



Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho *

Juan Antonio García Amado

Universidad de León

jagara@unileon.es

Resumen

El autor revisa los contenidos de las posturas formalistas y antiformalistas presentes en las decisiones judiciales cuestionando la acrítica tendencia a vincular formalismo y positivismo. Iusmoralistas como Dworkin o Alexy, y seguidores del neoconstitucionalismo, sería víctimas de la influencia formalista como lo hicieron los positivistas metafísicos decimonónicos. Es necesario, por ello, reconocer que el Derecho se manifiesta a través de ciertos enunciados, dotados de autoridad por su origen en determinadas fuentes. En Derecho, las decisiones de los jueces se adoptan aplicando los contenidos normativos de dichos enunciados. Allí se halla la razón que lleva a los positivistas a reconocer la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial.

Palabras clave

Formalismo, antiformalismo, normativismo, iusmoralismo, decisión judicial.

On Formalism and Anti-formalism in Theory of Law

Abstract

The author reviews the characteristics of formalist and anti-formalist perspectives that inform judicial decisions. He disapproves the acritical propensity to associate formalism and positivism. Iusmoralist thinkers such as Dworkin and Alexy, and the followers of neo-constitutionalism, are also the victims of the formalist influence as well as the metaphysic positivist jurists of the 19th century. Therefore it is necessary to acknowledge that Law is expressed through certain statements invested with official authority by legal sources. Judges' decisions based on Law must be adopted in accordance with normative statements. Taking into account these circumstances positivist thinkers assume that judicial discretion is unavoidable.

Keywords

Formalism, antiformalism, normativism, legal moralism, judicial decision

* Este trabajo se integra en el proyecto de investigación DER2010-19897-C02-01, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. Formalismo en la decisión judicial de aplicación del Derecho a casos

Cuando hablamos de la *decisión judicial* de casos ordinarios y se trata de doctrinas formalistas de la misma, se suelen mezclar varios sentidos de esa expresión, como muy bien enumera Martin Stone (2002: 171-205). Mencionemos algunos, los que más nos importan en este momento. Según las habituales descripciones¹ del formalismo de la decisión judicial, las doctrinas formalistas mantienen tesis como todas o algunas de las siguientes:

1) Las normas jurídicas, o al menos muchas de ellas, determinan por sí plenamente el contenido de la decisión judicial, que se ve, por tanto, como puramente “mecánica” o meramente silogística. Digamos que basta “acercar” los hechos del caso a la norma para que la solución salga sola y siendo el juez mero conducto por el que dicha solución se transmite de la norma al caso. La característica que viene a continuación se deriva de esta primera.

2) En la decisión judicial conforme con el sistema jurídico –o al menos en la determinada del modo descrito en el apartado anterior- no queda espacio para que el juez opte entre soluciones alternativas; por consiguiente: a) las valoraciones del juez no son determinantes del contenido de la decisión; b) no hay lugar para el ejercicio legítimo de la discrecionalidad judicial; c) la sentencia será plenamente correcta solo cuando se atenga a esa solución objetivamente predeterminada por el sistema jurídico mismo.

3) El juez no *debe* en ningún caso hacer excepciones a la aplicación de las soluciones que las normas del sistema jurídico prescriben para el caso de que se trate. Las únicas excepciones a la aplicación de una norma del sistema jurídico a un caso que bajo ella encaje son las que se amparen en una norma del mismo sistema que prevea para dicho caso una solución especial.

Dos comentarios provisionales tenemos que hacer ahora mismo a la asignación de esas notas al formalismo jurídico. La primera, que, conforme a las mismas, habría que calificar como formalistas a Dworkin y a muchos de los que, en su estela y en la –anterior- de la alemana Jurisprudencia de Valores, mantienen tesis iusmoralistas aplicadas a la decisión judicial. Mas esa correlación entre iusmoralismo y formalismo de la decisión judicial chocará a más de cuatro, por la sencilla razón de que la acusación de formalistas se suele verter contra el iuspositivismo, no contra el iusmoralismo. Sin embargo, un vistazo a la obra de los iuspositivistas más relevantes a lo largo del siglo XX (Kelsen, Hart, Bobbio, Ross...) y hasta ahora mismo nos enseña, sin lugar a la más mínima duda, que ninguna de esas tres tesis fue por ellos defendida, bien al contrario. Bien al contrario, porque este positivismo contemporáneo se decanta como doctrina con perfiles peculiares a partir, precisamente, de la ruptura con el positivismo ingenuo y metafísico que dominó durante el siglo XIX y que, en el ámbito del Derecho continental, tiene sus doctrinas más significativas en la Escuela de la Exégesis francesa y en la Jurisprudencia de Conceptos alemana.

¹ Importa que reparemos en que las características del formalismo jurídico, y más en lo que versa sobre la decisión judicial, no han sido sistematizadas o descritas por ninguna doctrina autodenominada formalista, sino por aquellas corrientes que tratan de constituirse y afirmarse por contraste con ese “formalismo” que, en todo o en parte, inventan o caricaturizan. Al respecto véase Lyons (1993: 42), por ejemplo, Seguramente ahí está la razón por la que, en la literatura jurídica, “formalismo” es una etiqueta generalmente usada con intención peyorativa o, en palabras de Weinrib (1995: 22), “«Formalism» is a term of opprobium”. Puesto que el formalismo suele aparecer en la doctrina jurídica como un muñeco de trapo construido por los mismos que le arrojan piedras para vengar su maldad, puede hacer algo de cierto en estas palabras de Martin Stone (2002: 170): “Part of the campaign against formalism thus looks like an effortless assault on undefended positions”.

Cuando se imputan aquellas tres tesis “formalistas” al iuspositivismo contemporáneo se incurre en un curiosísimo desplazamiento del punto de mira, pues dichas tesis, repito, no son propias de este positivismo que arranca de Kelsen y continúa, con las variantes de rigor, en Hart o Bobbio, sino que pertenecen, si a caso o todo lo más, a una doctrina bien opuesta a él: la del positivismo metafísico y, ese sí, formalista del siglo XIX². Pero no sólo existe ese desajuste, sino que se aprecia también una tremenda paradoja: cuando el iusmoralismo de ahora predica del formalismo esos tres caracteres mencionados y aplica al positivismo contemporáneo una tal propiedad de ser, así, formalista, no sólo yerra el tiro, sino que se da en el propio pie. Se hace ese mismo iusmoralismo merecedor de la calificación de formalista porque las tres notas son perfectamente predicables de sus más importantes doctrinas actuales, comenzando por la de Dworkin y siguiendo por su secuela en el llamado neoconstitucionalismo.

Ese iusmoralismo es como el reflejo en un espejo de aquel formalismo decimonónico que partía de que el sistema jurídico es completo, coherente y claro en sus mandatos, por lo que sólo hace falta que el juez, mediante el método adecuado a su objeto, sepa conocer lo que para cada caso el sistema jurídico prescribe y aplicarlo, una vez conocido, de modo que no queda sitio para elección ni discrecionalidad ninguna, al menos ninguna que sea compatible con su vinculación al Derecho. *Lo único que cambia es la materia prima con la que se estima construido el Derecho, su esencia básica o su cimiento primero.* Para el iusmoralismo, o bien la naturaleza o esencia última de las normas jurídicas es moral, o bien el Derecho contiene normas de dos tipos diferentes, pero las jerárquicamente superiores son, al tiempo, normas morales o normas que forman parte simultáneamente de los dos sistemas, el moral y el jurídico. Por su parte, para el

² En realidad, posiblemente el desplazamiento es mayor y las paradojas más profundas. Recientemente Brian Z. Tamanaha (2012: 13, 27) ha mostrado de modo sumamente contundente que, en la vertiente norteamericana de la polémica entre los supuestos formalistas del siglo XIX y principios del XX y los realistas antiformalistas existen tergiversaciones radicales. Ninguno de los que, por ejemplo, Jerome Frank citaba como formalistas y defensores del carácter puramente mecánico de la decisión judicial y de la perfección del sistema jurídico de base habrían, ni de lejos, mantenido dichas posturas. Tamanaha demuestra las adulteraciones de Frank y el modo en que este manipula las citas. Nadie habría sostenido esa concepción mecanicista de la jurisprudencia que Frank utiliza como guiñapo contra el que lanzar los venablos del realismo. Son esos primeros autores del realismo, como Pound, Frank, primero, y Gilmore, más tarde y más matizadamente, los que construyen un rival a medida y crean el mito del formalismo mecanicista de la doctrina anterior. Además, como también indica Tamanaha, una parte importante de su inspiración la toman de autores alemanes que combaten el formalismo de la Jurisprudencia de Conceptos, por lo que existe una desubicación grave de las críticas: presentan los realistas como descripción crítica del formalismo norteamericano copias de las descripciones que los alemanes, como Munzel, hacen del formalismo decimonónico alemán. Pero la paradoja puede prolongarse. Hace años que, en Alemania, Regina Ogorek (1986) ha puesto de relieve que tampoco el formalismo de los conceptualistas alemanes tenía propiamente aquellos caracteres de puro mecanicismo que luego le imputaron sus críticos de la Escuela de Derecho Libre o de la Jurisprudencia de Intereses.

Así que podríamos completar de esa forma ese ciclo de desfiguraciones. Primero el realismo deforma las corrientes “formalistas” antes dominantes. Luego el iusmoralismo utiliza esa misma caricatura, pero ahora para fines opuestos a los de los realistas, quienes en verdad pretendían subrayar la dimensión puramente social y política del Derecho y sus decisiones, por un lado, y la naturaleza meramente empírica de todo fenómeno jurídico, por otro. En esa última vuelta de tuerca, aquel formalismo decimonónico, presentado caricaturescamente y, con ello, falseado en algunos de sus rasgos principales, es ahora predicado, con idénticos rasgos infundados, del positivismo del siglo XX, pero ya no para subrayar la contingencia de todo Derecho, sino la necesidad de su componente moral, y ya no para traer a colación la discrecionalidad judicial, sino para ocultarla bajo el manto de un sistema que acoge la única respuesta correcta para todo caso, o poco menos.

Y todo por el escasísimo cultivo que la Teoría del Derecho hace de su propia historia real y de la historia de las ciencias jurídicas o la jurisprudencia de los tribunales. Por lo común, el teórico del Derecho, sea analítico o iusmoralista con o sin alzacuellos, cae como un puro paracaidista sobre su disciplina y se siente capacitado para dar, a pelo, con sus supremas y ahistóricas verdades. Lo así descubierto suele ser la pólvora, como era de esperar.



positivismo la naturaleza o esencia última del Derecho está en normas que tienen su especificidad en la suma de estas dos características estructurales: se originan en convenciones sociales específicas y se plasman en enunciados particulares, dotados de autoridad por razón de su origen conforme al mismo sistema jurídico en cuestión.

Para nuestro tema aquí lo crucial es reparar en que el formalismo de la decisión judicial, tal como quedaba retratado en aquellas tres notas definitorias antes citadas, no es propio ni del iuspositivismo ni del iusmoralismo como tales, sino que puede estar presente en uno u otro en función de otro dato, que es el dirimente: *los caracteres que se prediquen del sistema jurídico en tanto que sistema.*

Pues bien, aquellas tres notas (plena determinación de las decisiones por las normas del sistema, eliminación de la discrecionalidad judicial y descarte de las excepciones a la aplicación de las normas) que hemos mencionado y que permiten denominar con propiedad una doctrina de la decisión judicial como formalista sólo tienen encaje cuando se trata de doctrinas que ven el sistema jurídico así configurado: como *completo, coherente y claro*. Y dicha configuración se ha propuesto tanto en el iuspositivismo decimonónico, como en corrientes del iusmoralismo actual como la de Dworkin y bastantes representantes del neoconstitucionalismo.

Por el contrario, el positivismo jurídico contemporáneo está en las antípodas de ese formalismo, ya que resalta con insistencia que la capacidad de las normas jurídicas para determinar el contenido de las decisiones judiciales de los casos es considerablemente limitada y que, en consecuencia, dichas decisiones también dependen en amplia medida de las valoraciones del juez, esto es, de su *discrecionalidad*. En cuanto a que el juez pueda o deba, o no, hacer excepciones a la aplicación de la norma que viene al caso –en lo que esté claro o quede establecido que la norma venga al caso–, el positivismo contemporáneo ha de distinguir dos sentidos de tal *poder* o *deber* del juez: bajo el punto de vista del sistema jurídico de que se trate y bajo puntos de vista externos a o diversos del propio y específico del sistema jurídico.

Cuando un sistema jurídico SJ prevé mediante una de sus normas, N², la “excepción” a otra de sus normas, N¹, no es que el sistema jurídico justifique las excepciones, sino que propiamente no hay tales: cada norma suya se debe aplicar, bajo ese prisma interno del sistema, a “sus” casos. Cuando se aplica N² es porque no correspondía, a tenor del juego conjunto de ambas dentro del SJ, aplicar N¹; y a la inversa. Ningún sistema jurídico se estructura sobre la base de esta regla de fondo: “Las normas de este sistema son jurídicamente obligatorias, pero también jurídicamente derrotables, al menos en casos excepcionales, por normas externas o ajenas a este sistema jurídico”. Eso es un absurdo, va contra la naturaleza o razón de ser inmanente de los sistemas jurídicos. Por eso, y en tal línea, lo que los iusmoralismos hacen es incorporar la norma derrotante al propio sistema en el que se halla la norma derrotada. Así, sostienen que cuando una norma jurídica se inaplica por razones morales, por causa de la inmoralidad o injusticia de la solución a la que conduce para el caso, es porque dicha norma inaplicada era, como todas las normas “positivas”, una norma derrotable, pero seguidamente afirman que la norma moral que la derrotó era también y simultáneamente una norma jurídica, aunque no necesariamente jurídico-positiva, formaba parte también del mismo sistema jurídico que la norma derrotada. Con ello, *al juridificar la norma derrotante hacen inderrotable el sistema jurídico*. Es lo que denominamos *fetichismo* jurídico iusmoralista.

En cambio, el positivista puede entender que una norma jurídica (jurídico-positiva) sea derrotada, por inaplicada, sin que por eso haya ni que pensar que el sistema es autocontradictorio y afirme que sus normas son obligatorias para los casos que contemplan, pero pueden (en el sentido que está permitido por el sistema) no aplicarse a los casos que contemplan, ni que proponer que la norma moral que derrota a la jurídica es también jurídica nada más que por esa su capacidad para vencer a ésta. Para el positivista, no siempre que una norma deliberadamente se inaplica porque el juez (o la sociedad entera, si se quiere) piensa que es injustísima la solución que da para el caso, estamos ante una norma jurídica superior que vence a una norma jurídica inferior, ante normas del mismo sistema normativo, por tanto, sino ante la supremacía práctica de un sistema (un sistema moral) sobre otro, el jurídico. O, dicho de otra forma, ante un dilema normativo en la conciencia del juez y que éste ha resuelto optando por una de las alternativas que *en conciencia* tenía.

El iusmoralista tiende a profesar, inconscientemente, y por paradójico que parezca, un cierto fetichismo jurídico, propende a mitificar el poder y el alcance del Derecho, ya que otorga de inmediato el sello de “jurídico” al vencedor de cualquier contienda, piensa que siempre que una norma gana a otra se deberá a que la vencedora era Derecho, o más Derecho o Derecho más auténtico que el que se contenía en la norma perdedora. De ahí que sólo se explique que *por razones morales* una norma jurídica puede de hecho ser inaplicada, diciendo que esa norma moral sin duda es también parte del sistema jurídico.

Total determinación y pura mecánica

Hemos seleccionado tres características que se suelen predicar como definitorias del formalismo jurídico aplicado a la decisión judicial, y hemos recordado que es muy común imputar un tal formalismo al positivismo jurídico. Sobre tal imputación, he afirmado primeramente que es plena y radicalmente insostenible en lo que se refiere al positivismo jurídico del siglo XX y de autores tan representativos como Kelsen, Hart, Bobbio o los realistas como Alf Ross, aun con las diferencias que entre todos ellos puedan existir respecto a otras cuestiones, como la de la teoría de la validez, donde unos, como Kelsen, pueden ser tildados de formalistas, mientras otros, como Ross, combaten tal formalismo de la validez. En segundo lugar, vengo manteniendo que el formalismo de la decisión judicial, tal como lo hemos caracterizado aquí, sí se puede predicar de dos grandes corrientes en esa materia: el positivismo metafísico e ingenuo del siglo XIX, tal como aparece en la Escuela de la Exégesis y en la Jurisprudencia de Conceptos, y buena parte del iusmoralismo del siglo XX, en especial en ese neoconstitucionalismo que tiene su primer antecedente claro en la Jurisprudencia de Valores alemana a partir de fines de los años cincuenta, y su principal inspiración en Dworkin, en particular en el Dworkin de *Los derechos en serio*.

Tratemos ahora de fundamentar esa última tesis, la de que aquellas tres notas definitorias del formalismo de la decisión judicial se ajustan bien a ese neoconstitucionalismo iusmoralista. Recordémoslas y vayamos comprobando tal encaje.

La primera rezaba así:

Las normas jurídicas, o al menos muchas de ellas, determinan por sí plenamente el contenido de la decisión judicial, que se ve, por tanto, como puramente “mecánica” o meramente silogística.



El iusmoralismo suele defender dos tesis aquí, al atribuir esa postura al iuspositivismo. La primera, que efectivamente los positivistas creen y proclaman que el sistema jurídico tiene las propiedades necesarias para que tal capacidad de plena determinación de las decisiones mediante sus elementos constitutivos sea posible, y esas propiedades son la plenitud, la coherencia y la claridad significativa. La segunda, que los positivistas piensan que un sistema jurídico así puede ser y es el formado por normas positivas, legisladas, normas contenidas en determinados enunciados lingüísticos.

Que lo primero solamente lo mantuvo el positivismo metafísico decimonónico y que lo segundo es exactamente lo contrario de lo que las sucesivas olas de positivismo han ido resaltando durante el transcurso del siglo pasado ya lo hemos recalado bastante, y es tan absolutamente evidente, que no necesita ni siquiera el respaldo de un gran aparato crítico: basta saber algo de historia de la teoría del Derecho contemporánea.

En cuanto a lo segundo, cierto es que el positivismo centra el Derecho en el elemento tangible de los enunciados contenidos en determinados documentos provenientes de ciertas fuentes que son reconocidas como creadoras de normas jurídicas, de normas que forman parte del sistema jurídico, pero es esa naturaleza primariamente lingüística la que hace a los positivistas subrayar, con el mayor énfasis, que la capacidad prescriptiva o determinante de la solución de cualquier caso que tienen esas normas que integran el sistema jurídico es una capacidad muy limitada. De ahí que se resalte la existencia de “zonas de penumbra”, que se acentúe el papel de la discrecionalidad y hasta que, en muchos casos, se caiga en tesis irracionalistas, al dudar de que, cuando colma esos márgenes de discrecionalidad inevitable, pueda el juez sustraerse a las influencias de su mera subjetividad, de sus particulares intereses y sus personales prejuicios.

¿Y el iusmoralismo neoconstitucionalista? A sus más típicos defensores sí les es aplicable esa característica, con algún leve cambio o matiz nada más. En primer lugar, sí que existe esa plena determinación –o casi- de las decisiones por los elementos prescriptivos del sistema jurídico, pero dichos elementos no son sólo ni principalmente los enunciados de la legislación positiva, sino también, y principalmente, normas de otra naturaleza originaria, como las morales, que son también y al tiempo normas jurídicas aunque no se contengan en enunciados “positivos”, o entes con una estructura prescriptiva distinta o una forma diferente de predeterminar los contenidos de la decisión, como principios o valores³. Mas, sea como sea, el sistema jurídico, así constituido por la suma de esos elementos diversos, pero ordenados armónicamente y jerarquizados, es capaz de albergar o proponer una única respuesta correcta para cada caso, como en Dworkin, o poco menos, como en Alexy.

El segundo matiz está en el método. Tan cierto es que el positivismo decimonónico proponía un razonamiento puramente silogístico como vía hacia la única decisión correcta determinada por el sistema jurídico, como que el positivismo

³ Martin Stone (2002: 197) destaca lo paradójico de considerar los enunciados jurídico-positivos incapaces de determinar soluciones plenamente (esa es, sabemos, una de las críticas que el iusmoralismo formula a un fantasmagórico positivismo contemporáneo que nunca mantuvo dicha tesis de la plena determinación) y, al tiempo, pensar que otro tipo de “normas” sí poseen tal capacidad. “Why did those who criticized the «formalist» view that legal reasoning could be deductive also typically urge judges to understand and apply legal rules as instruments of policy? Hoy could such critics stress the need for recourse to interpretative premises of policy on account of the impossibility of a deductive decision procedure, when such premises seems to be themselves a way of making legal judgment deductively available? This may sound as a paradox, as if the critic of formalism were denying in one breath the possibility he is affirming in the next”.

del siglo XX sostenía que el silogismo del que el fallo emana es la etapa final de un razonamiento cuyo contenido es dependiente de la elección de las premisas por el aplicador, de entre una serie de opciones que como posibles le deja el sistema mismo por razón del grado de indeterminación de sus normas. Por su parte, el iusmoralismo neoconstitucionalista propone un nuevo método para los casos difíciles, el de la ponderación, mientras que para los fáciles nos dice que seguirá operativo y eficaz el de la subsunción.

¿Sin discrecionalidad?

La segunda nota con la que identificábamos el formalismo de la decisión judicial era esta:

En la decisión judicial conforme con el sistema jurídico –o al menos en la determinada del modo descrito en el apartado anterior- no queda espacio para que el juez opte entre soluciones alternativas y, por consiguiente: a) las valoraciones del juez no son determinantes del contenido de la decisión; b) no hay lugar para el ejercicio legítimo de la discrecionalidad judicial; c) la sentencia será plenamente correcta solo cuando se atenga a esa solución objetivamente predeterminada por el sistema jurídico mismo.

Es de sobra conocida la crítica de Dworkin a Hart por causa del espacio que este último deja para la discrecionalidad judicial y que Dworkin niega, con argumentos tan especiosos como que con tal discrecionalidad el juez se arrojaría capacidad para crear normas y no sólo para aplicar las provenientes de las instancias legislativas legítimas, y que tales normas las aplicaría el juez retroactivamente, produciéndolas en la sentencia para el caso que en ella se resuelve, el cual, obviamente, es temporalmente anterior a ella. Como si a Dworkin y al iusmoralismo en general le importara tanto la prioridad del legislador y como si no supiéramos que su manera de solucionar el problema de la discrecionalidad, que para el positivista no tiene propiamente arreglo –y quizá ni lo necesita-, consiste nada más que en “suponer” o “presuponer” que existen siempre, para los casos difíciles, normas fuera del sistema positivo, que el juez puede conocer y aplicar, por lo cual aquello que otros entienden como ejercicio de discrecionalidad ahora se pinta con los colores de la más estricta vinculación al Derecho. Deberíamos decir que si para cada caso está siempre predeterminada en el sistema jurídico –se componga de lo que se componga- la solución, no existen propiamente casos difíciles. Mas en Dworkin y sus seguidores los casos son difíciles no porque el sistema no dé para ellos solución, o no la dé clara y unívoca o coherente, sino porque aun brindando siempre el sistema tal solución, puede ser difícil conocerla para el común de los mortales y hasta para los juristas peor dotados, y por eso se necesitan jueces especialmente cualificados y que sean diestros en el manejo del método que conduce a descubrir esas verdades de razón práctico-jurídica que en el fondo del sistema laten y esperan “la mano de nieve que sepa arrancarlas”.

En el método de “desenterramiento” de las soluciones para los casos difíciles está la clave. Y en este punto importa mucho desmenuzar algunos equívocos muy frecuentes, sobre todo en lo atinente al papel o función posible, en la decisión judicial, de la argumentación racional y sus reglas.

Cuando hablamos de métodos aplicados a la decisión judicial, podemos ubicarnos en un plano descriptivo o en uno normativo. Bajo un punto de vista descriptivo, la metodología tratará de averiguar qué pautas o esquemas decisorios, qué modos de razonar y qué métodos *de hecho* utilizan los jueces de un determinado tiempo y lugar. Por ejemplo, podemos interrogarnos y tratar de



investigar acerca de si, a la hora de interpretar las normas, acuden más a un método de interpretación subjetiva, de averiguación de cuál fue la voluntad del autor de la norma, o a un método teleológico-objetivo, de establecimiento de cuál es el fin que en el momento actual podemos razonablemente asignar a la norma que interpretamos.

Estamos ante metodologías normativas cuando lo que ante todo se pretende es reglar los pasos y referencias de la decisión judicial, dar al juez pautas a las que pueda y deba atenerse para que su decisión sea correcta y racional. La metodología normativa no describe el camino que los jueces siguen habitualmente, sino que prescribe el que estos deben transitar para llegar a la meta de la decisión correcta. Naturalmente, cuál sea el método que se proponga en tales metodologías normativas dependerá de estos dos factores interrelacionados: cómo se conciba la materia de la que el Derecho está formado y cómo se entienda la posibilidad de construir decisiones correctas a partir de dicha materia prima de lo jurídico. Por ejemplo, es perfectamente congruente que el iusmoralismo ofrezca para la decisión judicial métodos de razón práctica que son, en todo o en parte, comunes con los métodos de la decisión moral, pues el iusmoralismo piensa que una parte esencial y suprema del sistema jurídico está formada por normas que son, al tiempo, morales y que integran el Derecho aunque no estén positivadas o desarrolladas en ese sistema, y que el objetivo de la decisión judicial tiene en común con la decisión moral o con la decisión práctica en general el siguiente rasgo esencial: se trata en todo caso de aplicar al caso la solución justa o, al menos, de evitar para todo caso una decisión injusta. Lo bueno, para el iusmoralismo, y aun bajo el punto de vista del Derecho, pesa más que lo legal, lo justo es condición de lo jurídico.

Una metodología normativa se puede proponer, a su vez, con uno de estos dos designios básicos: pretendiendo que conduzca a la decisión objetivamente correcta de los casos y, consiguientemente, a la justificación de tal corrección objetiva, o pretendiendo que valga para la mera justificación de las opciones que, en uso de su discrecionalidad, el juez toma, justificación cuyo enfoque es más negativo que positivo, pues no se tratará de hacer valer que la decisión tomada es *la* correcta, sino de alejar las sospechas de incorrección debida a la arbitrariedad. En resumidas cuentas, cabe una metodología normativa orientada a llevar al juez a la decisión debida, que será la decisión objetivamente correcta, y cabe una metodología normativa dirigida a descartar ciertas decisiones por incorrectas, siendo tales las que no pasan determinadas pruebas o tests y dándose por sentado que las que los pasen pueden ser varias y que entre ellas el juez puede elegir discrecionalmente, pues, de entre ese ramillete de decisiones posibles, no hay una que destaque como *la* correcta.

En la teoría de la decisión judicial uno de los asuntos principales consiste en establecer cómo y en qué medida aparece la relación entre el decididor del caso y la base de la decisión; esto es, la relación entre (el elemento de) el sistema jurídico que prescribe la solución del caso y la decisión que aplica al caso dicha solución⁴. Para el iuspositivismo contemporáneo, dicha relación es una relación de referencia lingüística sumada a un elemento de autoridad. Quiere decirse que, por un lado, lo que el Derecho sea se contiene en ciertos enunciados, dotados de particular autoridad por su origen en determinadas “fuentes”, y que, por otro, el propio sistema jurídico prescribe (mediante enunciados también, aunque de cierto tipo específico)

⁴ Va de suyo que el Derecho sólo puede concebirse como un sistema de soluciones para casos, soluciones de cierto tipo y que se aplican de determinada manera, por órganos y con procedimientos peculiares.

que, “*en Derecho*”, los casos *deben* decidirse aplicando los contenidos normativos de dichos enunciados.

Ahí está el salto que lleva al iuspositivista a diagnosticar lo inevitable de la discrecionalidad judicial. El *sistema jurídico* da al juez estas dos órdenes: una, debes decidir conforme a Derecho, no según tu opinión o inclinación; y ya se sabe que, para el positivista, decidir conforme a Derecho es decidir a partir de aquellos enunciados normativos peculiares; y, dos, debes decidir en todo caso que se te someta y para el que, según el propio sistema jurídico, seas competente (prohibición del *non liquet*). Unidas estas dos prescripciones, y puesto que los enunciados jurídicos, como todos los del lenguaje ordinario, padecen siempre de algún grado de indeterminación, queda la situación así: puesto que debes decidir todo caso, y puesto que en todo caso debes decidir con arreglo a aquellos enunciados que conforman el sistema jurídico, pero dado también que esos enunciados pueden no prescribirte unívocamente una única solución posible, o pueden no prescribirte ninguna (laguna) o pueden prescribirte varias contradictorias (contradicción irresoluble con pautas intrasistemáticas), aquel mandato queda reducido a este otro: debes decidir de manera que tu decisión no contradiga ninguno de los enunciados normativos del sistema jurídico, tal como este se configura para el momento de los hechos y/o de la decisión, o hallándose tu decisión avalada por una norma de dicho sistema, si tal contradicción (no resoluble con criterios intrasistemáticos) entre dos normas existe dentro del sistema.

Para el iuspositivista, pues, no es posible dentro del sistema cualquier contenido de la decisión judicial del caso, ya que para eso el sistema enuncia normas; pero a menudo son posibles varias decisiones diversas de un caso, todas ellas conciliables con las normas del sistema, ya que así resulta inevitablemente de los márgenes de indeterminación que aquejan a los enunciados normativos que forman el sistema.

A la hora de ofrecer metodologías de la decisión judicial, el iuspositivismo contemporáneo va a oscilar entre el escepticismo sobre su utilidad o la resignación ante lo limitado de su cometido posible. Los escépticos, de los que Kelsen sería ejemplo evidente, opinan que ningún método sirve para otorgar ni una mínima objetividad ni al juez que decide ni al crítico que valora esa decisión, pues uno y otros son rehenes de sus personales valores e intereses y no existe, en materia de razón práctica, ningún patrón objetivo, capaz de dirimir quién se halla en lo correcto y quién en el error. Por su parte, los resignados piensan que, aunque la corrección de la decisión, como única decisión correcta, no sea demostrable, sí que existen vías metodológicas para acreditar la incorrección de determinadas decisiones. Es en este punto donde el positivismo y una teoría de la argumentación jurídica de alcances no muy ambiciosos u optimistas pueden ir de la mano. El proponer, como método que ha de guiar al juez, el respeto de ciertas reglas argumentativas tendría como objetivo el de obligar al juez a salir de sí mismo, por así decir, y aportar como fundamento de su fallo razones que sean admisibles en el contexto jurídico-social y jurídico-político de que se trate y que estén bien construidas, tanto en lo referido a la corrección lógica de los razonamientos en que se envuelven como en lo atinente a la suficiencia de las justificaciones que se aporten de cada valoración determinante y de contenido no perfectamente evidente⁵.

Cuanto más se quiera negar la discrecionalidad judicial, tanto más habrá que confiar en el método que se propone, como instrumento adecuado para, primero, llevar al juez al descubrimiento de esos contenidos que hasta para la solución del

⁵ Más ampliamente García Amado (2010a: 17).



caso más difícil el sistema jurídico en su fondo (o en su cima, según se mire) tiene preestablecidos, y, luego, para presentar en su sentencia tal solución, que no es “suya”, sino del propio sistema, de manera suficientemente demostrativa, a fin de que quede claro que es *la* respuesta correcta conforme al sistema en cuestión.

Conviene preguntarse qué métodos proponen los autores que niegan o restringen enormemente la discrecionalidad judicial. Ya sabemos que uno, de los más complejos, es el de ponderación⁶. Aunque no podremos fundamentarla aquí, es posible plantear la siguiente hipótesis: cuando una doctrina jurídica niega (o acota como excepcional) la discrecionalidad judicial, pero no propone o desarrolla suficientemente un método que dé cuenta de cómo puede el juez encontrar en el sistema la solución predeterminada y atenerse a ella, o bien se trata de doctrinas sumamente triviales y de muy escaso interés, o bien están presuponiendo una visión del conocimiento de razón-práctica de corte fuertemente intuicionista o del estilo del que siempre ha sido propio a las llamadas teorías materiales de los valores, a *la* Scheler y similares⁷.

¿Sin excepciones?

La tercera tesis que definía el formalismo de la decisión judicial la enunciábamos así:

El juez no debe en ningún caso hacer excepciones a la aplicación de las soluciones que las normas del sistema jurídico prescriben para el caso de que se trate. Las únicas excepciones a la aplicación de una norma del sistema jurídico a un caso que bajo ella encaje son las que se amparen en una norma del mismo sistema que prevea para dicho caso una solución especial.

Es necesario, antes que nada, preguntarse de qué tipo es ese “deber” aludido al principio de ese enunciado. Se puede tratar de un deber jurídico o de un deber moral. Si es lo primero, el juez que excepciona la aplicación de la norma del sistema que viene al caso, y que lo hace así sin el amparo de otra norma del sistema que se presente como preferente frente a la otra para ese caso, estaría incumpliendo una obligación jurídica, una obligación que para él dispone ese mismo sistema que le da su estatuto de juez. Si en ese enunciado definitorio hacemos referencia, en cambio, a un deber moral, estaremos sentándolo desde un sistema moral que califique como loables y justas todas las normas del sistema jurídico, siendo esa de su justicia (o de su no injusticia) la razón moral para aplicarlas. Desde un sistema moral que admita que pueda una norma jurídica ser jurídica y, al tiempo, inmoral, injusta, no se podría justificar, como *mandato moral*, ese de que el juez aplique siempre y en todo caso las normas jurídicas, sin excepción.

En virtud de la división conceptual entre Derecho y moral que lo caracteriza, el iuspositivismo separa deber jurídico y deber moral. Que los separa quiere decir que considera como perfectamente normal que una misma acción reciba calificación desde sistemas normativos diversos, como son un sistema jurídico o un sistema moral. Exactamente igual que una misma acción puede ser distintamente calificada con base en sistemas jurídicos diferentes o en sistemas morales diferentes. Para el sistema jurídico SJ¹, la acción puede estar permitida, por ejemplo, y a tenor el

⁶ Cuando se plantea como método de averiguación de la decisión debida, no cuando nada más que se propone como esquema argumentativo conveniente para justificar las opciones propias de la discrecionalidad. Véase, Juan Antonio García Amado (2010b: 207).

⁷ Al fin y al cabo, no estaban nada lejos de ahí aquellos autores que, como G. Dürig, sientan uno de los primeros precedentes claros de lo que hoy se llama neoconstitucionalismo. Sobre el particular, véase García Amado (2010c: 131, 144).

sistema jurídico SJ² (sistema de otro país, mismamente) puede estar prohibida. Para un sistema jurídico dado, una acción puede resultar permitida y para un sistema moral determinado esa acción puede ser absolutamente inmoral. El aborto voluntario, pongamos por caso bien obvio, puede hallarse permitido por un sistema jurídico bajo ciertas condiciones, mientras que un sistema moral puede valorarlo como crimen horrendo en todo caso y bajo cualquier condición.

Si al positivista le preguntamos si al juez le está permitido hacer excepciones a la aplicación de la norma que, según el sistema jurídico, es aplicable al caso, nos preguntará, a su vez, por el sentido de “permitido”. Jurídicamente, dependerá de si en el sistema jurídico de referencia se contiene o no, bajo una u otra forma, dicho permiso. Moralmente, dependerá de si nos encontramos ante un sistema moral que sólo considere que puede ser Derecho el Derecho justo (o el no injusto), como veremos enseguida. Mas el positivista, que separa bien esos dos juicios, nunca dirá –nunca lo han dicho los positivistas contemporáneos relevantes- que él piense que está *moralmente* injustificada la actitud del juez que consciente y voluntariamente inaplica una norma jurídica por entender inmoral la norma misma o la solución que para el caso determina⁸. El positivista opina al respecto algo tan simple como esto: que una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa. Que lo que no tiene sentido es buscar primero la norma jurídica aplicable al caso, examinar luego la justicia de la solución que para ese caso dicha norma brinda, juzgar esa solución como inmoral o injusta, excepcionar dicha norma por esa razón y, en consecuencia, no aplicar al caso su solución y, *al final, sostener que esa norma jurídica no era en verdad jurídica o que cede ante otra norma que es moral, pero también y al mismo tiempo jurídica*. El esquema del positivista es más simple: el juez X inaplica la norma jurídica NJ, pues aunque sabe que es jurídica, su resultado le parece inmoral y decide obedecer una norma moral NM que prescribe una solución diferente de la que establecía NJ.

¿Es muy diferente, en el fondo, el planteamiento del iusmoralista? No tanto. La diferencia está, otra vez, en la materia prima del Derecho y en la destreza analítica de unos y otros. Por lo común, el iusmoralista dice que pueden, y muchas veces deben, inaplicarse las normas jurídicas positivas o legisladas. ¿Cuándo? Cuando sea inmoral su resultado para el caso. Hasta ahí parece que hay acuerdo, pues esto no lo rechaza abruptamente ningún positivista de hoy. La distinción está en que el positivista dirá que en la conciencia del juez la norma moral ha pesado más que la jurídica, mientras que el iusmoralista entenderá que una norma jurídica más alta o de carácter especial, una norma moral que es también parte del sistema jurídico, se ha impuesto sobre una norma más baja o más general de ese sistema. El positivista contempla al jurídico y al moral (los morales) como sistemas normativos separados y cuyas relaciones (por ejemplo, la coincidencia en el contenido de algunas normas o las históricas influencias e interrelaciones entre los contenidos de uno y otro) son puramente contingentes; el iusmoralista o bien los entiende como cortándose, con un espacio común, o como superpuestos, con el moral *objetivamente* por encima del jurídico.

Con esto vemos que, con sólo reparar en que el iusmoralismo integra como parte del sistema jurídico aquellas normas morales que usa para justificar las excepciones a la aplicación de las normas “positivas”, el enunciado antes recogido y definitorio de una de las facetas del formalismo se aplica plenamente al iusmoralismo. El iusmoralismo sólo critica el formalismo en cuanto doctrina que

⁸ Tampoco sostiene el positivismo que siempre esté moralmente justificada la aplicación de la norma jurídica que venga al caso. La relación entre justificación moral y jurídica es puramente contingente, en función de los respectivos sistemas, y admite todas las combinaciones posibles.



propugne la aplicación sin excepción de las normas “positivas” o legisladas, pero, en cambio, el iusmoralista no admite excepción a la aplicación de las normas que vengan al caso desde el conjunto del sistema, tal como el iusmoralismo lo entiende, y con las jerarquías obrantes en ese sistema. Veámoslo con un ejemplo demasiado simple, pero suficientemente gráfico como esquema. Si una de las normas del sistema jurídico SJ es la norma moral NM que dice que no debe aplicarse ninguna solución muy injusta a la resolución de casos por los jueces, cuando no se aplica la norma positiva NP de ese sistema, que prescribe para el caso la solución S, y se aplica para tal caso NM, que prescribe la solución S', se está decidiendo *conforme a Derecho*; simplemente NM se impone dentro del sistema y con arreglo al juego de jerarquías e interrelaciones de las normas del sistema: NM vence o por superior o por especial, pero vence como norma jurídica, aunque no esté legislada o no lo esté con la precisión suficiente como para que se pueda “leer” en parte alguna que esa solución que al caso se aplica es exactamente la que para el caso NM predetermina.

Ahora preguntémosnos si alguna norma, sea positiva, sea una norma moral-jurídica NM', podría vencer a NM y justificar que el juez hiciera una excepción a lo que para el caso NM prescribe. El iusmoralismo dirá que no, que en modo alguno, pues ello supondría entender que en ese estrato de normas morales que son al tiempo jurídicas puede haber falta de armonía, puede haber antinomias no resolubles. Para el iusmoralismo, las antinomias entre las normas morales que son jurídicas no son más que antinomias *prima facie*: con un método adecuado se puede y se suele descubrir cuál es la que objetivamente impera para cada ocasión, por lo que la solución que para el caso ofrece la norma es la solución del sistema, no la solución de una parte del sistema que se opone hasta el final a otra parte del sistema mismo.

Si en lo anterior estamos en lo cierto, el formalismo en este sentido se aplicará con mayor propiedad a los iusmoralistas que a los iuspositivistas, pues son los primeros los que no admiten excepciones al deber de que el juez aplique la norma que venga al caso, teniendo en cuenta que cuál sea esa norma aplicable lo dictará la relación interna de las normas dentro del sistema jurídico, de ese sistema jurídico en el que se integran tanto las normas “positivas”, es decir, creadas con arreglo a los procedimientos que a tal fin prevé el mismo sistema, como las normas morales que están dentro del sistema, aun cuando no hayan sido creadas y promulgadas por ninguno de esos procedimientos. Con la misma naturalidad con que el positivista asume que es un asunto de “lógica” interna del sistema jurídico el que la ley se imponga al reglamento o la Constitución a la ley, en caso de conflicto, también es parte de tal lógica “formal”, para el iusmoralista, que la norma positiva, legal y hasta constitucional que se enfrente con la norma moral-jurídica ceda ante ella, sea derrotada por ella.

Vamos a explicarlo todavía de una manera más. Para el positivista, cuando una norma del sistema jurídico es inaplicada por un juez y tal inaplicación no se justifica por la concurrencia de otra norma que, según el juego de ese mismo sistema, deba vencerla para el caso, aquella norma ha sido derrotada, pero no porque la normas, todas y siempre, sean *jurídicamente* derrotables, sino porque *el juez mismo la derrotó*, la derrotó *al decidir inaplicarla* porque dio prioridad a una norma del (de su) sistema moral. Por el contrario, para el iusmoralista esa aplicación no será un acto de autonomía moral del juez, sino objetivo testimonio de que toda norma jurídico-positiva es por naturaleza derrotable *jurídicamente*, ya que (i) todas pueden en algún caso ser excepcionadas desde la moral, y (ii) cuando así ocurre, la norma moral excepcionadora se considera, por el iusmoralismo, parte del propio sistema jurídico al que pertenece la norma derrotada. La derrotabilidad de las

normas jurídicas, tal como la entiende y la suele explicar el iusmoralismo, es indicio del formalismo de los iusmoralistas, por paradójico que esto suene.

Pero, aunque no sea más que incidentalmente, no podemos dejar de mencionar que no es cierto que para el iusmoralista todas las normas jurídicas sean por su naturaleza derrotables, ya que en ese caso podrían ser todas excepcionadas conforme a otras normas del mismo sistema. Las más altas y fundamentales de aquellas normas morales que, según el iusmoralista, son también jurídicas, son inderrotables⁹ por definición. Así se aprecia, por ejemplo, cuando, en su teoría de las normas iusfundamentales, Robert Alexy nos explica que hay reglas de validez estricta, que son aquellas que ganan en cualquier ponderación posible, aquellas que jamás pueden ser derrotadas ni por una regla ordinaria ni por un principio del mismo sistema¹⁰.

Es el positivismo el que, en el fondo, admite la derrotabilidad de todas las normas jurídico positivas, bien por otras normas jurídico-positivas que establezcan excepciones (en cuyo caso la derrotabilidad no es propiamente tal), bien porque cualquiera puede ser *de hecho* inaplicada por el juez que decida atender antes que a ella a su propia conciencia y asumir las consecuencias. Sólo que a la derrota *de hecho* el positivista no la llama derrota de derecho, aunque sea derrota del Derecho.

2. Formalismo y validez de las normas jurídicas

En este apartado me referiré al debate sobre el formalismo en lo referido a la validez de las normas. Abarcaré, entrelazándolos, dos problemas aquí: la *validez en general de una norma y su validez como solución para un caso concreto*. No es lo mismo decir que la norma N no es válida, que es una norma nula, que no forma parte del sistema jurídico o debe ser expulsada de él, que decir que N, cuya validez en general no se cuestiona, no “vale” para este caso, aun cuando los hechos del mismo caigan patentemente bajo ella. En esta segunda ocasión lo que se quiere justificar es que para un caso C se haga una excepción a N, excepción que no está justificada por ninguna otra norma del mismo sistema positivo¹¹, sino por razón del carácter injusto o inhumano que resultaría de aplicar N a C. Retomamos a este respecto el último punto tratado en el apartado anterior, aunque lo haremos desde una óptica algo distinta o con matices diferentes.

El eterno problema capital de la Teoría del Derecho es el de cómo o en qué se diferencia una norma que forma parte del Derecho de una norma que no es Derecho. Si no existe un criterio delimitador y diferenciador de lo jurídico, carecemos de base para afirmar de la norma N que es una norma jurídica o que forma parte del sistema jurídico S, o de la norma N' que no es jurídica, aunque sea norma moral o norma social de otro tipo. En Teoría del Derecho se suele decir que la norma que forma parte de un sistema jurídico, por cumplir los requisitos establecidos de pertenencia a ese conjunto de normas así denominado, Derecho o sistema jurídico, es una norma válida o que posee la nota de validez. No hace falta dotar a ese concepto de una carga ontológica muy fuerte ni imaginarse mundos del ser donde cada tipo de norma tenga inmutables notas distintivas. Se trata de criterios de clasificación normativa cuya naturaleza puede ser puramente convencional. Nada se opone a que podamos decir que del sistema jurídico forman parte aquellas normas que la sociedad “reconozca” como Derecho y no aquellas otras normas (morales, sociales, hasta mandatos particulares) que la sociedad no considere así, como parte

⁹ Cfr. Sauca (2009: 55).

¹⁰ Cfr. Alexy (2007: 67).

¹¹ Del modo como, por ejemplo, con arreglo al sistema actual, la eximente de legítima defensa excepciona la norma que prescribe castigo para el homicidio.



del Derecho. Nada impide que pensemos que Derecho es lo que la sociedad piensa o cree como Derecho, en cuanto realidad normativa diferente de otras normatividades, pero en ese caso habrá que ser capaz de discernir cuáles son las condiciones que en la sociedad tal o cual se aplican para atribuir esa calificación de jurídica a una norma y para diferenciarla así de otras normas que no son parte del sistema jurídico.

Aunque hay relación entre los dos ámbitos, no es lo mismo que nos preguntemos qué caracteres atribuye la Teoría del Derecho a una norma para tenerla por elemento del sistema jurídico y qué caracteres rigen *socialmente* para tal consideración de una norma como jurídica¹². Esto segundo es una cuestión de mentalidades e imaginarios colectivos y debería estudiarlo con su particular método la Sociología del Derecho, caso de que la hubiere y se dedicara a temas de interés. Aquí nos ocuparemos de los criterios de validez o juridicidad que se discuten en la Teoría del Derecho de nuestro tiempo. Pero, antes, debemos explorar un poco más esos dos ámbitos al hablar de la validez del Derecho, de los criterios delimitadores acerca de lo que en un tiempo T y en un lugar L sea Derecho, el vivencial o sociológico y el teórico.

La pregunta decisiva es ésta: ¿puede haber partes del Derecho independientes del reconocimiento social como tal, como Derecho? En otras palabras, ¿puede ocurrir que una norma¹³ sea Derecho, sea parte del Derecho, aun cuando en una sociedad determinada en un tiempo T no se reconozca dicha norma como Derecho, es decir, como parte del conjunto normativo que esa sociedad tiene por Derecho? Expresémoslo aún de una manera más. Pongamos que el conjunto de normas que en una sociedad dada y en un momento determinado son consideradas o reconocidas como Derecho tienen las propiedades definitorias o especificadoras P¹, P² y P³. Hay una norma N que no posee ninguna de esas propiedades y que no es vista con el estatuto de jurídica en esa sociedad¹⁴. ¿Puede N ser parte de ese Derecho o sistema jurídico de tal sociedad en ese tiempo? La respuesta dependerá de qué se entienda por “ser” Derecho.

Para empezar, parece claro que N no podrá ser Derecho eficaz, si por eficacia entendemos aquella propiedad operativa de las normas que consiste en que son, como tales, obedecidas y aplicadas para la resolución de conflictos. Que en una sociedad se aplique como Derecho una norma que no se considera Derecho es, en términos generales, algo que suena absurdo. Así que tendremos que la tesis que sostenga que N es Derecho porque posee la propiedad P^x, que no es ninguna de esas propiedades P¹, P² y P³ que caracterizan las normas entendidas como jurídicas en una sociedad S en un tiempo T, tendrá que hacerse cargo del siguiente problema: habría normas que son jurídicas aunque socialmente no se crea que son tales y aunque, consecuentemente, no se cumplan y apliquen como tales. Tradicionalmente el iusnaturalismo ha defendido la existencia de tales tipos de

¹² Para esta diferencia entre la perspectiva teórica sobre el Derecho y un enfoque que atienda o bien a los datos sociales, puramente empíricos, o bien a la mera descripción de la actividad judicial, así como para la diferencia entre metodologías descriptivas y normativas de la decisión judicial, tal como antes la trazamos, es de interés el siguiente pasaje de B. Leiter (2007: 60): “I shall argue that whereas Positivism is essentially a *theory of law* – a theory, in part about what is distinctive in any society’s *legal norm* (as opposed to e.g., its moral, aesthetic, and social norms)– Realism is essentially a *descriptive theory of adjudication*, a theory what it is judges really do when they decide cases. In defending their descriptive theory of adjudication, however, it turns out that the Realism must *presuppose* a theory of law, one that is, in fact, a kind of Positivism”.

¹³ En el sentido más amplio posible de la expresión “norma”.

¹⁴ Podríamos manejar otras versiones de la cuestión, por ejemplo refiriendo ese “reconocimiento” no a la sociedad entera o como tal, sino a sus funcionarios o jueces o gobernantes, etc. Pero creo que no es necesario complicar más el asunto para lo que con este argumento pretendo ahora resaltar.

normas jurídicas, precisamente las de derecho natural: son Derecho universal e inmutablemente, aunque una sociedad dada aún no las haya descubierto o las contradiga con las otras que considera jurídicas y que, así, en ella están vigentes.

Tesis tales se enfrentan con dos problemas filosóficos de gran envergadura: el ontológico (cómo son, qué tipo de existencia tienen y donde están o habitan esas normas) y el epistemológico (cómo podemos conocerlas con una mínima certeza y sobreponiéndonos a la falsa conciencia o a las sombras con que las oculta la sociedad empírica, con sus normas operativas que hasta pueden contradecir esas otras supraempíricas o necesariamente ideales).

Pero no nos interesa aquí y en este momento tratar los muy manidos problemas del iusnaturalismo, sino reconducir el asunto a las relaciones con el formalismo jurídico. Ahora el tema es éste: esas posturas, que, para resumir y sintetizar, llamaremos iusmoralistas, ¿son o no son, a su vez, formalistas? Defenderé que sí. ¿Y es formalista el positivismo que dice que Derecho es lo que en cada sociedad se reconozca como Derecho? Vayamos por partes.

¿Es formalista el antiformalismo iusmoralista?

Naturalmente, todo dependerá de cómo definamos formalismo. Puesto que hablamos de formalismo en relación con la validez de las normas jurídicas, el formalismo se predicará cuando tal validez dependa de una pauta o criterio puramente formal. Pero, entonces, ¿qué significa *formal*?

Conforme al concepto que aquí manejaremos, se habla de formalismo cuando el contenido del juicio no es casuístico, sino basado en una pauta previa y establecida con carácter general y abstracto; cuando la valoración no se hace caso por caso y con libertad, forjando los criterios de valoración exactamente para las concretas circunstancias de cada ocasión, sino que se aplican parámetros que agrupan casos con elementos sustanciales coincidentes bajo soluciones comunes. En relación con la decisión, sería formalista, en este sentido, toda doctrina que propugne que las decisiones judiciales se guíen por o estén atadas a normas previas de carácter general y abstracto, mientras que antiformalistas resultarían las que proponen que la decisión se oriente siempre y nada más que por la equidad¹⁵ o las que, al menos, combaten la noción moderna de norma jurídica general y abstracta, como entre los autores más conocidos hizo Michel Villey y entre las corrientes iusmoralistas propone el llamado “realismo clásico”.

Supongamos que a usted se le pide que de un grupo de diez personas seleccione a los tres más fuertes. Por tanto, el criterio de selección ha de ser la fortaleza de cada uno de los miembros de ese grupo. Caben dos situaciones a efectos de calificar con precisión cómo será su selección, esa que a usted se le solicita. Una, que le sean indicados unos criterios o estándares de fortaleza, que usted deberá limitarse a aplicar¹⁶. Entonces, usted tendrá que cotejar esos diez

¹⁵ Como bien puntualiza Sunstein (1999: 640), “The real question is ‘what degree of formalism?’ , rather than ‘formalist or not’. It is hard to find anyone who believes that canons of construction have no longer legitimate place in interpretation, or who thinks that literal language should always be followed, no matter how absurd and palpably unintended the outcome. No antiformalist thinks that judges interpreting statutes should engage in ad hoc balancing of all relevant considerations. The real division is along a continuum. One pole is represented by those who aspire to textually driven, rule-bound, rule-announcing judgments; the other is represented by those who are quite willing to reject the text when it would produce an unreasonable outcome, or when it is inconsistent with the legislative history, or when it conflicts with policy judgments of certain kinds or substantive canons of construction”.

¹⁶ Al menos en lo que para usted sean comprensibles y claros dichos estándares o pautas. Prescindiremos aquí ahora de los problemas de interpretación que la formulación general de esos



individuos con la pauta o estándar decisivo que se le ha dado, a fin de comprobar, primero, quién posee la o las propiedades que son determinantes de la fortaleza y, luego, quién las posee en grado más alto.

La otra situación posible es que esa instrucción para que escoja a los tres sujetos más fuertes no vaya acompañada de ninguna regla que precise lo que por fortaleza de una persona haya de entenderse, y pongamos que ni siquiera el contexto de esa instrucción nos sirve de mucha ayuda para descartar o adoptar alternativas sobre a qué puede referirse, en un ser humano, el calificativo de “fuerte”. ¿Hablamos sólo de fortaleza física? ¿Se incluye también la resistencia física o se trata sólo de fuerza aplicada en un momento dado? Más aún, ¿nos referimos nada más que a la fortaleza física o cuenta igualmente la psíquica, la resistencia psicológica? Y así sucesivamente.

Llamemos a la primera situación, donde se cuenta con reglas objetivas, situación A; a la otra, sin reglas de selección, situación B. Conforme a la noción de formalismo que ahora analizamos, si usted, en la situación A, aplica objetivamente esas reglas que son dirimentes al margen del juicio suyo, de usted, usted es formalista, procede de manera formalista. En cambio, no se hará acreedor de tal calificación si usted ignora esas reglas de selección que precisan qué ha de entenderse por fortaleza a tales efectos, o si, aun sin desconocerlas del todo, las filtra y las hace depender de su propio juicio¹⁷. Por ejemplo, para usted fuerte es ante todo el que es capaz de resistir mejor las tentaciones más pecaminosas, y por eso no elige del grupo en cuestión a los tres sujetos que reúnen en mayor medida las propiedades mentadas por la pauta establecida, sino que a alguno lo elimina, para que entre otro que posee en menor medida dichas características, pero que ha conseguido mantenerse impávido, impasible cual estatua, ante los cuerpos oferentes de varias/os modelos de alta costura y ante los platos más exquisitos de los restaurantes más reputados.

Si todos hicieran como usted, cuando en casos así aplican reglas como esas, que dan criterios generales con propósito de proporcionar pautas objetivas y comunes, perdería todo sentido y razón de ser la oferta de tales pautas. El antiformalismo radical impediría la vida social porque descartaría las reglas comunes y las elecciones previsibles. Sería una perfecta pérdida de tiempo preguntarle a alguien la hora que es o cómo se llama la capital de tal Estado o si hay serpientes en ese bosque. Dependerá de lo que cada uno entienda o quiera entender por bosque o por serpiente y de cómo desee o le convenga interpretar las intenciones y la pregunta misma de ese interlocutor.

Por consiguiente, el antiformalista, incluido el operador jurídico antiformalista, es parásito del formalismo circundante, del formalismo que domina en su medio. Así, una aplicación antiformalista de las normas de esta Constitución o de aquella ley presupone necesariamente que lo usual es su aplicación formalista, esto es, aquiescente. Porque sin ese formalismo imperante en el medio, el antiformalismo carecería de razón de ser, porque no habría ni Constitución ni ley que aplicar formalista o antiformalistamente, ya que su falta de vigencia las haría ociosas, prescindibles, y nadie se regiría por ellas para nada. Ahora, por lo menos, los antiformalistas jurídicos las invocan, a ellas apelan y con ellas en la mano pleitean

estándares pueda suscitar y trabajaremos con la idea de que puedan ser del todo o bastante objetivos, como ocurriría, por ejemplo, si se dijera que, a los efectos de la selección que se le pide, fuertes serán los que tengan más peso en proporción a su estatura o un mayor índice de masa muscular.

¹⁷ No nos estamos refiriendo en este momento a la presencia de los juicios del intérprete a la hora de elegir entre lo que propiamente son interpretaciones posibles del enunciado normativo, sino al hecho de excepcionar la norma en lo que claramente es aplicable al caso en cuestión.

cuando sus reglas los favorecen en algún conflicto. En otras palabras, el antiformalista “vive” de que el formalismo sea la regla y no la excepción, ya que si esa proporción se invirtiera a fin de darle la razón, su propio discurso no tendría ya sentido.

Pero, de nuevo, evitemos la mezcla de temas y recordemos que queríamos tomar en cuenta ahora el formalismo en relación con las teorías sobre la validez de las normas. Una teoría de la validez es formalista, en el sentido del significado de formalismo que ahora estamos glosando, cuando el juicio sobre la validez de una norma se hace depender de la aplicación de criterios o pautas generales. Del conjunto $N^1 \dots N^n$ de normas candidatas a ser jurídicas o que alguien pretende tales, sólo lo serán las que posean las propiedades $P^1 \dots P^n$, igual que, en el ejemplo que hace un momento manejábamos, fuerte sólo lo será quien posea las propiedades definitorias previamente sentadas como pauta o criterio de selección. El juicio de validez jurídica no es más que un juicio selectivo de ese tipo, que escoge, de entre las normas posibles o concurrentes, aquellas que son jurídicas.

Siempre que una teoría diga que la validez de una norma depende de que posea las propiedades $p^1 \dots P^n$; sea cual sea el contenido u origen de las mismas, esa teoría será formalista. Antiformalista sólo resultaría aquella doctrina que sostuviera que la respuesta aquella pregunta es contingente en cada caso, sin que de antemano sea posible fijar una mínima lista de las propiedades de referencia mediante términos que tengan mínimamente precisa su referencia.

En este sentido, las teorías positivistas son también formalistas, pero el asunto más interesante es el de si lo serán o no las iusmoralistas. Debemos aplicar la distinción entre iusmoralismo de pautas generales o generalizante y iusmoralismo de equidad o particularista, como antes ya se ha señalado, pero aquí vamos a ocuparnos solamente del primero.

El iusmoralismo *generalizante* mantiene respecto de la cuestión de la validez de las normas jurídico-positivas un esquema de juicio del siguiente tipo: Las normas provenientes de las instancias con capacidad legislativa reconocida son Derecho cuando reúnen estos tres requisitos:

(i) cumplen las propiedades formales $P^{f1} \dots P^{fn}$ (por ejemplo, haber sido elaboradas por órgano competente y con arreglo al procedimiento debido);

(ii) cumplen la propiedad de no ser contradictorias o incompatibles con lo dispuesto en una norma de más alta jerarquía en ese sistema jurídico.

(iii) cumplen la propiedad de no ser contradictorias o incompatibles con una norma moral condicionante de tal validez jurídica de las normas¹⁸.

Llamemos a las propiedades dirimentes según (i) propiedades formales (p^f), a las de (ii) propiedades *sustantivas* (p^s) y a las de (iii) propiedades morales (p^m). Podemos, pues, esquematizar así el juicio de validez que propone este iusmoralismo generalizante:

Una norma positiva N es válida si tiene las propiedades formales $p^1 \dots p^n$, la propiedad sustantiva p^s y la propiedad moral p^m .

¹⁸ Como luego se verá, las propiedades de (ii) y de (iii) son reconducibles a una sola, ya que el iusmoralismo coloca ciertas normas morales como las de más alta jerarquía del sistema jurídico.



Para una doctrina positivista estándar los criterios de validez son los dos primeros, por lo que su correspondiente juicio de validez puede esquematizarse de este modo:

Las normas provenientes de las instancias con capacidad legislativa reconocida son Derecho cuando reúnen estos dos requisitos:

- (i) cumplen las propiedades formales $P^{f1} \dots P^{fn}$ (por ejemplo, haber sido elaboradas por órgano competente y con arreglo al procedimiento debido);
- (ii) cumplen la propiedad de no ser contradictorias o incompatibles con lo dispuesto en una norma¹⁹ de más alta jerarquía en ese sistema jurídico.

El esquema quedaría, por tanto, así:

Una norma N es válida si tiene las propiedades formales $p^1 \dots p^n$ y la propiedad sustantiva p^s .

Vemos que la diferencia está en que la teoría positivista no incluye el criterio (iii) de validez, sólo los dos primeros.

El mayor problema del positivismo está en la justificación de la validez de la norma jerárquica más alta de su esquema, la que se suele denominar Constitución. Son bien conocidas las soluciones que, ante todo, Kelsen y Hart han propuesto para esa dificultad interna del sistema. Para las teorías del iusmoralismo generalizante, el problema más importante es el del fundamento de validez de las normas morales que condicionan la validez de las positivas conforme a (iii). Tienen que presuponerse válidas en sí, pues si se hacen depender de su origen en un legislador moral, ese iusmoralismo sería formalista desde su mismo punto de partida. Además, si la validez de esas normas morales que condicionan la validez de las normas jurídicas dependiera de otras normas morales, no haríamos más que trasladar el mismo problema un paso atrás y habría que interrogarse acerca de la fuente de validez de las normas morales últimas.

Acabamos de hablar de validez entremezclando esa propiedad como propiedad de las normas jurídico-positivas y como propiedad de las normas morales que condicionan la de las normas jurídico-positivas. Pero, si asumimos, con el iusmoralismo, que las normas morales que condicionan la validez de las normas jurídico-positivas son también jurídicas, por formar parte del sistema jurídico y/o por esa función de control de la validez de las otras normas de dicho sistema, tenemos que, para el iusmoralismo generalizante, hay dos versiones del sistema jurídico: el sistema jurídico-positivo, compuesto por las normas provenientes del legislador establecido por el propio sistema jurídico (dicho así para simplificar) y el sistema jurídico en sentido lato, que abarca aquel sistema jurídico-positivo y las normas de control de origen moral, pero que, por esa función y por su superior jerarquía frente a las positivas o legisladas, integran también el sistema jurídico.

El iusmoralismo generalizante es, en su teoría de la validez, formalista en ese sentido descrito antes con el ejemplo de la situación A a propósito de la selección de los individuos más fuertes de un grupo. Es formalista porque, al tiempo de seleccionar qué normas son jurídicas, emplea una pauta general del tipo: son jurídicas las normas que posean la propiedad de no contradecir con su contenido el contenido de las normas morales $N^{m1} \dots N^{mn}$. Se trata de formalismo, en el sentido

¹⁹ Una norma legislada, se ha de decir en realidad. Si no se pone esta condición, no habría diferencia entre iuspositivismo y iusmoralismo, por la razón apuntada en la nota anterior.

que ahora estamos viendo, porque no dicen que el juicio sobre la validez de una norma jurídico-positiva se dirima como juicio nada más que sobre esa norma individual y utilizando parámetros *ad hoc* o para el caso, no generales, sino al contrario: la pauta de validez es una pauta general, como acabamos de ver y repetimos: la compatibilidad con las normas $N^{m1} \dots N^{mn}$. Y esas mismas normas morales $N^{m1} \dots N^{mn}$ tienen ese carácter general y abstracto.

Y ello es así porque un iusmoralista mínimamente congruente nunca dirá que una norma jurídico-positiva N es válida aun en el caso excepcional de que contradiga las normas morales $N^{m1} \dots N^{mn}$.

En realidad, ¿desde dónde o desde qué excepcionan los iusmoralistas la validez de las normas jurídico-positivas? Desde la moral o desde algún sistema moral. Y han de hacerlo presuponiendo que no se trata de una moral aleatoria, subjetivamente preferible o de dudosa validez (moral) o racionalidad, pues en tal caso decaería todo fundamento para su pretensión de ser doctrinas objetivas y verdaderas de la validez. Pero el precio por ese carácter general de las normas morales de control y por la validez objetiva que, en tanto moral verdadera o racional, se les presupone es el del formalismo.

Debe interesarnos explorar una analogía entre positivismo y iusmoralismo generalizante que ha quedado expuesta hace un momento. Veíamos que el positivismo²⁰ condiciona la validez de una norma jurídica a su compatibilidad, a la ausencia de antinomia, con una norma superior del sistema jurídico, mientras que el iusmoralismo generalizante la condiciona a ese requisito y, además, al de compatibilidad o ausencia de antinomia con una norma moral o un conjunto de ellas. ¿Opera este requisito de igual manera en el caso del iuspositivismo y del iusmoralismo?

Para el positivismo, las relaciones entre las normas jurídicas son relaciones lógico-semánticas. Entre dos normas hay contradicción o antinomia cuando, para idéntico supuesto de hecho, una y otra norma prevén consecuencias jurídicas incompatibles, tales como que, para las mismas circunstancias, una prohíba una acción y otra la califique como obligatoria. Lo que se requiere, pues, es que: a) tengamos los enunciados de ambas normas; b) los interpretemos en lo concerniente a la referencia de cada uno al conjunto de casos que son subsumibles -después de esa interpretación que señala los significados posibles y elige uno de ellos- bajo el respectivo supuesto de hecho; c) interpretemos igualmente lo relativo a las respectivas consecuencias jurídicas; d) resulte que los hechos del caso en cuestión son subsumibles tanto bajo el supuesto de una norma como bajo el supuesto de la otra (una vez elegida la interpretación de ambas, en lo que fuera dudosa) y que, por ser incompatibles las consecuencias jurídicas de una y otra para sus supuestos (una vez elegida la interpretación de la consecuencia jurídica de cada una, si hubiere lugar o fuera necesario), nos hallamos ante una antinomia en toda regla. Entonces entran en juego los criterios de resolución de antinomias previstos en el sistema jurídico y, entre ellos y en lo que aquí ahora importa, el jerárquico, a tenor del cual prevalecerá la norma más alta de esas dos en conflicto.

El iusmoralismo, en su versión actualmente más pujante en nuestro país y los de nuestro entorno de cultura jurídica, como es el neoconstitucionalismo, introduce algunas variantes merecedoras de examen. Por una parte, se encuentra ante el clásico obstáculo de cómo puede darse una contradicción entre una norma

²⁰ Al menos una vez superado, si es que está superado, el empeño de Kelsen por explicar los sistemas jurídicos como sistemas dinámicos puros.



positiva y plasmada en un enunciado y una norma no dotada de un enunciado de esas características. Por otra parte, busca una síntesis novedosa al entender que aquella moral condicionadora de la validez ya no es supra o extrapositiva, sino que es también parte del Derecho positivo por hallarse positivada en la Constitución, aunque sea de modo aparentemente muy equívoco, contradictorio y balbuciente.

La contradicción entre las normas jurídico-positivas y las extra o suprapositivas no puede ser entre enunciados con estructura normativa (como el de la clásica de supuesto de hecho y consecuencia jurídica), sino entre un enunciado, el de la norma jurídico-positiva, y un valor, sea éste o se llame justicia, dignidad, bondad, caridad, templanza o cualquier otro de ese calibre. Comencemos con un ejemplo que jurídicamente será poco relevante, pero que nos da un muy oportuno distanciamiento analítico, el del valor belleza.

Imaginemos que en un país se organiza un concurso de belleza, con regulación jurídica del mismo: condiciones de participación, modo de designación del jurado, etc. Lo esencial para nuestro asunto es si en esa reglamentación se contiene o no enumeración de los atributos físicos, psíquicos y/o intelectuales que han de ponderarse en los candidatos, así como algún tipo de escala de valor de los mismos. Pongamos primeramente que no, que no se contempla regulación expresa de este aspecto. En tal situación, el tribunal tendrá que cotejar las características de cada candidato con el concepto que cada miembro de tal tribunal tenga de belleza. Y nosotros, aquí, conviene que nos preguntemos qué será eso de la belleza. Un valor, sí, pero con qué propiedades o notas definitorias que no sean puramente tautológicas (belleza es la propiedad de ser bello) o vacías de cualquier contenido tangible e intersubjetivamente compartido (v.gr.: belleza es la propiedad que poseen los seres y objetos cuya contemplación provoca delectación o intenso placer estético y/o sensual). Todos, los que integran ese imaginario jurado, y nosotros, sabemos qué es la *belleza en cuanto propiedad positiva predicada de una persona*²¹ y estaremos de acuerdo en señalar algunas personas que representan casos claros de personas bellas, así como otras que representan casos claros de personas carentes de belleza, feas.

Pero esa afirmación que acabamos de hacer requiere algunos matices adicionales. En primer lugar, hay que preguntarse si dichos acuerdos responden a patrones culturales geográfica e históricamente cambiantes, o si son universales e intemporales. Cuando decimos, y decimos todos, que X es bello, ¿lo decimos porque captamos el contenido ideal y objetivo de ese valor o propiedad belleza y lo cotejamos con los atributos de X, resultando un balance positivo, o, por contra, X nos parece bello a (casi) todos, aquí, por determinaciones culturales, es decir, precisamente porque aquí y ahora X parece bello a todos?

Supongamos que la norma N, rectora de ese concurso de belleza, dice que se deberá considerar tanto más bella una persona cuanto mayores sean sus ojos. En aplicación correcta de N, resulta ganadora del concurso la persona X. Es decir, no cuestionamos, en el ejemplo, la aplicación de N a X y a los demás concursantes. Pero alguien entiende que N no recoge el parámetro mejor o más correcto de belleza, pues la característica principal de la belleza personal no es el tamaño de los ojos, sino la perfecta forma rectilínea de la nariz y su tamaño proporcionado con el conjunto del rostro. En consecuencia, puesto que al concurso concurría también un candidato, Y, con una nariz perfecta a tenor de este último parámetro, aunque sus

²¹ Esto es, sabemos qué significado tiene decir que algo o alguien es bello o tiene belleza, en el sentido de que conocemos la función de tal predicación, aun cuando discrepemos en los atributos que hacen a éste o a aquél merecedores adecuados de la misma.

ojos eran considerablemente más pequeños que los de X, se inaplica N aduciendo que el concurso es de belleza y N no recoge los caracteres que mejor o más verdaderamente expresan tal valor, el, en cuanto propiedad de una persona.

La pregunta que primeramente tenemos que plantearnos, llegados a este punto de nuestro ejemplo, es la siguiente: si existe un patrón objetivo de belleza, si hay unos caracteres definitorios de ese valor y que sean aplicables y mensurables para la ordenación de personas por razón de su grado de posesión de esos caracteres, o si, por el contrario, el predicar de un ser humano la condición de bello depende enteramente del gusto personal, subjetivo.

Parece que lo más razonable es una cierta salida por la vía de en medio. Por una parte, quién en sus cabales podría dudar de que Sofía Loren, Claudia Cardinale o Ava Gardner fueron personas de una belleza extrema, sublime. El mismo acuerdo puede haber sobre la fealdad de otros personajes, incluidos varios iusfilósofos. Ahora bien, y por seguir con nuestra muestra, si esas tres beldades se presentasen a un concurso de belleza en el que tuviera usted que votar discrecionalmente para darle el premio a una, ¿por cuál votaría? Creo que por muy razonables que todos seamos y muy dados al diálogo y a la búsqueda de consensos sobre el fondo de los debates, no nos pondríamos de acuerdo.

De ser cierto todo lo dicho en el párrafo anterior, resulta que sí compartimos un cierto concepto de belleza, que nos permite concordar al clasificar a muchas personas como ejemplos claros de fealdad o hermosura, pero ese canon vigente no es suficientemente preciso para hacer una escala exacta en la que cualquier candidato se ubique antes o después que otro. Es decir, no sirve para resolver los casos difíciles, los conflictos bien argumentados. Pero en este momento nos interesa otro asunto, el de la validez.

Permítase solamente, de pasada, la siguiente observación elemental. Si no existieran pautas generales o, en nombre del antiformalismo, rigiera una llamada a su desconocimiento en caso de desacuerdo del aplicador sobre su contenido o sus consecuencias para el caso, cuando -por seguir con el ejemplo- se organiza un concurso de belleza, carecería completamente de sentido estipular normas para su aplicación por el jurado, pues la decisión no dependería *en nada* de las normas²², sino de los concretos integrantes del jurado; con lo cual, lo decisivo no es la regulación del concurso, sino la elección de los jurados. Por otro lado, si las normas, por sí, pudieran ser para todo caso suficientemente claras y dirimentes, sin márgenes para la interpretación y la duda, la decisión no dependería *en nada* de jueces y jurados y estos serían plenamente intercambiables y hasta prescindibles, ya que cualquier persona con uso de razón y adecuada comprensión lingüística podría aplicar esas normas tan transparentes: las meras subsunciones están al alcance de cualquiera.

Como en este momento estamos hablando de la relación entre valores y validez de las normas jurídicas, retornemos a aquella norma N que pone como suprema pauta de belleza el tamaño de los ojos y no la perfección y proporción de la nariz, como algunos preferirían. ¿Cabe, tiene sentido proclamar que N no es norma jurídicamente válida por oponerse su contenido al verdadero contenido o ser del

²² Si el llamado a aplicar la norma sólo se atiene a ella cuando está de acuerdo con el resultado que de ahí sale, en realidad no aplica la norma como patrón decisorio, sino su conciencia, su patrón personal. Cuando hay coincidencia en el resultado entre la norma general externa al aplicador y su "norma" personal, simplemente parece prioridad de la primera lo que es mera consecuencia de la prioridad de la segunda.



valor belleza? El legislador²³ autor de N ha tomado una de las opciones posibles con arreglo a los estándares de belleza socialmente vigentes en este tiempo. Declarar la invalidez de N equivale a sustituir la opción del legislador por la opción personal de quien hace dicha declaración. ¿Qué tipo de razones pueden dar una justificación de esa sustitución del legislador por uno mismo? Si se trata de cuestiones de conveniencia (es mejor para la marcha del país o para que tengamos más posibilidades en el concurso de miss universo que tomemos en cuenta el patrón de belleza A en lugar del B), no parece que sea fácilmente demostrable la superior condición de tal o cual sujeto particular sobre el criterio o la preferencia del legislador. Si se trata de cuestión de gusto subjetivo, queda descartada la legitimidad de aquella sustitución del legislador, salvo que se demuestre que (i) la sociedad está jerarquizada por grupos por razón del gusto, de manera que unas personas o grupos tienen un gusto superior a las otras, (ii) las de gusto superior tienen un derecho “natural” o con algún tipo de evidencia a imponer su criterio a los demás grupos, a los de gusto inferior, y (iii) el legislador ha tomado una opción propia de los “inferiores”.

Así pues, la declaración de que N es inválida porque no recoge el auténtico o mejor contenido del valor belleza y, por tanto, no resuelve todos los casos posibles conforme a la mejor aplicación de ese valor, implica, si en verdad se pretende legítima y no asume su autor que se trata de impostura o mera lucha por ver quién manda más: 1) que el valor belleza tiene un contenido objetivo y preciso; 2) que hay sujetos que pueden conocer esos contenidos objetivos y precisos del valor; y 3) que esos sujetos están, por su superior conocimiento del valor o los valores, legitimados por definición para enmendar al legislador, incluso al legislador más democrático.

Tres posibles discrepancias u objeciones debemos tocar en este instante: la de qué pasaría si el legislador fuera dictatorial, tiránico, no democrático, la del constructivismo y la de qué ocurriría si el valor belleza se hallara consagrado en la Constitución como valor supremo de ese ordenamiento e inspirador de todo él. Vayamos con ellas.

¿Y si la norma proviene de un dictador?

Si el legislador fuera un dictador, podría estar política y moralmente muy justificado, más justificado de lo que pueda estarlo en otros casos, que se resistieran sus normas y que se intentara o tenerlas por nulas o hacer un uso alternativo de las mismas. Cuando es un dictador el que legisla, es la preferencia personal de uno solo²⁴ lo que como ley se constituye. Si fue él el autor o inspirador incuestionado de N, habrá puesto en ella su particular concepción de la belleza o su peculiar gusto en ese tema. Tal vez N dice que es tanto más bella una persona cuantos más pelos tiene en las piernas. Los dictadores suelen cultivar extrañas perversiones. Pero, entonces, si queremos atacar la legitimidad o incluso la validez de N, ¿qué aduciremos? ¿Que N es incompatible con el contenido objetivo y real de la belleza o que N es dictatorial, ilegítima por no democrática?

Si yo alego lo primero, que N es inválida por ser su contenido inconciliable con la verdadera belleza, me estoy contraponiendo yo al dictador, estoy oponiendo mi idea de ese valor a la idea de ese autor de N. ¿Con qué autoridad? La única diferencia entre él y yo será el poder. Desde idéntica convicción, probablemente, de que cada uno posee las claves de lo que de verdad significa la belleza, hay uno, él,

²³ Cuando hablemos del legislador aquí, nos estaremos refiriendo siempre a un legislador democrático, aunque sea imperfectamente democrático, es decir, propio de una democracia que no funcione exactamente según los estándares teóricos perfectos o ideales de democracia.

²⁴ Unido, si acaso, a su camarilla o corte de cobistas, pero este detalle da igual en estos momentos.

que puede imponer su idea, y hay otro, yo, al que sólo le queda el recurso de decir que el otro se equivoca y que, por tanto, no vale N; pues, para valer, N debería adoptar mi idea de lo bello.

Así que para que el crítico de la norma del dictador no se “iguale” a él en ese sentido, *su crítica ha de ser no de la validez de la norma por razón de su contenido, sino de la ilegitimidad de la misma por razón de su origen*, su origen dictatorial, antidemocrático, precisamente. Pero, entonces, primero, *la ilegitimidad no es invalidez* y, segundo, la razón de la ilegitimidad no es que el contenido de N no sea conciliable con el contenido real y objetivo, verdadero, del valor en cuestión, sino que *es una razón formal*: es la idea que de tal contenido tiene uno, el dictador, en lugar de ser la idea que de ese valor tiene o podría tener la mayoría social representada democráticamente en el órgano legislativo. Es una razón, por tanto, no sustantiva, sino formal²⁵.

Los tejemanejes del constructivismo

Esta objeción tiende hoy el antiformalista a responderla mediante el recurso al tan manido constructivismo. En esquema, el constructivista es aquel que viene a sostener que, en cualquier sociedad madura y con auténtica democracia deliberativa, la mayoría, o -idealmente- todos, coincidiría en otorgar a cada valor moral el mismo contenido: concretamente el que yo, constructivista, le asigno. Es decir, deliberando en libertad, con suficiente información, con imparcialidad y con buen respeto a las reglas de la argumentación racional, todos llegarían, para cada norma o cada caso, a las mismas conclusiones a las que yo llego por mi cuenta y sin deliberar con nadie. Pues nunca se ha visto un constructivista que formule un enunciado como éste: *“yo, en tal asunto de razón práctica, me inclino o prefiero o estimo más racional la tesis T, pero admito que puede tener más razón este legislador o aquel juez al preferir la tesis T”, ya que seguramente ahí ha tenido lugar un proceso reflexivo y deliberativo más puro que el acaecido en mi mera conciencia*. Jamás se ve un razonamiento así entre los constructivistas. Al contrario, su idea es que si los otros no han llegado a la conclusión de él, es porque no han reflexionado con la imparcialidad que deben ni deliberado con la ecuanimidad necesaria²⁶; es porque los otros no se ponen en el lugar del otro: el mío.

Permítaseme explicar lo del constructivismo todavía de otra forma más. Las éticas constructivistas parten de que nuestros concretos juicios en el campo de la razón práctica pueden y suelen estar viciados por nuestra inevitable inserción en el “mundo de la vida” (determinaciones culturales, sociales, prejuicios compartidos...) y en un entramado de intereses puramente personales, todo lo cual nos determina de manera consciente o, sobre todo, inconsciente. Es decir que cuando yo afirmo “X es

²⁵ Expresémoslo de otra manera: cuando un sujeto dice que la norma N, creada por un tirano, no es Derecho porque es injusta, ¿dicha injusticia se debe al contraste con lo que demanda materialmente la justicia o a que no ha sido producida por un procedimiento democrático? Tenemos que preguntarle a ese sujeto lo siguiente: si estuviera en su mano imponer, como jurídicamente vinculante para todos, una norma N' que fuera en esa materia justa sin tacha, ¿la dictaría usted, aun cuando la mayoría social discrepara de ella y a ella se opusiera a través de sus representantes democráticos? Si ese sujeto responde que sí, es un déspota más, en potencia, pero no ha tenido suerte de hacerse con el poder o no ha llegado todavía su hora. Si responde que simplemente sometería su norma al debate social, la defendería con los mejores argumentos que pudiera y se plegaría al veredicto libre de la mayoría sin poner en duda ni la legitimidad ni la validez de la norma resultante de tal mayoría, sea la suya o sea otra, no hay peligro, estaremos ante un demócrata que tiene su propia concepción de lo justo, como corresponde a un ser humano con criterio y personalidad, pero no tan soberbio como para pensarse superior a los otros.

²⁶ Véase más ampliamente García Amado (2010d: 337).



justo”, y aunque lo haga con la pretensión y el convencimiento de que tal afirmación es racional y de que es racional también la reflexión mía que está en la base, yo seguramente estoy expresando con ese juicio lo que es el producto de mi concreta socialización, de las pautas culturales de esta sociedad en la que vivo e, incluso, de mis intereses, temperamento e inclinaciones puramente personales. Esto, según el constructivismo moral, no ocurriría así si los individuos fuéramos capaces de razonar con prescindencia total de tales condicionamientos sociales y personales, nada más que en cuanto seres humanos genéricos dotados de una razón no desfigurada por esas “contaminaciones”. Así que se propone el siguiente experimento: si somos capaces de imaginar cómo razonaría y a qué conclusiones llegaría, en estas materias de razón práctica (moral, Derecho, política...), un sujeto perfectamente imparcial y no dirigido por prejuicios como aquellos, estaremos reconociendo que eso que pensamos que diría un sujeto imparcial es, por una parte, lo que sostendría cualquier sujeto imparcial, por lo que los acuerdos, incluso unánimes, entre individuos imparciales serían posibles; y, por otra parte, tendremos que admitir que eso que pensamos que pensarían los imparciales es lo verdadera y objetivamente racional, y no lo que opinamos nosotros cuando razonamos tal como somos, condicionados, prejuiciosos y, en consecuencia, no imparciales. Y entonces el constructivista hace su salto y dice: pues ya está, puesto que estoy seriamente convencido de que mi afirmación “X es justo” es la misma que sería objeto del acuerdo entre sujetos razonadores plenamente imparciales y, por tanto, en pleno ejercicio de una razón práctica no manchada de prejuicio, puedo decir que esto que pienso yo (que “X es justo”) es perfectamente racional, aun cuando lo haya pensado yo y no conste que se haya reunido aquella asamblea hipotética de imparciales, llámese auditorio universal, comunidad ideal de diálogo o situación originaria bajo el velo de ignorancia.

Lo que nunca hemos visto hacer a un constructivista es afirmar “X es justo” y añadir luego que eso es lo que le parece a él, que es un sujeto inserto en su horizonte social y personal particular, y que vaya usted a saber si creería lo mismo un individuo sin prejuicios ni influencias sociales, culturales y contextuales. Por eso el constructivismo gusta a tantos que piensan entre sí distinto: porque a todos les parece que les refuerza sus razones, que deberían ser las razones de todos si la gente fuera como es debido. No compromete a nada más que a estar de acuerdo con uno mismo en que uno mismo tiene razón. Es un buen respaldo de la autoestima.

Lo que venimos manteniendo se podría poner a prueba a base de introducir un ejemplo distinto en la legislación dictatorial. Supóngase que la norma N del tirano reza que en los concursos de belleza humana se computará como mérito mayor el grado de estrabismo, de modo que a más estrábico el candidato, más alta puntuación merecerá. ¿Seguiremos manteniendo que se puede discutir la legitimidad de N por no tener un origen democrático, pero no su validez por razón de su muy contraintuitivo contenido? ¿Realmente alguien en sus cabales puede ver belleza superior en el estrabismo? Sí. Con ayuda de historiadores y antropólogos seguro que podríamos dar con alguna cultura pasada o remota en la que los estrábicos son vistos como el *summum* de la guapura. Por las mismas, en ciertas sociedades se desea a los que llevan la nariz atravesada por un palo, las orejas estiradas con pesos o el labio inferior ampliado por una placa redonda de madera. No existe un patrón universal y ahistórico de belleza, salvo que nos pongamos contrafácticos a base de sostener que lo verdadero sólo es lo nuestro y que todos los demás yerran y han errado siempre.

Pero se podrá decir que aquí y ahora nadie -o casi- comparte ese canon de belleza del dictador filoestrábico y que, por consiguiente, no puede ser válida la

norma, por lo que supone de atentado patente contra el valor belleza, pues no olvidemos que para el iusmoralismo las normas del Derecho no pueden oponerse a los valores rectores del mundo y de la vida. Tenemos que hacer algunas consideraciones sobre este argumento.

Para empezar, se ha dado un salto excesivo, no justificado. A partir del mero hecho de que *aquí y ahora* nadie, o casi, comparta ese criterio de belleza, no se puede concluir que tengamos prueba de que N se opone al contenido objetivo del valor belleza. No, a lo que N se opone es al contenido subjetivo del valor belleza para la mayoría, a la idea *socialmente dominante* de belleza, aquí y ahora. Esa incompatibilidad entre la percepción social de tal valor y la plasmación de ese valor en N por obra del tirano, que aplica a la legislación su gusto personal extraño o único, puede suponer un problema para ese legislador, pero en términos prácticos, porque le resultará más difícil hacer cumplir N, al menos mientras no sea capaz de utilizar medios ideológicos, de manipulación de conciencias, para lograr que cambie el sentir social dominante sobre la belleza²⁷. Pero, si somos demócratas, no tenemos por qué confundir legitimidad con eficacia ni con validez. La razón para resistirse a N en este caso no es ni que N tenga dificultades para ser eficaz, por contravenir los valores dominantes, ni que N tenga o no defectos “formales” que la puedan formalmente invalidar. La razón para oponerse a N está en que no es fruto de lo que la sociedad colectivamente decida, a través de *procedimientos* de deliberación libre, elección de representantes y aplicación del sistema de mayorías, sino que nace de la voluntad de uno solo, que está *convencido* de que tiene razón y de que se halla en posesión de la verdad. *El problema es de legitimidad, no de validez.*

La validez y la legitimidad respectivas de N serían exactamente las mismas si, proviniendo del mismo legislador, fuera acorde en su contenido con la idea de belleza socialmente dominante. *Lo que legitima o deslegitima una norma no es lo que la norma dice, sino esto otro: quién y cómo la ha hecho.* Y esto son pautas formales. Un constructivista convertido en dictador y convencido de que su legislación la aprobaría una comunidad de humanos imparciales, aunque la rechace esta lamentable sociedad de descarriados, pariría normas jurídicas igual de válidas, pero idénticamente ilegítimas. Y no perdamos de vista que la razón moral y política más aceptable para oponerse a las normas jurídicas, para pelear por su cambio o mejora y hasta para arriesgarse personalmente con su desobediencia o con la insumisión ante las mismas, no está en que las normas digan sustantivamente esto o aquello, sino *en que no son normas nuestras, sino de alguien que se nos impone con pretensiones de ser y de saber más que nosotros.* Un nazi o un estalinista que desobedezca una norma jurídica alegando su invalidez por razón de la inmoralidad de esa norma no es alguien que nos merezca ningún respeto, aunque haga lo que tantos iusmoralistas que son buenas personas. La diferencia decisiva está en que un nazi o un estalinista nunca dirán seriamente que una norma no merece ser obedecida si su génesis no es suficientemente democrática. Pero *cuando uno es demócrata, tampoco puede tachar de inválida una norma por opuesta a un valor moral, por muy evidente que a uno le parezca el contenido de ese valor y aunque piense que lo darían por bueno los reunidos a la sombra de los cocoteros en la comunidad ideal de diálogo* o en la situación originaria y bajo ese velo de ignorancia que sólo nos tapa un ojo: el de la autocrítica y el escepticismo o la sospecha hasta con las propias convicciones.

²⁷ Al fin y al cabo, muchas tiranías consiguen apoyo de facto para sus gobernantes y sus normas a base de imponer un determinado sistema valorativo como verdadero y único posible. No olvidemos que, por ejemplo, bajo Franco la mayoría social compartía, sin cuestionarlos en lo más mínimo, los valores morales del catolicismo de ese Estado confesional, valores impuestos con manipulación, coacción y violencia.



¿Y si son valores constitucionales?

A estas alturas, el sufrido lector ya tendrá más que claro que lo que en nuestro ejemplo aplicamos a la belleza, en tanto que valor, lo podríamos predicar de pe a pa de valores como la justicia o la dignidad, esos que son cimiento del pensamiento iusmoralista de todos los tiempos y de ahora mismo. Pero, para que se aprecie mejor lo peculiar del iusmoralismo actual, denominado a veces neoconstitucionalismo, hemos de añadir un detalle. Lo haremos a base de jugar un rato más con el valor belleza y dejando que el lector haga las traducciones oportunas. De esta manera conseguimos un cierto distanciamiento que ayuda al análisis.

¿Qué pasaría si la belleza estuviera recogida en la Constitución como valor superior o principio principalísimo, de la misma manera que ahora suelen aparecer la justicia o la dignidad, entre otros? La belleza se habría convertido en patrón de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y, por tanto, en parámetro de validez de dichas normas. Los modos posibles de declarar tal inconstitucionalidad/invalidéz dependerían de las concretas previsiones que al efecto se contuvieran en la propia Constitución y en las normas que formen parte de ese bloque de constitucionalidad.

Si, con arreglo al entendimiento establecido en nuestra cultura jurídica, una norma inferior, en la jerarquía del sistema, es contraria a, antinómica con, una norma superior, en la jerarquía del sistema, dicha norma inferior será inválida²⁸. La ordenación jerárquica de (los tipos de) las normas del sistema jurídico es otro dato tan formal como fundamental, pues sin él faltaría una pauta crucial para resolver las antinomias dentro del sistema; por ejemplo, si una norma reglamentaria contradice una norma constitucional, podría declararse la nulidad de la una o de la otra, indistintamente, o según otros criterios de ordenación, como el de la importancia que el operador les asigne respectivamente. Un reglamento, mismamente, podría reformar la Constitución sin más. Además, sin jerarquía de normas tampoco cabría jerarquía u orden de los órganos y las instituciones²⁹, y usted y yo podríamos, con un simple contrato, dejar sin efecto, al menos para nosotros, una norma legal imperativa; por ejemplo, una que establezca las condiciones de validez de los contratos.

Demos, pues, por sentado el funcionamiento del orden jerárquico de las normas en un sistema jurídico SJ, y el consiguiente modo de solucionar las antinomias entre norma superior e inferior. Pensemos, seguidamente, que hubiera *en la Constitución* de SJ un precepto (N) que dijera así, exactamente así:

N: *“Supremo valor de este ordenamiento jurídico es Ω , y no será válida ninguna norma infraconstitucional que a Ω se oponga”*.

²⁸ Lo que quiere decir que podrá o deberá declararse su nulidad, invalidez, cuando se cumplan las condiciones de legitimación, competencia y procedimiento que el propio sistema siente a ese propósito. Pero no interesa aquí, en este instante, complicarse con estas precisiones, por lo demás obvias.

²⁹ Como nos recuerda Frederick Schauer (2008a: 434): “the debate about formalism in constitutional law is not only a debate about empowering or disempowering judges but is also one about empowering or disempowering presidents, generals, admirals, sergeants, cabinet officials, members of Congress, regulators, bureaucrats, city councilors, and police officers”. Y en su trabajo “A Critical Guide to Vehicles in the Park” (Schauer, 2008b: 1128-1129) nos dice este mismo autor que “sometimes the language of a rule generates a bad result, and sometimes we have to live with that bad result as the price to be paid for refusing to empower judges or bureaucrats or police officers with the authority to modify the language of a rule in the service of what they think, perhaps mistakenly, is the best outcome. This is the argument for a plausible formalism”.

¿Qué normas infraconstitucionales podríamos -o podrían los órganos para ello competentes y siguiendo el procedimiento debido- declarar nulas por oponerse a “Ω”? Todas o ninguna, según se mire. Pues la expresión “Ω”, como tal, carece de cualquier contenido semántico, no tiene referencia, salvo que el signo que representa esa letra griega, la omega. La presencia de N en la Constitución podría ser vista de tres maneras:

a) Como norma fallida o absurda, como norma carente de contenido normativo real y que, por consiguiente, no puede admitir ninguna aplicación ni operar como pauta de control de constitucionalidad de norma ninguna de SJ.

b) Como norma de contenido absolutamente indeterminado, pero que, por lo mismo, faculta al intérprete para aplicar pautas enteramente subjetivas y discrecionales que la rellenen; se trataría de una norma que habilita para que los órganos de control se empleen con libertad a la hora de eliminar de SJ las normas infraconstitucionales que no resulten de su gusto o les parezcan inconvenientes por cualquier razón; sería una norma-comodín para la declaración de inconstitucionalidad.

c) Como norma que remite a contenidos materiales objetivos y por sí mismos subsistentes, fundamentalmente contenidos morales, valores. Remite a ellos sin mencionarlos por su nombre, y con esa aparente habilitación en blanco simplemente da lugar a que los órganos decisorios en el control de constitucionalidad puedan hacer valer cualquier atentado legal contra los valores morales (o estéticos, o económicos, o políticos, o religiosos..., los que queramos) sin tener que embarcarse en ociosas disquisiciones semánticas y en estériles nominalismos.

39

Este último sería el planteamiento antiformalista por antonomasia. Al fin y al cabo, para el antiformalismo lo esencial, tanto a la hora de decretar la validez de las normas jurídicas como a la de aplicarlas, no es el significado lingüístico, la semántica, la referencia, idioma en mano, de una determinada expresión o un cierto enunciado, sino que lo que más importa es que se haga el debido homenaje, en tales decisiones, a los valores que para ellas concurren, empezando por el mandato de hacer justicia por encima de “vacíos formalismos”. Pues problema resuelto, basta meter en cada constitución una expresión como la de N.

Ahora hagamos una segunda versión, modificada, de N. Llamémosla N’:

N’: *“Supremo valor de este ordenamiento jurídico es la justicia, y no será válida ninguna norma infraconstitucional que a la justicia se oponga”*.

¿Qué normas infraconstitucionales podrían ser declaradas inválidas por oponerse a la justicia? Todas o ninguna, según se mire. Depende de cuán firme sea, en el operador jurídico de turno, su convicción de que lo que él piensa o cree que puede averiguar, con una buena reflexión, que es justo se corresponde con el contenido objetivo y verdadero de la justicia. Cuanto mayor sea un convencimiento así, tantas más normas se declararán inconstitucionales por injustas, y con la conciencia tranquila y la seguridad de estar aplicando Derecho auténtico, y del más profundo, y la Constitución misma en su más íntima esencia. Se puede hacer de esa guisa con sumo gusto, pues jamás ese operador jurídico va a sufrir desgarro moral: nunca fallará contra sus convicciones morales; es decir, en la idea de que una cosa es lo que tenga por justo él y otra la justicia objetiva que, como valor supremo, la Constitución expresamente acoge. Si la norma legal se enfrenta a mi concepción de lo justo, peor para la norma legal, pues será inconstitucional por contraria al valor constitucional de la justicia. Porque va de suyo que no voy yo a pensar que



mantengo posiciones morales erróneas, ya que, de creerlo así, las rectificaría de inmediato, para que la justicia mía no discrepara de la justicia verdadera, para que mis elecciones morales volvieran a ser las correctas. Con lo que el juez de los juicios jurídicos de aplicación de la norma jurídica de justicia será siempre mi conciencia, tenida por conciencia cognoscente de lo verdadero, eso sí. Una suerte y una gran tranquilidad para el espíritu en estos tiempos de pluralismos disolventes y de multiculturalismos enigmáticos.

A la inversa, cuanto menor sea el convencimiento de que la justicia exista objetivamente como valor con contenidos predeterminados, preestablecidos, y/o de que resulte posible conocer con objetividad los contenidos objetivos y racionales de lo justo, tanto menor será la tendencia -al menos entre escépticos mínimamente honestos- a anular o inaplicar normas por antinómicas con ese valor.

Así que tenemos, aun en esta versión de N', las mismas tres posibles actitudes que vimos a propósito de N:

a) Unos piensan que ese término, "justicia", es demasiado indeterminado o dependiente de consideraciones enteramente personales, como para que pueda y deba ser propiamente utilizado en el control de constitucionalidad. Bajo esta óptica, no serían muy distintos los efectos de aplicar N o N'a tal propósito. Se temen las consecuencias disolventes y de inseguridad de un judicialismo extremo, como el que propiciarían tanto N como N', tomadas a pecho como pautas de control. El positivismo normativista suele andar por estos lados.

b) Otros comparten ese escepticismo semántico, pero hacen de la necesidad virtud y o bien ven ventajas en tanta indeterminación que aumenta desmesuradamente la discrecionalidad judicial, a fin de que el juez ponga orden donde el legislador no suele hacerlo, o bien, con un escepticismo extremo, piensan que no hay más cera que la que arde y que siempre, en todo caso y con toda norma es el juez el que tiene la sartén por el mango y en toda ocasión hará de su capa un sayo, diga la norma "justicia" o diga "treinta y tres". El realismo jurídico acostumbraba a transitar por estas veredas.

c) Otros se sentirán reconfortados porque el Derecho mencione expresamente las partes suyas que más cuentan e importan, los valores morales, y ante todo y sobre todo, el de justicia. Aunque no fuera expresamente mencionado, ya estaría ahí, presente en el trasfondo de todo sistema de normas jurídicas que verdaderamente sea un sistema de Derecho y no de arbitrariedad y abuso. Pero la ventaja de esa mención expresa, dicen los iusmoralistas, es que así ya no nos podrán llamar iusnaturalistas. Ya somos igual de "positivistas" que los otros, pues no necesitamos salirnos del Derecho positivo y positivado para sostener que la parte primera y principal de cualquier sistema de normas jurídicas válidas es la parte moral. Ahora, con la moral constitucionalizada, ya no pueden haber dudas.

Y entonces, ahí, *es cuando los iusmoralistas se hacen formalistas extremos.*

Llegamos por fin a lo que más nos interesa y justifiquemos nuestra afirmación de hace un instante: ¿por qué serían formalistas extremos los iusmoralistas mencionados un par de veces en c)? Respuesta: porque *no admiten excepciones para la validez de las normas que pasan el filtro de "su" sistema, ni excepciones para su aplicación a los casos.* Ese iusmoralismo que hemos denominado iusmoralismo generalizante no es casuístico, sino que entiende que existen una serie de normas contenidas en o desprendidas de valores de alcance general, y que cuando una norma o una decisión son acordes con o vienen exigidos

por una de esas normas que son válidas por conformes con ese contenido axiológico, no cabe excepción ninguna. Sí pueden excepcionarse unas a otras, mediante un mecanismo que no es de verdadera excepción, sino de mutuo acomodo o recíproca delimitación del alcance de cada una de esas normas-valores. Que ese acomodo o delimitación tenga lugar caso por caso no hace casuístico el sistema, dado que con la reflexión o ponderación caso por caso, conocemos hasta dónde alcanza objetivamente y en su "valor" o peso cada una de esas normas de contenido preestablecido; pero no fijamos, nosotros, tales alcances respectivos, sino que los averiguamos. Y los averiguamos gracias al empleo de los métodos apropiados para tal propósito, que pueden ser los generales de la razón práctica o, en ciertos conflictos especiales, el particular de la ponderación.

El iusmoralista admite, por supuesto, que, desde ese estrato superior de juridicidad que son los valores morales, una norma se invalide o se excepcione en su aplicación al caso. Pero eso es nada más que una consecuencia del modo como funciona, en el iusmoralismo, el criterio jerárquico, con un peldaño más que para el positivista, y de naturaleza diferente: por encima de las normas positivas, formalmente legisladas, están esas normas morales que reflejan o expresan valores. Y de la misma manera que, para el positivista de siempre, puede una norma constitucional ser la base para la invalidación de o para la excepción a la norma legal o reglamentaria, *pero no a la inversa*, así para el iusmoralista, yendo *un paso más arriba*, puede la norma moral que es también jurídica *per se* justificar la invalidación o inaplicación al caso de la norma reglamentaria, legal y hasta constitucional; *pero no a la inversa*.

Una norma superior de ese sistema del iusmoralismo, una norma moral-jurídica, únicamente puede ser inaplicada en un caso por causa de que concurra preferentemente para ese caso otro valor, otra norma del mismo género, teniendo en cuenta que se presupone también un armonicismo³⁰ axiológico, y no una auténtica tensión dialéctica profunda o una incompatibilidad de fondo entre esos valores ético-jurídicos, pues si tal tensión existiera, decidirían los casos propiamente los jueces y no los valores mismos: habría discrecionalidad, y mucha, y ningún método otorgaría certeza y solución correcta en clave de razón práctica si resultara que hay muchos valores morales que son plenamente Derecho, sí, pero cada uno justifica soluciones diversas y no hay manera de *saber* más.

Otra diferencia importante es que mientras que para el iuspositivismo las normas supremas, las constitucionales, no son en sí inmutables, ya que cabe la reforma constitucional, regulada por el propio sistema, o cabe que se torne Derecho una constitución nueva y revolucionaria, por vía de su eficacia y reconocimiento, para el iusmoralismo las normas supremas suyas son irreformables. Pues, ¿cómo se reforma una norma moral objetivamente correcta y verdadera? A lo mejor tiene su propia dinámica interna ese sistema moral, hay quien incluso ha hablado de cosas tales como un "derecho natural de contenido variable"; pero lo indudable es que en un momento dado, si presumimos que hay unos valores morales de contenido tangible y apto para la solución jurídicamente correcta de casos jurídicos, esos valores son los que son y ni pueden verse como resultado de reformas intencionadas llevadas a cabo por nadie ni enmendables por nadie que plantee alternativas o contra su verdad y vigencia se rebele. Una Constitución puede cambiarse por vía constitucional o por vía fáctica, por lo que las normas jurídicas supremas de los formalistas iuspositivistas son de contenido inestable y siempre

³⁰ En alguna versión del positivismo puede aceptarse que existan normas constitucionales inconstitucionales, pero en el orden supremo de valores ético-jurídicos del iusmoralismo no tiene sentido pensar en supremas normas ético-jurídicas inmorales. Puestos a presuponer esos valores y su orden, presumiémoslos buenos y congruentes. Si no, para qué.



provisional, digámoslo así; el formalismo iuspositivista es un formalismo sustantivamente dependiente de circunstancias aleatorias. El formalismo iusmoralista, no, pues es un *formalismo sustantivo*, si así cabe decir. El repertorio de valores superiores que son moral y Derecho, que son Derecho por ser morales, es el que es y no admite reformas ni revoluciones de un mes para otro. Por eso el *formalismo iusmoralista* tiene una base sustantiva más fuerte que el del iuspositivismo. *El positivista suele ser formalista por demócrata; el iusmoralista es formalista (inconfeso) por otro tipo de razones.*

El iusmoralismo generalizador no se pretende casuístico, sino plenamente sistemático. Pero no puede ser sistemático sin ser formalista: sin establecer correlaciones necesarias entre normas y (soluciones de grupos de) casos. Para no ser formalista tendría que dejar la solución de cada caso al libre dictado de la discrecionalidad o la conciencia (incluso la conciencia moral, pero libre, puramente individual) de cada juez en cada caso, como quizá proponía en su momento la Escuela de Derecho Libre. Pero eso ni quiere ni puede hacerlo este iusmoralismo, pues, entonces, para qué todo el énfasis en que en el fondo del sistema jurídico y en lo íntimo de la Constitución habitan valores generales que aportan soluciones para casos y que pueden conocerse con los oportunos métodos de razón práctica.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2007), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARCIA AMADO, J.A. (2010a), "Interpretar, argumentar, decidir", *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GARCIA AMADO, J.A. (2010b), "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", *El Derecho y sus circunstancias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GARCIA AMADO, J.A. (2010c), "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", *El Derecho y sus circunstancias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- GARCIA AMADO, J.A. (2010d), "Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", en BONORINO, P. (ed.), *Teoría del Derecho y decisión judicial*, Bubok, Madrid.
- LEITER, B. (2007), "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- LYONS, D. (1993), "Legal formalism and instrumentalism –a pathological study", *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge.
- OGOREK, R. (1986), *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Köln/Wien.
- SAUCA, J.M. (2009), "Cognoscitivismo y Rule of Law. Sobre los límites del formalismo", en REDONDO, M.C., SAUCA, J.M. y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- SCHAUER, F. (2008a), "Formalism: Legal, Constitutional, Judicial", en WHITTINGTON, K.E., KELEMEN, R.D., CALDEIRA, G.A. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford.
- SCHAUER, F. (2008b), "A Critical Guide to Vehicles in the Park", *New York University Law Review*, Vol. 83, pp. 1109-1134.
- STONE, M. (2002), "Formalism", en COLEMAN, J. y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford/New York.

- SUNSTEIN, C.R. (1999), "Must Formalism be Defended Empirically?", *The University of Chicago Law Review*, Núm. 33, pp. 636-669.
- TAMANAHHA, B.Z. (2010), *Beyond the Formalist-Realist Divide*, Princeton University Press, Princeton/Oxford.
- WEINRIB, E.J. (1995), "Formalism", *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge.

