puede entender el significado de una prescripción institucional de conducta, es decir, aquello que le es requerido en términos de deber y las acciones necesarias para lograr su cumplimiento.

La autonomía moral, por su parte, es constitutiva de la postura de alguien que busca una guía normativa y al mismo tiempo puede reconocer los límites bajo los cuales estaría dispuesto a seguir esa guía. De manera intuitiva, si reconocemos una legitimidad de base al sistema jurídico, aceptamos que los jueces apliquen sus nor-



mas, pero no querríamos que aplicaran un derecho extremadamente injusto o abyecto. La autonomía moral supone obediencia racional a la autoridad, desde una motivación que no es exclusivamente prudencial ni se basa en la pura conformidad acrítica sino en el reconocimiento de que la acción de aplicación de la regla autoritativa cumple con un propósito justificado. Para los jueces, a partir de la asunción de un rol que los miembros de una comunidad pueden reconocer y valorar, la disposición a aplicar el derecho puede ser comprendido como parte un ideal moral en cuya realización tienen una responsabilidad definida de manera institucional.

Desde luego, el derecho es mucho más que la legislación, y una de las características de cualquier sistema jurídico desarrollado es la proliferación de fuentes. La distinción entre instancias de creación y aplicación presupone considerar al derecho como un sistema dinámico, donde las normas interactúan entre sí, de manera ordenada y según una cierta estructura relacional (Rodríguez, 2021, 305). La aceptación de las normas por parte de los funcionarios involucrados en su aplicación es una condición de eficacia y sustentabilidad del derecho.

Esto determina la necesidad de una ideología normativa común a las distintas autoridades, lo que da identidad al sistema jurídico, que no es una entidad social autárquica sino un aspecto o dimensión institucional del sistema político, al cual está ligada su existencia y continuidad. Nuestros sistemas jurídicos constituyen el contexto institucional donde los jueces, por el hecho de asumir su función, aceptan que, a la hora de determinar la justicia de las acciones, existe una etapa deliberativa, que culmina en una decisión autoritativa y otra de implementación (donde se ubica el rol del juez). Esto significa que, en cada instancia de decisión, pueden reconocer, como razones para decidir, los criterios de la autoridad que resolvió previamente la cuestión (legislación, costumbre o precedente vinculante) sin necesidad de invocar argumentos sobre su contenido moral (ver Raz, 1980, 210-213).

Lo esencial para dar cuenta de la postura de un juez es, por tanto, su disposición, como agente moral autónomo, a decidir los conflictos jurídicos en base a criterios preestablecidos y que no necesariamente habría adoptado si hubiera pensado por sí mismo la justicia de la solución. Esta postura normativa excluye el activismo ideológico orientado a la realización directa de bienes sociales controversiales (o de bienes no controversiales por medios controversiales), así como el compromiso con un sentido partisano de resolución de las disputas políticas.



A diferencia de la costumbre (por la cual se crea derecho sin una autoridad institucional definida) y el precedente judicial (por la cual se crea derecho de una manera *ad hoc*), la legislación permite decidir las cuestiones de justicia desde una perspectiva deliberativa que unifica a la comunidad política. Para que ello sea posible, la ley tiene que ser entendida por sus creadores y aplicadores como una respuesta colectiva a las exigencias sobre el bien común.

En una sociedad democrática la autoridad de la legislación es justificable a partir de la necesidad de resolver discrepancias, inherentes a una sociedad plural, relativas al bien común y la justicia institucional. Para dar cuenta de ello hay que introducir consideraciones sobre el modo en que los valores del estado de derecho y la democracia se pueden articular en un solo ideal de legitimación política.

## 6. El ideal de estado de derecho

El *rule of law* representa algunas notas adicionales al concepto de derecho, en tanto refiere a estándares que las instituciones jurídicas deben alcanzar para cumplir de manera adecuada con una multiplicidad de fines. Remite así a las ideas del buen derecho y de que hay virtudes específicas en este.

En un sentido conceptual es posible concebir sistemas jurídicos que operen de manera incompatible con las exigencias mínimas del estado de derecho, así como identificar muchos ejemplos históricos de tal iniquidad. Es más, solo pensando en el mal derecho, se entiende por contraste el sentido específico en que valoramos que un sistema jurídico funcione de manera adecuada, evitando los elementos que hacen a dicho mal. Desde esa óptica, Fuller planteó la idea de una moralidad aspiracional e interna al derecho, basada en el nexo de reciprocidad entre los actores sociales (funcionarios y ciudadanos) que hace posible que una comunidad organice sus actividades en instituciones y procedimientos para así poder cumplir sus múltiples fines. El cumplimiento de las exigencias del buen derecho es la condición de posibilidad de que los deberes jurídicos y morales puedan ser comprendidos y aceptados en una comunidad (Fuller, 1964, 22-23).

Las exigencias que planteaba Fuller han llegado a considerarse canónicas como expresión de la aspiración a un derecho que constituya la base racional para guiar la conducta. Un sistema jurídico debería estar compuesto principalmente por reglas (normas generales), promulgadas para su conocimiento público, abiertas, prospectivas, claras, consistentes, dotadas de estabilidad, y aplicadas de buena fe por los

funcionarios. El derecho creado de acuerdo con estos estándares, esto es, aquel que satisface el valor de la legalidad, es una condición necesaria (aunque no suficiente) para la creación de obligaciones morales en sus destinatarios (Fuller, 1964, 33-41).

En otros términos, si bien de modo analítico se pueden identificar elementos que harían funcionar con mayor eficacia (para los intereses de los gobernantes) a ciertos sistemas jurídicos cuando son abiertamente injustos u opresivos, carece de sentido pensar en el derecho como guía racional de la conducta de personas autónomas, si uno tiene en mente ese tipo de regímenes. Un derecho pensado desde la perspectiva de lo arbitrario, injusto o inhumano, no puede servir a ningún propósito que podamos valorar como habitantes racionales y moralmente competentes de un mundo social compartido. No es de ningún interés para agentes morales competentes, pensar cómo las instituciones podrían mejorar sus maneras de producir mal en gran escala.

Esto no quiere decir que el estado de derecho sea la suma de la moralidad política pues hay otros estándares relevantes para juzgar a las instituciones de una comunidad. Un sistema jurídico que realice el ideal de estado de derecho puede ser (desde diversos criterios de legitimación) injusto, no democrático o ineficaz para servir al bien común, pero al menos sus gobernantes deben comprometerse con valores como la buena fe y la reciprocidad con relación a los gobernados, que implican un cierto compromiso moral. De allí la necesaria conexión con lo que Fuller denominaba “moralidad externa”: solo puede haber criterios de corrección “internos” a la práctica jurídica, demarcatorios de la legalidad como virtud, si dicha práctica se comprende, desde el punto de vista de los participantes, como al servicio de fines “externos” compartidos. En este sentido, el *rule of law* puede ser entendido a la manera del “cómo” del derecho, que siempre requiere una conexión con un “por qué” que lo justifique (Gardner, 2012, 206).

Considerar una moralidad externa al derecho requiere proponer algún ideal de justicia de las instituciones que pueda cuenta de su legitimidad como instrumento del bien común. Como ha puesto de manifiesto Rawls, aunque hay otros criterios de valoración relevantes (entre ellos la eficacia y la coordinación), la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales (Rawls, 1971). Los arreglos sociales a que dan lugar las instituciones más relevantes siempre se pueden considerar, desde una perspectiva aspiracional, en conexión con algún ideal de justicia. ¿Qué se deben unos a otros en términos fundamentales los miembros de una comunidad? ¿Cuáles son los objetivos o metas que en conjunto deberíamos perseguir y los medios legítimos para hacerlo? ¿Cómo adoptamos las decisiones sobre esas cuestiones?

Esas preguntas, sobre las que no hay respuestas unánimes en las sociedades contemporáneas, funcionan como presupuestos del “buen derecho”. Este es el que, por sus cualidades específicas en términos de realización de la legalidad, posibilita la realización de la justicia institucional en el mundo social, que requiere formas y procedimientos para la adopción e implementación de decisiones, en un contexto de pluralismo de valores y desacuerdos persistentes.

En torno al estado de derecho una de las controversias más relevantes la sostienen los defensores de las concepciones formales y los que abogan por una comprensión sustancial o más ambiciosa. Las primeras son aquellas que toman en cuenta exclusivamente el modo en que el derecho es creado (por autoridades jurídicas previamente establecidas), la claridad de las normas (formulación apropiada para dar certeza a las personas a la hora de planificar sus vidas) y temporal (normas prospectivas antes que retroactivas). Las segundas añaden exigencias sustanciales, fundamentalmente en términos de justicia y derechos (Craig, 1997). Algunos autores como Waldron (2023) ubican a las exigencias del debido proceso dentro de los requisitos de una concepción formal. Valores como la democracia, la propiedad, el libre mercado o los derechos humanos son típicas exigencias sustanciales (que no siempre resultan compatibles entre sí) para el *rule of law* (ver Bingham, 2010, 67).

La discusión se vincula de manera estrecha con la que gira en torno al concepto de derecho: los positivistas suelen defender concepciones formales y los antipositivistas concepciones sustanciales, aunque esto requiere introducir muchos matices. Autores como Fuller (1964) y Finnis (2011) defienden concepciones que podrían ser caracterizadas como “formales” en el sentido positivista. Pero, añaden, sin embargo, que es muy difícil pensar que gobernantes despreocupados por entero del bien común o de la justicia de sus políticas tengan la disciplina suficiente para sujetarse a exigencias como la claridad de las normas o el debido proceso. Después de todo, por qué alguien que detenta un poder absoluto se preocuparía por perfeccionar un mecanismo cuyo sentido es ponerle límites a dicho poder e impedir que pueda ejercerlo de modo arbitrario.

Por otro lado, Dworkin plantea una concepción sustancial basada en la contraposición entre reglas, cuya corrección se mide por aspectos meramente formales (generalidad, publicidad, etc.) y derechos, que se valoran según los intereses sustanciales que tutelan. Antes que un “libro de reglas”, el *rule of law* es un mecanismo para hacer prevalecer los derechos de los individuos (contra otros individuos y contra el Estado) desde una reconstrucción integral del orden jurídico, que incluye

las reglas (que atribuyen derechos “prima facie”) y los principios que les dan justificación (ver Dworkin, 1985, 15-16)<sup>21</sup>.

## 7. Estado de derecho y democracia

Para advertir lo compleja que puede ser la relación entre el estado de derecho y la democracia, basta tener en cuenta que son ejemplos típicos de conceptos esencialmente contestados, pues tienen un sentido valorativo mucho más arraigado que el descriptivo. Como conceptos abstractos, la democracia y el estado de derecho generan un amplio consenso, en cuanto ambos representan, para muchísimas personas, el bien de las instituciones, pero también un desacuerdo no menos extendido sobre las exigencias concretas de dicho bien. Por eso, no es de extrañar que haya múltiples concepciones, algunas contrapuestas entre sí, de estado de derecho y de democracia<sup>22</sup>.

A su vez, los valores de la legalidad y del orden democrático tienen puntos de contacto, pero no son idénticos. Solo hay intersección en algunas de las interpretaciones de estos conceptos, pero no en todas. Como fue dicho, las concepciones formales del estado de derecho no incluyen, entre las notas esenciales, que el sistema político sea una democracia. A su vez, algunas concepciones de la democracia, como el populismo radical, pueden entenderse como ubicando al objetivo de la imposición política por encima de la sujeción a las formas institucionales y al cumplimiento de las reglas preestablecidas (Gamboa, Jaramillo Jassi, 2022).

Por otra parte, aun cuando se coincida en la compatibilidad o implicación mutua de ambos ideales puede ser recomendable, por razones instrumentales, optar por hacer prevalecer a uno u otro en circunstancias determinadas. Por ejemplo, en sociedades afectadas por regímenes opresivos o muy injustos de larga data, quizás sea mejor consolidar primero el estado de derecho y solo tras este logro, adoptar instituciones plenamente democráticas (Waldron, 2022, 208 y ss.)

A mi juicio la intersección entre estado de derecho y democracia se origina en la conexión necesaria del buen funcionamiento del derecho con las exigencias morales externas, que refieren a la justicia de las instituciones. Una comunidad comprometida con ideales de justicia requiere de la legalidad para determinar las exigencias concretas de dichos ideales, en el contexto de desacuerdos inevitables y persistentes en el tiempo. La realización democrática de la justicia institucional impone de dos etapas netamente diferenciadas: una constitucional, donde se protegen como esenciales las

libertades y derechos fundamentales, y se establecen las reglas básicas del funcionamiento estatal y la decisión política; y otra legislativa, donde se adoptan las decisiones destinadas a regular los aspectos sociales y económicos de la comunidad, destinadas a ser aplicadas por los jueces (ver Rawls, 1971, 195-201 y 235-243).

La democracia, en un enfoque normativo, es antes que nada una respuesta a la pregunta sobre cuál es la fuente última de autoridad en una sociedad: “nosotros, el pueblo”. En tanto entidad que resulta de un proceso de agregación de voluntades, el pueblo no tiene una existencia concreta e individual sino abstracta y colectiva. Para que podamos hablar de soberanía popular se requiere, por tanto, de mecanismos institucionales que, a partir de puntos de vista de individuos con visiones diferentes sobre lo que requiere la justicia, permitan establecer criterios comunes sobre la regulación del mundo social. Cuando estas instituciones se organizan en base a los principios del estado de derecho, los ciudadanos pasan a integrar, junto con los funcionarios, una estructura de responsabilidad recíproca por la realización de dicho ideal.

Así, mientras la decisión democrática (directa o través de la representación) constituye el criterio de autoridad suprema, al cual deben remitirse de buena fe las demás autoridades, el estado de derecho hace posible la expresión a través de normas de la voluntad popular. Al mismo tiempo, estableciendo derechos y procedimientos constitucionales, que operan como restricciones a los modos válidos de decidir, le pone límites a esta. Se trata de la infraestructura que hace posible que la voluntad popular impacte de manera efectiva en el mundo social y es, a su vez, garante de la vigencia efectiva de las precondiciones de la decisión democrática legítima (igualdad y la libertad política; respeto de los derechos fundamentales) (ver Postema, 2022, 110-111).

Además de las exigencias formales y procedimentales que permiten dar cuenta del buen derecho (aquel que realiza el valor de la legalidad), la democracia añade el requisito de que, en última instancia, la autoridad suprema pueda llegar a ser la voluntad popular. Llegamos así a un ideal de conformidad con el estado de derecho, donde las virtudes formales y procedimentales que hacen a la legalidad, están al servicio de la autoridad democrática, esto es, de los procedimientos igualitarios de decisión por los cuales los ciudadanos adjudican entre distintas propuestas de acción colectiva (Marquisio Aguirre, 2016). Esto significa que las reglas más relevantes que hacen a las instituciones del mundo social común deberían ser establecidas (y modificadas) sobre la base de decisiones colectivas libremente adoptadas en condiciones de igualdad política.

La idea de un estado de derecho al servicio de la autoridad democrática supone algo más que una versión minimalista de la democracia y una formal del estado de derecho, pero no implica una interpretación maximalista de dichos ideales. La visión minimalista de la democracia exige solo que los ciudadanos decidan de manera colectiva quién los gobernará y (en parte) cómo. La libertad de elegir y destituir gobiernos es para una concepción minimalista el significado focal de democracia (Przeworski, 2024). Por su parte, la idea de autoridad democrática presupone que la legitimidad moral de las decisiones de los ciudadanos y los legisladores se basa en un compromiso común con la justicia institucional y, por ende, con la resolución de las diferencias sobre cómo debería organizarse el mundo social a través del establecimiento de reglas legislativas. La autoridad democrática exige que las libertades, que operan como presupuesto de validez de las decisiones de los electores, se encuentren aseguradas al ser protegidas como derechos constitucionales. Satisfecho este requisito de justicia, que da origen a contenidos necesarios del derecho pues su supresión implica la negación del propio ideal democrático, los ciudadanos (la fuente última de autoridad) deben tener una amplia libertad para procurar el cambio jurídico, lo que debería ser reflejado en las decisiones legislativas y jurisdiccionales.

## 8. La ley y los jueces en un Estado democrático de derecho

Un sistema jurídico donde las reglas de decisión de los casos concretos se construyan a través la concordancia de los criterios que arrojan numerosas decisiones adjudicativas previas no contradice, de manera conceptual, al *rule of law*. En un Estado democrático de derecho, sin embargo, la soberanía popular debería ser la protagonista fundamental (directa o indirecta) del cambio jurídico y ello exige que la ley sea la fuente prioritaria de justificación de las decisiones judiciales. En efecto, algunos rasgos característicos de la ley permiten considerarla como la forma de creación de derecho más idónea para una estructura de autoridad que tiene su fundamento último en la soberanía popular<sup>23</sup>.

En primer lugar, la legislación es una actividad cuyo propósito constitutivo es modificar el derecho mediante el establecimiento de reglas generales. Solo por medio del dictado de leyes es posible que las decisiones colectivas adoptadas de manera democrática tengan un impacto efectivo en el mundo social. Para ello se requiere instaurar un agente colectivo, una institución que, por su composición representativa, incluirá a las distintas visiones sobre la justicia y el bien común, de acuerdo con su peso específico, que resulta de elecciones libres y competitivas. Así, la autoridad de la legislatura puede justificarse en que sus integrantes actúan por de-

legación de los ciudadanos, en cuyo nombre se proponen establecer leyes cuando las exigencias del bien común imponen hacerlo (y abstenerse de ello en el caso contrario). Si, en cualquier época histórica, la ley es una promesa de justicia, las condiciones de realización de esa promesa en un Estado democrático de derecho requieren tener en cuenta las decisiones antecedentes de los ciudadanos, expresadas por mecanismos institucionales que aseguren la representación de las visiones libres y autónomas de estos.

En segundo lugar, la idea de estado democrático de derecho, en cuanto incluye también a los ciudadanos como responsables de la moralidad interna del derecho, los vincula de modo directo con los jueces. Los ciudadanos tienen la responsabilidad de involucrarse en los temas de la política, aportando sus mejores razones al debate público y basándose en ellas a la hora de la emisión del voto. Si el núcleo del ideal democrático es que los ciudadanos puedan ser, en última instancia, los protagonistas del cambio jurídico, los legisladores y jueces son corresponsables de que este ideal pueda hacerse efectivo. Los primeros, legislando de manera eficaz y oportuna, de acuerdo con los compromisos que asumieron con sus votantes. Los segundos, aceptando la autoridad de la legislatura. Por ende, cuando las leyes expresan criterios generales claros para la resolución de los casos individuales, los jueces deben seguirlos porque su rol es colaborativo en dar forma al mundo social, en consonancia (al menos de manera ideal) con las decisiones antecedentes de los ciudadanos (Marquisio Aguirre, 2024).

En tercer lugar, aunque el punto central de la democracia es la adopción de decisiones mayoritarias sobre el mundo social, otros valores asociados a ella, como la deliberación y la participación ciudadana, son también relevantes. Solo si la decisión mayoritaria impacta de manera efectiva, esto es, si funcionarios administrativos y jueces crean normas particulares y resuelven conflictos aplicando de buena fe las reglas legislativas, tiene sentido que los ciudadanos se incorporen a los procesos políticos. Involucrarse en distintas instancias de discusión pública y participar en apoyo de candidatos exige una inversión significativa de tiempo y recursos, así como la renuncia a actividades que pueden ser, consideradas en sí mismas, más gratificantes para los individuos. ¿Cuál sería el sentido de participar en política, para fomentar una visión sobre cómo debería ser el mundo social, si los jueces, actuando como guardias platónicos, sustituyen los criterios legislativos o aquellos expresados de manera directa por los ciudadanos (en plebiscitos o referéndums) por sus propios puntos de vista?



Asimismo, la presencia de un derecho legislado que se fundamenta en la autoridad democrática tiene implicaciones directas en el rol interpretativo de los jueces. La adopción de principios apropiados de interpretación es una condición necesaria para que pueda existir congruencia entre las acciones de los legisladores que pretenden crear derecho y la regulación efectiva de las conductas. Como plantea Waldron, la legislación moderna incluye tres elementos característicos: a) textualidad (la pretensión de cambio en el derecho se expresa en palabras); b) intención (la pretensión de cambio en el derecho está motivada por algún propósito); c) votación (la pretensión de cambio en el derecho se resuelve, en general, a través del voto mayoritario) (Waldron, 1999b, 24-27). Los dos primeros son relevantes en igual medida para la interpretación del derecho legislado a través de cualquier forma de autoridad que se perciba como legítima en una sociedad. El tercero, en cambio, cobra especial significación en un estado de derecho democrático donde la votación legislativa refleja el peso específico de las distintas visiones sobre la justicia y el bien común.

El método correcto de interpretación depende de los objetivos de los agentes involucrados que, en el caso de los jueces, se centra en la correcta resolución de disputas jurídicas o la búsqueda de la contribución de las disposiciones legales al contenido del derecho (Greenberg, 2021). La sujeción efectiva a la ley requiere que los jueces busquen respuestas objetivas (independientes de sus preferencias sobre cómo debería ser el derecho) en ella. Esto no significa, contra la imagen corriente, “desentrañar el sentido de la ley” sino entender la modificación que se introdujo en el derecho de una comunidad como respuesta a algún problema específico de esta (ver Fuller, 1964, 81-82).

El propósito definitorio de la interpretación en un estado de derecho democrático es dar cuenta del cambio jurídico en conexión con las decisiones legislativa y ciudadana antecedentes. Eso solo es posible si el juez busca una respuesta objetiva en el texto legislativo, utilizando los métodos apropiados para ello. Un cognoscitivismo moderado es el presupuesto necesario para esa búsqueda: solo en el entendido de que (el menos en algunos casos) las leyes pueden proporcionar criterios objetivos de determinación normativa, tiene sentido proponerse encontrar esos criterios.

Las teorías de la interpretación textualistas (que indagan en el significado público del texto) e intencionalistas (que dan primacía a la intención del cuerpo legislativo), son compatibles con este propósito. Ambas teorías suelen justificarse en sus méritos democráticos (Greenberg, 2021), reclamando ser la mejor garantía de la supremacía legislativa (Manning, 2006)<sup>24</sup>. En cambio, algunas teorías de la interpretación como



el pragmatismo y el interpretativismo son incompatibles con la autoridad democrática. Los propósitos de la interpretación para estas teorías no se relacionan con las preferencias de los ciudadanos y las reglas legislativas que las efectivizan. En cambio, se basan en hipótesis sobre las mejores consecuencias de las decisiones jurisdiccionales o la existencia de respuestas jurídicas idealmente correctas, a determinar desde una reconstrucción de las reglas del sistema y sus principios subyacentes.

## 9. Consideraciones finales

En sociedades donde las instituciones presuponen un compromiso constitutivo con valores como la igualdad, la libertad y la autonomía moral, la asunción de la función jurisdiccional (ser una autoridad judicial) requiere la conformidad con un ideal de estado democrático de derecho, según el cual legisladores, jueces y ciudadanos asumen roles diferenciados al servicio del bien común y la realización de la justicia de las instituciones.

La legitimidad de las decisiones judiciales se basa en la confianza en que, para la adopción de estas, se han buscado de buena fe en la legislación los criterios para resolver y que estos no surgen de la ideología o las preferencias personales de los magistrados. Esto no quiere decir, por supuesto, que los jueces siempre puedan resolver los casos de acuerdo con dichos criterios pues el derecho adolece de múltiples imperfecciones, contradicciones e incompletitudes. A menudo los jueces deben interpretar leyes defectuosas, oscuras e insuficientes y asumir una postura creativa o correctora de los estándares jurídicos. Que los jueces deban ser de manera principal aplicadores del derecho legislado no quiere decir que sean meros aplicadores de este.

La idea de estado democrático de derecho da cuenta de las razones normativas que tienen los jueces para aplicar la legislación, considerándola la fuente prioritaria de decisión. Si las instituciones están al servicio de la autoridad democrática, la actuación del cuerpo legislativo al establecer leyes debe ser tomada como una delegación de la soberanía popular que, expresada por medio de elecciones libres y competitivas, le ha atribuido el poder moral de resolver problemas relacionados con el bien común. Conviene aclarar un poco más el alcance de esta conclusión.

No está en discusión que los principios constitucionales, los derechos humanos y la justicia son estándares que obligan a los jueces y que, en función de las circunstancias de los casos concretos, deben ser tomados en cuenta en sus decisiones. Estos valores cobrarán especial importancia en aquellos casos en que las leyes sean

oscuras, insuficientes o contradictorias, lo que habilita a que los jueces sean autores de la regla que fundamenta la decisión del caso concreto.

El punto es que, cuando se adhiere al estado democrático de derecho (que presupone esos valores) debe aceptarse la autoridad de la legislación como árbitro legítimo y autoritativo de las discrepancias sobre la interpretación de la exigencias de justicia. Cuando una ley, con las mayorías que surgen del voto popular libre y competitivo, distribuye las cargas impositivas, impone una pena para determinado delito o establece procedimientos que regulan el acceso a los bienes sociales escasos, realiza una opción entre distintas visiones confrontadas en el debate público. La autoridad democrática requiere de los jueces el respeto de esa opción y su contribución a que tenga impacto efectivo en la regulación de las conductas<sup>25</sup>.

El estado democrático de derecho es un ideal que, como tal, nunca tiene una realización plena. No es de extrañar, entonces, que la realidad no esté a la altura de sus exigencias. Por una parte, los medios de expresión de la voluntad popular sufren múltiples distorsiones como las asimetrías en la información de la ciudadanía (que obstan a que muchos puedan formarse una idea concreta de los requerimientos del bien común en temas complejos), las carencias del debate público (las campañas electorales suelen ser superficiales y dejar de lado cuestiones muy relevantes), la manipulación y la insinceridad de los candidatos que con frecuencia no honran sus compromisos con los votantes, las minorías persistentes, etc.

Sin embargo, estas deficiencias no afectan el núcleo del ideal: cada ciudadano se constituye (como parte de la soberanía popular expresada de manera institucional) en la autoridad última, pudiendo aspirar de manera razonable a tener incidencia en el cambio jurídico, a través de la actividad política, la discusión pública y el voto. Pues la justificación última del cambio (o la conservación) del derecho depende de la visión de cada uno de los ciudadanos como iguales políticos.

Por su parte, la propia legislatura puede no estar a la altura de las exigencias del estado democrático de derecho. Por ejemplo, legislando de una manera tan deficiente que imposibilite a los jueces encontrar en los textos normativos intenciones o significados claros que determinen el derecho, haciendo que los casos particulares sean de fácil decisión. También puede ocurrir que la legislación (incluyendo las disposiciones constitucionales) se base, para regular el mundo social, de manera excesiva en estándares abiertos y principios abstractos, alentando de manera exponencial la creación judicial de derecho.

En definitiva: el cuerpo legislativo es responsable de crear derecho de una manera clara, prospectiva, estable, y conectada con las preferencias expresadas con plena libertad por la ciudadanía. Sobre esa base, los jueces tienen la obligación moral de cumplir con su propia responsabilidad en la realización del ideal de estado democrático de derecho, aplicando la legislación como fuente prioritaria, por encima de otros estándares de decisión y de sus propias preferencias sobre cómo deberían ser las regulaciones del mundo social.

***Nota de editor: el editor responsable de la aprobación del artículo es Horacio Rau.***

***Nota de contribución autoral: Ricardo Marquisio conceptualización.***

***Nota de disponibilidad de datos: el conjunto de datos no se encuentra disponible.***

## Referencias

- Bardazano, G. (2024) *Interpretación, derechos y democracia en el Uruguay contemporáneo*. FCU.
- Berman, M. (2019) “Of Law and Other Artificial Normative Systems”. En Plunkett, D., Shapiro, S., Toh, K. (eds.) *Dimensions of Normativity. New Essays on Metaethics and Jurisprudence*. Oxford University Press.
- Bingham, T. (2010) *The Rule of Law*. Penguin.
- Bulygin, E. (1991) “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”. *Doxa, Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 9, 257–279.
- Bulygin, E. (2004) ¿Está (parte de) la filosofía del Derecho basada en un error? *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 15-26.
- Burazín, L. (2023) “Law as an Artifact”. En Sellers, M., Kirste, S. (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law, and Social Philosophy*, Springer, pp. 1845-1850.
- Campbell, T. (2002) “Grounding Theories of Legal Interpretation”. En Goldsworthy, J., Campbell T., *Legal Interpretation in Democratic States*, Ashgate, pp. 45-66.
- Carbonell Sánchez, M. y Sánchez Gil, R. (2011) “¿Qué es la constitucionalización del derecho?” *Quid Iuris*, 2011, 33-55.
- Craig, P. (1997) “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”. *Public Law*, 3, pp. 467-487.
- Cunningham, F. (2002) *Theories of Democracy. A critical introduction*. Routledge.
- Dworkin, R. (1967). “The Model of Rules”. *University of Chicago Law Review*, 35, 14-46.
- Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Belknap Press.

- Dworkin, R. (2011) *Justice for Hedgehogs*. Belknap Press.
- Etkins, R. (2014) *The Nature of Legislative Intent*. Oxford University Press.
- Farrell, M. (2016) “Positivismo jurídico: Dejen que herede Palmer”. *Lecciones y Ensayos*, 93, 63-84.
- Finnis, J. (2011) *Natural Law and Natural Rights*. Second Edition. Oxford University Press.
- Fuller, L. (1964) *The Morality of Law. Revised Edition*. Yale University Press.
- Gamboa, L., Jaramillo Jassi, M. (2022) “Polarización(es), populismo(s) y democracia(s)”. *Desafíos*, 34-2, 1-20. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/issue/view/518>
- Gert, B. (2005). *Morality: Its Nature and Justification*. Oxford University Press.
- Gardner, J. (2012) *Law as a Leap of Faith*. Oxford University Press.
- Green, L. y Adams, T. (2019) "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>
- Greenberg, M. (2014) “The Moral Impact Theory of Law”. *The Yale Law Journal*, 123, 1288-1342.
- Greenberg, M. (2021) “Legal Interpretation”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/legal-interpretation/>
- Hage, J. (2011) “The Method of a Truly Normative Legal Science”. Maastricht University. Faculty of Law. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1599531](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1599531)
- Hart, H.L.A. (2012) *The Concept of Law. Third Edition*. Oxford University Press.
- Hershovitz, S. (2015) “The End of Jurisprudence”. *The Yale Law Journal*, 124, 1160-1205.

- Himma, K. (2020). *Coercion and the Nature of Law*. Oxford University Press.
- Kennedy, D. (1997) *A Critic of Adjudication*. Harvard University Press.
- Leiter, B. (2021) “Legal Positivism as a Realist Theory of Law”. En Spaak, T., Mindus, P. (eds.) *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge University Press, pp. 79-101.
- Lucy, W (1999) *Understanding and Explaining Adjudication*. Oxford University Press.
- MacCormick, N. (2005) *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford University Press.
- Manning, J. (2006) “What Divides Textualists from Purposivists?”. *Columbia Law Review*, 106, 70-111.
- Marquisio Aguirre, R. (2016) “La idea de una autoridad democrática”. *Revista de la Facultad de Derecho*, 40, 177-207.
- Marquisio Aguirre, R. (2024). “Sobre los presupuestos morales de la interpretación intencional”. *Isonomía - Revista De teoría Y filosofía Del Derecho*, 61, 342–383.
- Montesquieu, Ch. (1987) [1748] *Del espíritu de las leyes*. Tecnos.
- Núñez Leiva, I. (2015) “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: "Black holes & Revelations"”. *Ius et Praxis*, 21, 315-343.
- Pirie, F. (2021) *The Rule of Laws*. Basic Books.
- Pirie, F. (2013) *The Anthropology of Law*. Oxford University Press.
- Postema, G. (2022) *Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*. Oxford University Press.
- Przeworski, A. (2024) “Who Decides What Is Democratic?”. *Journal of Democracy*, 35, 5-16.  
<https://www.journalofdemocracy.org/articles/who-decides-what-is-democratic/>
- Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice*. Belknap Press.

- Raz, J. (1980) *The Concept of a Legal System*. Oxford University Press.
- Raz, J. (2009) *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press.
- Rodríguez, J. L. (2021) *Teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.
- Searle J. (1995) *The Construction of Social Reality*. The Free Press.
- Searle J. (2010) *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford University Press.
- Scanlon, T.M. (1998) *What We Owe to Each Other*. Harvard University Press.
- Schauer, F. (1991) *Playing by the Rules*. Oxford University Press.
- Shapiro, S. (2013) *Legality*. Harvard University Press.
- Sheppard, S.M. (2009) *I Do Solemnly Swear. The Moral Obligations of Legal Officials*. Cambridge University Press.
- Trujillo, I. (2015) "Iusnaturalismo Tradicional Clásico, Medieval e Ilustrado". En Fabra Zamora, J., Nuñez Vaquero, A. (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. 1. UNAM, pp. 3-36.
- Waldron, J. (1999a) *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press.
- Waldron, J. (1999b) *Law and Disagreement*. Oxford University Press.
- Waldron, J. (2022) *Thoughtfulness and the Rule of Law*. Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2023) "The Rule of Law". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/>
- Woodbury-Smith, K. (2020) "The Nature of Law and Potential Coercion". *Ratio Juris*, 33, 223-240.

## Notas

<sup>1</sup> Artículo elaborado en el marco del proyecto “Los límites de la adjudicación constitucional en un estado de derecho democrático”.

<sup>2</sup> En la medida que un régimen político abyecto se sustenta en la mera supremacía de su poder de facto, es decir, en la capacidad de lograr la aceptación por medios como la represión a los opositores y el beneficio a los acólitos, puede generar razones prudentiales para el cumplimiento y la aplicación de sus leyes. Pero esto carece de significación moral. Un juez podría adherir de manera pública a un sistema jurídico brutal, declarando su compromiso con la aplicación de las leyes y, sin embargo, desobedecerlas sin costo moral alguno.

<sup>3</sup> Cuando se argumenta a favor de la “aplicación directa” de esos estándares, se espera que los jueces, basándose en ellos, elaboren una regla ad hoc que desplace la establecida por el cuerpo legislativo. El discurso que adoptan los jueces en estos casos no suele ser que crean derecho (o que desaplican la ley), sino que aplican un derecho (constitucional, de los derechos humanos, etc.) que está por encima de la legislación. El sustrato teórico de este discurso es que la Constitución (y través de ella los derechos humanos y la justicia abstracta), entendida no como un conjunto de reglas que limitan el poder sino como un programa de valores expresado en principios vagos y abstractos, a desarrollar de manera progresiva, tiene mayor fuerza normativa que la legislación. Esto lleva a que la autoridad del juez para establecer una regla de decisión, basada en dichos principios, debe prevalecer sobre la del cuerpo legislativo, cuando se entiende que el desarrollo que este hace de esos principios es erróneo o insuficiente. Para un resumen de esta ideología normativa ver Carbonell Sánchez, Sánchez GiL, 2011.

<sup>4</sup> Agradezco a un árbitro anónimo el haberme hecho notar la conveniencia de esta aclaración.

<sup>5</sup> Es obvio que las reglas constitucionales son una forma de legislación que tiene prioridad normativa sobre la que sanciona el cuerpo legislativo. Mi argumento es contra el empleo de principios vagos y abstractos para desaplicar reglas de fuente legislativa o constitucional.

<sup>6</sup> Esto significa sostener que hay proposiciones morales universalmente verdaderas y que ello puede ser reconocido por las personas racionales e imparciales. Desde la



comprensión de la moral como un ámbito público no institucional de razones (Gert, 2005), la aceptación de la objetividad no requiere un compromiso con una teoría específica de la verdad moral (metaética) ni del valor moral de la acción humana (ética normativa). Tampoco requiere adoptar el absolutismo moral, negar que existan desacuerdos morales de buena fe o pretender que todos los desacuerdos sean resolubles.

<sup>7</sup> Lo que no es inconsistente con la necesidad de tener en cuenta los propósitos morales de la autoridad legislativa a la hora de determinar el contenido del derecho. En una comunidad gobernada de manera legítima el acto de legislar debería ser considerado una respuesta moral colectiva a un problema de bien común, lo que proporciona al intérprete razones para determinar sin distorsiones su contenido (ver nota 21).

<sup>8</sup> Para el iusnaturalismo clásico, la separación del derecho y la moral es un instrumento conceptual imprescindible para el conocimiento de las estructuras y funciones de estos sistemas normativos. Sin embargo, aunque la validez puede caracterizarse en términos exclusivamente sociales e institucionales, la fuerza obligatoria de los estándares jurídicos depende en última instancia de la moral: el derecho solo puede cumplir su función de guía plena de la conducta si se atiende a su justificación moral y se emplea la razonabilidad práctica a la hora de su determinación y aplicación (ver Finnis, 2011, 437-438).

<sup>9</sup> Por ejemplo, Bulygin, 2004.

<sup>10</sup> Aunque Lucy asocia la ortodoxia con la tradición positivista, incluye a autores anti-positivistas como Dworkin o postpositivistas como MacCormick. Positivistas y anti-positivistas discrepan sobre múltiples temas vinculados con el vínculo entre la moral y el derecho, pero coinciden en abordarlo como un objeto de naturaleza normativa.

<sup>11</sup> En estos casos, la dogmática asume de manera explícita o implícita la tesis del neo-constitucionalismo en cuanto a contrastar al derecho con la ley, ubicando a los principios vagos y abstractos de la constitución, como expresión superior del derecho (ver Nuñez Leiva, 2015). Desde esta visión, la propia mención de los principios determina el derecho aplicable, con independencia de la voluntad que pueda expresar el cuerpo legislativo sobre la cuestión que se trate.

<sup>12</sup> Carece de sentido, como actividad epistémica al servicio de la práctica jurídica, asumir la tarea de interpretar un sistema normativo que se considera perverso o incompatible con las notas esenciales del rule of law.

<sup>13</sup> Para algunos autores, un elemento específico del sistema jurídico es que incorpora la coerción centralizada para imponer sus normas, pero el punto es controversial. Para una aproximación a esa discusión conceptual, ver Himma, 2020 y Woodbury-Smith, 2020.

<sup>14</sup> Esta caracterización de la ontología institucional del derecho se basa en Searle, 1995, 2010.

<sup>15</sup> Berman denomina a esta caracterización del derecho, como un sistema normativo artificial entre muchos otros, “imagen positivista estándar”. Esta visión es atacada por algunos autores antipositivistas que plantean, o bien que el derecho es excepcional en cuanto, a diferencia de otros sistemas artificiales, puede producir obligaciones morales (Dworkin, 2011; Greenberg, 2014) o bien que no hay, en realidad, una pluralidad de sistemas normativos sino uno solo, el de la moral, entendido como aquel que, en todas las circunstancias consideradas, puede responder de manera concluyente a la pregunta sobre qué debemos o podemos hacer (Herskovitz, 2015).

<sup>16</sup> La teoría del derecho natural (a diferencia las formas de antipositivismo a que se hace referencia en la nota anterior) no es incompatible con el positivismo jurídico en cuanto a considerar al derecho positivo como un artefacto (esencial pero imperfecto) y sujeto a una necesaria valoración moral. Coincide también con el positivismo en que podemos identificar el derecho positivo sin acudir al razonamiento moral, siendo la ley injusta una fuente formal de derecho, aunque degradada en comparación con la función natural (al servicio del bien común) que como seres racionales deberíamos atribuir a la legislación. Para el abordaje de la normatividad formal de la ley injusta en la teoría del derecho natural, ver Finnis, 2011, cap. XII.

<sup>17</sup> Una forma de crear normas que tienen los sistemas normativos artificiales es incorporar estándares que provienen de otros sistemas normativos.

<sup>18</sup> Los agentes pueden estar equivocados sobre las obligaciones que tienen y advertirlo en una posterior reflexión.

<sup>19</sup> Para un análisis en clave positivista del caso y de su relevancia en la teoría del derecho, ver Farrell, 2016.

<sup>20</sup> En su última versión, (Dworkin, 2011) el antipositivismo dworkiniano se basa en la idea de que la moral y el derecho conforman un único sistema normativo, donde la

institucionalidad permite resolver disputas morales sobre los derechos jurídicos (que se aquellos derechos políticos que se pueden imponer coactivamente). En este sistema único, no se plantea que la solución judicial pueda dejar de ser reconstruida como una regla. El conflicto que deben resolver los jueces radica (al menos en los casos difíciles) en determinar si la moral institucional exige que se apliquen las reglas establecidas en el pasado (leyes o precedentes) aunque sean moralmente erróneas o si estas deben ser sustituidas por otras

<sup>21</sup> Como muestra Gardner la principal controversia entre las dos concepciones refiere a la manera de concebir la ontología jurídica. La diferencia no radica en que las concepciones formales dejen de valorar aspectos sustantivos como la justicia y se preocupen por el contenido de las normas, o que las concepciones sustanciales desprecien las formas. El punto es que ambas concepciones, por entender la naturaleza del derecho de modos distintos, emplean parámetros divergentes para su valoración. Mientras que autores como Fuller y Raz comparten la visión del derecho como clase modal, con una función tan general como la guía racional de la conducta mediante reglas, los defensores de las concepciones sustantivas como Dworkin le atribuyen una ontología funcional, vinculada a propósitos específicos de justicia. Por eso, para los primeros es posible (lógicamente) y relevante determinar cómo es el buen derecho sin necesidad de evaluar el conjunto de las instituciones de la sociedad; para los sustancialistas esto es inviable o carente de interés (ver Gardner, 2012, 207-208).

<sup>22</sup> Sobre las concepciones de estado de derecho ver Craig, 1997, Waldron, 2023. Para un panorama de las múltiples concepciones de democracia, ver Cunningham, 2002.

<sup>23</sup> Sobre las virtudes de la legislación como forma específica de determinación del derecho sigo los enfoques de Waldron (1999a, 157-166) y Etkins (2012, 118-142). En concordancia con estos desarrollos, entre las ventajas de que existan órganos institucionales constituidos como agentes colectivos con la tarea específica de legislar, puede destacarse que: (I) refuerzan la legitimidad de la autoridad creadora de derecho; (II) aumentan la confianza pública en las creaciones de esta autoridad a partir del conocimiento que facilita la promulgación; (III) incorporan la superioridad en términos de oportunidad de deliberación que proporciona el procedimiento público de elaboración de los enunciados normativos; (IV) posibilitan una mejor oportunidad de respuesta a las razones disponibles y una mayor adaptación al cambio social, a partir de la disposición institucional e intencional a crear derecho, en función de necesidades específicas y con propósitos determinados. Teniendo en cuenta las virtudes del proceso legislativo, mi contribución es mostrar cómo se integran en un argumento sobre la

primacía moral de la legislación, como estándar de mayor fuerza normativa, de acuerdo con los roles específicos de legisladores, jueces y ciudadanos en el estado democrático de derecho. Agradezco a un árbitro anónimo la conveniencia de esta aclaración.

<sup>24</sup> Sin embargo, dado el hecho evidente que la interpretación y aplicación racional de las leyes requiere con frecuencia la corrección de errores de expresión del cuerpo legislativo, puede argumentarse que el intencionalismo es la doctrina que reconcilia mejor la supremacía parlamentaria con el conjunto de las funciones atribuidas a los jueces en un estado democrático de derecho (ver Campbell, 2002, 52). Como destaca Etkins, si se reconoce que las legislaturas pueden actuar de manera razonada y deliberativa, los jueces son responsables de obtener una inferencia racional de la intención de estas. El texto de cada ley ha de ser entendido como una respuesta basada en razones a determinado problema social, lo que implica que la identificación de las intenciones de las autoridades se conecta con los propósitos de estas y el proceso institucional en que se desarrolla la actividad de legislar. Esta disposición interpretativa permite evitar los errores de lectura basados en una rígida literalidad (Ver Etkins, 244-249). Para la discusión de los presupuestos morales del intencionalismo, ver Marquisio Aguirre, 2024.

<sup>25</sup> Este enfoque no es contradictorio con la atribución de la competencia a los jueces para que revisen las leyes en función de su compatibilidad con la constitución, incluida en la mayoría de los sistemas jurídicos. Sin embargo, impone que dicha competencia sea ejercida con moderación y con base en la aceptación de buena fe del principio de soberanía legislativa. En especial, requiere que la constitución sea tomada como un límite a la autoridad política del Parlamento y no como un programa de justicia institucional que podría realizarse en ausencia (e incluso en contra) de una voluntad concreta expresada por este. El ideal de estado democrático de derecho es, por tanto, compatible con un tipo débil de constitucionalismo (ver Bardazano, 2024, 110-112).