

## I ARTÍCULO

### **PALABRAS MORALES EN LAS CONSTITUCIONES. UNA CUESTIÓN DE LECTURAS<sup>1</sup>**

Roberto M. Jiménez Cano  
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción 01/11/2011 | De aceptación: 22/06/2012 | De publicación: 30/06/2012

#### RESUMEN.

El presente trabajo pretende indagar y analizar las fuentes de significado de las diferentes referencias morales contenidas en las constituciones. El trabajo, así, envolverá varias posibles interpretaciones o “lecturas” acerca de tales fuentes de significado. Por ejemplo, se analizará una lectura intencional, una lectura literal, una lectura moral, una lectura pragmática. Todas ellas consecuentes con los tipos de interpretación más usuales en la literatura iusfilosófica actual. Tras apuntar los diversos inconvenientes de todas esas lecturas, en el trabajo se apostará por una “lectura personal”, es decir, por la subjetividad como fuente de significado de las palabras morales en las constituciones.

#### PALABRAS CLAVE.

Interpretación constitucional, decisión judicial, significado, moral objetiva, moral social, moral subjetiva

#### ABSTRACT.

This paper aims to explore and analyze the sources of meaning of different moral references contained in constitutions. The work thus involves several possible interpretations or readings about such sources of meaning. For example, intentional reading, literal reading, moral reading, and pragmatist reading. All of these consistent with the most common types of interpretation in the current legal philosophy. After explaining the unsuitable of all these readings, this paper will defend a “personal reading”, namely the subjectivity as the source of meaning of moral words in constitutions.

#### KEY WORDS.

Constitutional interpretation, judicial decision, meaning, objective morality, social Morality, subjective morality

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La lectura intencional. 3. La lectura literal. 4. La lectura moral. 5. La lectura pragmática. 6. A modo de conclusión: la lectura personal.

## 1. Introducción

El hecho de que las constituciones contienen o suelen contener multitud de referencias a conceptos morales no parece discutible. Catálogos de derechos, menciones a valores éticos, principios morales o ideales de justicia son encontrados por doquier con la simple lectura de un texto constitucional. Tal cantidad de alusiones y el ingente número de trabajos al respecto contrastan, sin embargo, con la ausencia casi generalizada de respuestas a la siguiente pregunta: ¿a qué clase de patrones se refieren las palabras

morales que aparecen en las constituciones?<sup>2</sup>.

Las diversas propuestas que en los últimos años se han barajado al respecto permiten aventurar que la pregunta anterior tiene, al menos, el interés propio de una cuestión que no disfruta de una respuesta compartida, clara y evidente. El asunto que aquí se aborda no es desentrañar el significado específico que cada uno de esos ideales, valores o principios morales poseen o se les atribuyen ni a nivel filosófico ni en cada sistema jurídico particular, sino intentar esclarecer la fuente de significado de todos ellos con carácter general. Y con ese mismo carácter general las respuestas que se han dado a la pregunta “¿a qué clase de patrones se refieren las palabras morales

---

<sup>2</sup> Waluchow, W.J.; *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basado en el Common Law, un árbol vivo*, trad. P. de Lora, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 313.

que aparecen en las constituciones?” pueden sintetizarse en cinco<sup>3</sup>.

En primer lugar (§2), se podría atender a lo que consideraban moral o inmoral los redactores de las normas constitucionales o, en términos tradicionales, para desenmarañar el significado de tales palabras morales habría que recurrir a la voluntad del constituyente. En segundo lugar (§3), la cuestión podría resolverse atendiendo a lo que el propio texto constitucional “dice”, es decir, atender al significado literal de las palabras morales que contienen las constituciones. En tercer lugar (§4), cabría entender que las referencias constitucionales a la moral son apelaciones a una moral objetiva y que, por ende, se deberían aplicar los preceptos pertinentes de este tipo de moral. En cuarto

lugar (§5), podría averiguarse el objetivo al que sirve el sistema constitucional en cuestión e interpretar la norma de acuerdo con la mejor manera de alcanzar dicho fin según el intérprete. En quinto y último lugar (§6), es posible llegar a la conclusión de que los conceptos morales son tan controvertidos que ninguna de las anteriores respuestas es satisfactoria y que, por ende, la solución viene dada por el propio operador jurídico atendiendo a su propia discrecionalidad.

## 2. La lectura intencional

Imagínese la siguiente situación. Dos amigos están tomando un café mientras discuten acerca de una manifestación de enfermos del corazón, a la que acudió uno de ellos, que reclamaban la implantación en la Sanidad pública de los últimos avances médicos para tratar las enfermedades cardiovasculares. El asistente a la manifestación comentaba que durante su celebración no autorizada frente al Ministerio de Sanidad, en un momento dado, algunos

---

<sup>3</sup> Moreso, J.J.; “La lectura moral del Derecho”, *Revista de libros*, 142, 2008, pp. 11-12 y “Tomates, hongos y significado jurídico”, en Moreso, J.J., Prieto, L., Ferrer, J.; *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 17 y ss.

manifestantes —él mismo entre ellos— quisieron entrar en la sede ministerial para entregar a la Ministra un manifiesto en el que se demandaban tales mejoras. En ese momento, las fuerzas de seguridad impidieron su entrada recurriendo al uso de la fuerza, empleando porras eléctricas. El manifestante, que fue agredido por la policía, exclamaba que se sentía vejado y que ese trato policial le parecía degradante. El otro contertulio, un estudiante universitario, le interrumpió para decirle “pues he leído en la Constitución que nadie pueda ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. “¿Y qué son ‘tratos crueles o degradantes?’—interpeló el agredido. “¡Pregúntaselo a los que hicieron la Constitución!” —respondió el universitario.

La respuesta del estudiante conduce a lo que, en el ámbito estadounidense se ha denominado “originalismo” (o intencionalismo en el europeo continental) y que otorga autoridad a las intenciones de los redactores

o padres fundadores en lugar de a sus sucesores, diferenciando entre el verdadero significado de un precepto constitucional y su subsiguiente interpretación<sup>4</sup>. El originalismo en realidad envuelve dos pretensiones diferentes, una de teoría literaria y otra de teoría política<sup>5</sup>. El argumento literario se basa en la idea de que el significado de un texto no es otra cosa que aquello que su autor quiso comunicar. El argumento político, por su parte, se fundamenta en la creencia de que para evitar el activismo y la discrecionalidad judicial, asegurar la separación de poderes, el imperio de la ley, la certeza jurídica y preservar la democracia como base de un Derecho fruto de la voluntad del legislador lo único que puede hacerse es una aplicación neutral de la

---

<sup>4</sup> Brest, P.; “The Misconceived Quest for Original Understanding”, *Boston University Law Review*, 60, 1980, p. 204, Powell, H.J.; “Rules for Originalists”, *Virginia Law Review*, 73, 1987, p. 676 y Maltz, E.; “Forward, The Appeal of Originalism”, *Utah Law Review*, 1987, p. 773.

<sup>5</sup> Goldford, D.J.; *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 122.

constitución guardando fidelidad a la intención de los constituyentes<sup>6</sup>.

Ahora bien, la pretensión de que es posible conocer la voluntad original de los redactores de las normas jurídicas ha sido uno de los blancos de las objeciones a los que se ha tenido que enfrentar la teoría de la intención original. Este conjunto de críticas pueden catalogarse dentro de dos categorías diferentes, la empírica o historiográfica y la teórica o normativa<sup>7</sup>.

La objeción empírica se articula alrededor de dos frentes. El primero afecta a *quién*, es decir, se trata de las dificultades de

---

<sup>6</sup> Bork, R.; *The Tempting of America, The Political Seduction of the Law*, New York, Free Press, 1990, pp. 146 y 153. En efecto, la exigencia iluminista de la separación de poderes demanda que el Derecho sea únicamente creado por el legislador, mientras que los jueces son meramente su boca, sólo pueden aplicarlo, sin más (Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. M. Blázquez y P. de Vega. Madrid: Tecnos, 6ª ed., 2007, Libro XI, Cap. VI, pp. 175-187.). De manera que ninguna interpretación por parte del juez era aceptada, pues “interpretar” parecía implicar cierto ámbito de discrecionalidad judicial y, por ende, de creación judicial del Derecho contraria a la doctrina de la división de poderes. Véase a este respecto Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, trad. R. de Asís y A. Greppi. Madrid: Debate, 1993, p. 94.

<sup>7</sup> Goldford, D.J.; *The American Constitution and the Debate over Originalism*, cit., pp.146-153.

determinar la condición de “constituyentes”, “padres fundadores”, “promulgadores” o “redactores” del texto constitucional. El segundo frente se desarrolla en torno al *cómo*, esto es, a la cuestión de la posibilidad de determinar *sus* intenciones<sup>8</sup>. En efecto, por un lado, no queda claro a quién cabe atribuir la autoría de las normas constitucionales. Piénsese por un momento en el caso de la Constitución Española. ¿A quiénes se puede considerar autores de ésta?, ¿a los ponentes constitucionales?, ¿a los miembros de las comisiones?, ¿a los diputados que votaron el texto?, ¿al pueblo que lo ratificó? Por otro, hablar de las intenciones de los autores no entraña desenmarañar la intención de cada autor individualmente —lo que cada uno pensaba

---

<sup>8</sup> Kay, R.S.; “Adherence to the original intentions in constitutional adjudication, three objections and responses”, *Northwestern University Law Review*, 82, 1988, pp. 243-250. Sobre la imposibilidad de obtener una única intención o un único significado véase esta misma obra en pp. 236-243. Véase, también, Lyons, D.; *Aspectos morales de la teoría jurídica*, trad. S. Álvarez, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 192 y 193. Acerca de las intenciones del legislador en general puede verse Marmor, A.; *Interpretación y teoría del Derecho*, trad. M. Mendoza, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 201-236.

que sus palabras significaban para otros—, cosa de por sí harto dificultosa, sino que, realmente, requiere concretar la voluntad *colectiva* de dichos autores<sup>9</sup>. La labor de determinar tal intención colectiva y proyectarla al futuro sería —se ha señalado— prácticamente imposible de realizar y no dejaría de ser un ejercicio de imaginación<sup>10</sup>. Por último, descubrir la voluntad del constituyente necesita, en especial cuando su origen se aleja en el

---

<sup>9</sup> En este sentido, a juicio de Larry Simon, el originalismo presupone tres pretensiones. En primer lugar, que, como un asunto de realidad psicológica e histórica, existió un estado mental colectivo de un grupo de personas que participaron en la redacción o en la adopción original de una constitución y que tal estado mental determina los significados que dichas personas -como grupo- pensaron que tenían los diferentes preceptos constitucionales. En segundo lugar, que los operadores jurídicos pueden actualmente, a través de una investigación histórica, llegar a comprender de manera razonablemente fiable y cierta ese estado mental relacionado con un número sustancial de preceptos constitucionales. Y, en tercer lugar, que el significado proporcionado por la investigación de este estado mental está dotados de autoridad, si no descriptivamente (porque los tribunales de hecho no dan a la constitución esos significados), sí al menos normativamente (es decir, al documento se le deben dar esos significados). Vid. Simon, L.; "The Authority of the Constitution and Its Meaning, A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation", *Southern California Law Review*, 58, 1985, p. 636.

<sup>10</sup> Brest, P.; "The Misconceived Quest for Original Understanding", cit., p. 221.

tiempo, tanto de la consideración de una masa enorme de material que implica, además, una evaluación de su fiabilidad, como el adentrarse en la atmósfera filosófico-política, en las costumbres, las actitudes y los prejuicios de una época que no es la actual. Esto, tal y como se ha esgrimido, precisa del originalista una tarea más propia del historiador que del jurista<sup>11</sup>. Y tal investigación histórica es, para los críticos, una empresa harto complicada<sup>12</sup>.

Finalmente, incluso si tal histórica intención colectiva lograra conocerse, no podría determinarse aún sus intenciones sobre multitud de problemas actuales que ni

---

<sup>11</sup> Scalia, A.; "Originalism, The Lesser Evil", *University of Cincinnati Law Review*, 57, 1989, pp. 856-857.

<sup>12</sup> Sobre estas objeciones puede verse Brest, P.; "*The Misconceived Quest for Original Understanding*", cit., pp. 204-254, Powell, H.J.; "Rules for Originalists", cit., pp. 673-74, Kay, R.S.; "Adherence to the original intentions in constitutional adjudication, three objections and responses", cit., pp. 250-253, Huston, J.H.; "The Creation of the Constitution, The Integrity of the Documentary Record", *Texas Law Review*, 65, 1986, pp. 1-39, Dworkin, R.; *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1986, pp. 318-327 y 363-369, Leonard, W.; *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York, Macmillan, 1988, pp. 1-30.

siquiera pudieron imaginarse<sup>13</sup>. Además, cuando se está ante un texto normativo promulgado hace centenares de años, como es el caso de la Constitución de los Estados Unidos, el significado actual de un término moral puede ser enormemente dispar al del revelado por la intención original.

La crítica teórica o normativa, por su parte, considera que el problema para descubrir (y describir) las intenciones no es tanto la dificultosa tarea, cuando no improbable, de investigación histórica, sino la imposibilidad de aprehender todo un contexto histórico ajeno sin recrear el propio contexto presente del intérprete. En este sentido, Ronald Dworkin ha considerado que no existe algo así como una intención de los padres fundadores esperando a ser

descubierta, tan sólo hay algo que espera ser inventado<sup>14</sup>. Por tanto, al ser la intención no tanto descubierta como construida el originalismo envuelve en realidad una propuesta estipulativa, no meramente descriptiva de las intenciones, y, por ende, prescriptiva.

Tal construcción o prescripción seguramente pretende asegurar el argumento político defendido también por el originalismo. A este respecto parece razonable considerar que desde el momento en que los jueces no son responsables de sus decisiones ante las mayorías electorales, éstos deben ser responsables ante los padres fundadores. Si los jueces no se mantuvieran fieles a las intenciones de los constituyentes, entonces no serían responsables en absoluto y su poder devendría antidemocrático. De la misma manera, afirmar que se está ante un

---

<sup>13</sup> Es cierto, no obstante, que todos estos inconvenientes “históricos” quedan muy reducidos si se trata de constituciones recientes, de las cuales se guardan un vasto material documental. Véase a este respecto Tarr, G.A.; *Comprendiendo las constituciones estatales*, trad. D.A. Barceló, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 299-300.

---

<sup>14</sup> Dworkin, R.; *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, p. 39.



gobierno de leyes y no de hombres necesita que los jueces, a la hora de resolver los casos, se atengan precisamente a la constitución y no a sus propios valores<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Goldford, D.J.; *The American Constitution and the Debate over Originalism*, cit., p. 125, Bork, R.; *The Tempting of America*, cit., p. 143. Este razonamiento político del originalismo es la base del argumento contramayoritario frente al control de constitucionalidad de las leyes (*judicial review*). Sobre este debate puede verse Gargarella, R.; *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter antimayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, Bayón, J.C.; “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, J., Laporta, F., de Páramo, J.R. y Prieto, L. (coords.); *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, Ferreres, V.; *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2007, Linares, S.; *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2009, Bellamy, R.; *Constitucionalismo político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, trad. S. Gallego y J. Urdanoz, Madrid, Marcial Pons, 2010. No obstante, tal argumento político ha sido objeto de varias críticas, las cuales han orbitado sobre dos ejes, el dudoso carácter democrático de un proceso con escasa participación popular y la ilegitimidad de que las opiniones de esa parte reducida del pueblo obliguen a futuro. Aunque se invoque al “Pueblo” como sujeto aceptante de la constitución y obligado por ello, lo cierto es que, tratándose de constituciones adoptadas hace siglos como la de los Estados Unidos, la versión intencionalista del originalismo no tiene en cuenta al Pueblo, sino a una mínima parte de él, a los padres fundadores, los redactores o promulgadores de la constitución, quedando fuera del proceso decisorio no sólo una gran parte de los varones adultos blancos, sino las mujeres, los niños, los esclavos y los indígenas. Además de esta falta de legitimidad política, se señala la dudosa legitimidad moral de ese pequeño grupo de personas que creó obligaciones político-jurídicas partiendo de ideas tales como que las mujeres no eran iguales a los hombres, que la esclavitud era una institución digna de

### 3. La lectura literal

Piénsese de nuevo en el diálogo que mantenían los dos contertulios con los que se comenzó el aparatado anterior. Sin embargo, ahora, ante la pregunta del manifestante “¿y qué son ‘tratos crueles o degradantes?’”, el estudiante universitario contestase “bueno, pues quiere decir que no puedes ser tratado de manera indigna o humillante, como más o menos señala el Diccionario”.

La respuesta del estudiante desvela el significado literal de algunas de las palabras que concurren en la oración, que constituye a la sazón el primer inciso del art. 15 de la Constitución Española, “todos tienen derecho

---

perpetuarse o que los indios debían someterse. Finalmente, no existe justificación de cómo en esas condiciones las opiniones tomadas en el pasado pueden obligar a las personas del presente. Véase al respecto, Lyons, D.; *Aspectos morales de la teoría jurídica*, cit., pp. 196-197. Obviamente todos estos problemas políticos decrecen en constituciones más democráticas y más cercanas en el tiempo, pero, en todo caso, el argumento político sólo sirve para las democracias y no para los sistemas jurídicos de origen no-democrático (Raz, J.; “La intención en la interpretación”, trad. J.J. Moreso y P.E. Navarro, *Doxa*, 20, 1997, p. 208).



a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Esta oración se puede descomponer en varios enunciados más simples y, entre ellos, interesa “nadie puede ser sometido a tratos inhumanos o degradantes”. Pues bien, el estudiante ha tomado las palabras de ese enunciado como vocablos de uso común<sup>16</sup> y ha entendido su significado literal de acuerdo con las reglas semánticas del idioma español, acudiendo al Diccionario de la Real Academia. No obstante, el estudiante no ha descuidado emplear las reglas sintácticas del mismo idioma para entender que, realmente, el significado literal sólo puede predicarse de oraciones completas y que las palabras, por tanto, sólo tienen sentido en tanto que contribuyen a determinar el significado de las

<sup>16</sup> El uso lingüístico social vigente en el momento de la aplicación efectiva de la norma en cuestión sería el significado relevante de cualquier expresión (Hart, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, trad. G.R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 160).

oraciones en las que concurren<sup>17</sup>. De este modo, a través de las reglas semánticas y sintácticas del idioma español, y acudiendo, en su caso, a sinónimos<sup>18</sup> el estudiante también podría decir que el enunciado “nadie puede ser sometido a tratos inhumanos o degradantes” significa que “ninguna persona puede recibir cuidados faltos de humanidad y que le priven de dignidad o le humillen”.

No obstante, que el estudiante haya acudido al uso ordinario de los términos que concurren en el enunciado descrito puede que no haya resuelto la pregunta de su interlocutor: “¿qué son tratos crueles o degradantes?” o, en concreto, ¿pegar con una porra eléctrica en el caso descrito es un

<sup>17</sup> Frege, G., «Los fundamentos de la aritmética» (1884), trad. U. Moulines, en *Escritos filosóficos*, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 38 y 103; Dummett, M., “La teoría del significado en la filosofía analítica”, trad. A. López, *Cuaderno gris*, IIIª Época, nº 4, 1999, p. 93.

<sup>18</sup> Los sinónimos son imprescindibles para definir conceptos como se ha apuntado en Quine, W.V.O.; “Dos dogmas del empirismo” (1951), en *Desde un punto de vista lógico*, trad. M. Sacristán, Barcelona, Orbis, 1984, pp. 49-70, en Carnap, R.; *Autobiografía intelectual* (1963), trad. C. Castells, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 222-224 o, en el ámbito iusfilosófico, Scarpelli, U.; *¿Qué es el positivismo jurídico?* (1965), trad. J. Hennequin, Puebla, Cajica, 2001, p. 53.

trato degradante? Por una parte, puede ser necesario además de conocer las reglas semánticas y sintácticas de un idioma acudir a las circunstancias de uso de los vocablos o de los enunciados para poder aclarar qué son tales tratos<sup>19</sup>. En definitiva, el significado relevante a los efectos de la comunicación lingüística, en este caso la comunidad hispanohablante, no es otro que el significado literal, esto es, el sentido público, accesible y común determinado por convenciones tanto semánticas como sintácticas usadas, conocidas, reconocidas y compartidas por todos los hablantes

---

<sup>19</sup> Enfrentarse a un lenguaje natural implica una investigación empírica de los hábitos del habla. En este sentido, la semántica, en el caso de los lenguajes naturales, posee un carácter pragmático y relaciona el significado con los usuarios, los usos y las circunstancias de la comunicación (Carnap, R.; 1947: *Meaning and Necessity. An Study in Semantics and Modal Logic* (1947), Chicago, University of Chicago Press, 2ª ed., 1956, pp. 233-ss. y *Fundamentación lógica de la física* (1966), trad. N. Mingüens, Barcelona, Orbis, 1985, p. 225. Ideas todas ellas que tienen cierto entronque con la afirmación de que “el significado de una palabra es su uso en el lenguaje” (Wittgenstein, L.; *Investigaciones filosóficas* (1953), trad. A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, p. 61).

competentes en un determinado idioma en cada momento<sup>20</sup>.

El uso es especialmente importante en las palabras jurídicas, pues éstas “sólo pueden ser elucidadas considerando las condiciones bajo las cuales son verdaderos los enunciados en los cuales aquéllas tienen su característico uso”<sup>21</sup>. Y si bien es cierto que en los textos jurídicos pueden encontrarse palabras de uso común (como “centímetro”) que no pertenecen al lenguaje técnico-jurídico, uno se puede tropezar, además, con palabras técnicas (como “usucapión”) o palabras que tienen distintos significados en el lenguaje ordinario y en el lenguaje jurídico (como “repetir”). En el caso de palabras de uso común el diccionario es

---

<sup>20</sup> Esta definición de significado literal puede verse en García Amado, J.A.; “La interpretación constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, 2004, pp. 50-55 y 67. Un completo panorama de la interpretación literal puede verse en Cuenca Gómez, P.; *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 423 y ss.

<sup>21</sup> Hart, H.L.A.; “Definición y teoría en la ciencia jurídica” (1954), en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G.R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 138.

una gran ayuda para averiguar su significado, pero lo puede ser menos para palabras técnico-jurídicas o ambivalentes. En estos dos últimos casos, sólo sirven las definiciones normativas o legislativas y, en su defecto, las realizadas por los jueces y los juristas<sup>22</sup>.

El problema con los significados literales de las palabras morales contenidas en las normas jurídicas y, más concretamente, en las constitucionales es triple<sup>23</sup>. Por un lado, se desconoce si son palabras que han de enmarcarse dentro de un uso común o, por el contrario, en el marco de un lenguaje técnico. Por otro, y en el caso de que se traten de palabras técnicas, cabría todavía por descubrir si su uso correcto se encuadra en el lenguaje técnico-jurídico o

<sup>22</sup> Sobre los diferentes usos de las palabras en textos jurídicos puede verse Poggi, F.; "Significado literal: una noción problemática", *Doxa*, 30, 2007, pp. 618-620.

<sup>23</sup> Y esto más allá de toda la problemática que rodea a los significados literales *tout court*. A este respecto puede verse Mazzaresse, T.; "Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente", trad. J. Ferrer, *Doxa*, 23, 2000, pp. 597-631 y Poggi, F.; "Significado literal: una noción problemática", cit., pp. 618-624.

técnico-moral<sup>24</sup>. Por último, y con independencia del tipo de lenguaje de que se trate, lo cierto es que respecto de esas palabras morales no existe una convención o un acuerdo aceptado o compartido sobre su uso y significado<sup>25</sup>.

Se abordarán a continuación las posibles respuestas que cabrían darse a estos cuestionamientos. Se puede pensar que el uso correcto para definir las palabras

<sup>24</sup> La mayoría de los teóricos del Derecho consideran que tales palabras son propias del lenguaje moral y tendrían un significado moral. Sin embargo para algunos otros cuando las normas jurídicas contienen palabras como "justicia" o "igualdad" u otras *palabras morales* éstas se refieren en realidad a conceptos jurídicos como "justicia" o "igualdad" y, por tanto, tendrían un significado jurídico propio que no coincidiría exactamente con su significado moral (Priel, D.; "Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate", *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 4, 2005, pp. 681-685).

<sup>25</sup> En este sentido puede verse, por ejemplo, Dworkin, R.; *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Gustavino, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pp- 115-116, Dworkin, R.; *La justicia con toga* (2006), trad. M. Iglesias e I. Ortiz, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 207-213, y Bayón, J.C.; "Derecho, convencionalismo y controversia", en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (comps.); *La relevancia del Derecho. Estudios de Filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 74-75. Por ello pueden ser calificados como conceptos esencialmente controvertidos. A este respecto véase Gallie, W. B., 1956: «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 1956, pp. 167-198 e Iglesias, M., "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional", *Doxa*, 23, 2000, pp 77-104.

morales en las constituciones no es otro que el uso común en la comunidad lingüística de que se trate. En este caso, es la lexicografía la que tiene que prestar ayuda a la hora de establecer el significado de las palabras “trato degradante”. De esta manera, un trato degradante consistiría en actuar de tal modo frente a un individuo que tal acción le privara de sus dignidades, redujera sus cualidades inherentes o le humillase (primeras tres acepciones del verbo “degradar” según el Diccionario de la Real Academia). No creo que sea aventurarse demasiado considerar que aplicar el término “humillante” (como sinónimo de “degradante”) al caso en el que un policía golpea con una porra eléctrica a un manifestante en su intento de disolver una manifestación no autorizada no sea algo pacíficamente aceptado y compartido. Desde luego, parece que una investigación empírica de índole estadística resultaría necesaria para llegar a esta conclusión.

Se tiene, sin embargo, la opción de considerar la expresión “trato cruel o degradante” como de uso jurídico. En este caso, parece que la expresión suele ser utilizada en contextos en que la dignidad humana se ve comprometida (Fundamento jurídico 3º, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/2007) o en el que se produce un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona (F.J. 4º de la STC 120/1990). Y el menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona es, a juicio del Tribunal Constitucional, algo inherente al concepto de dignidad humana. Ésta “lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”, dispone el fundamento jurídico octavo de la STC 53/1985. Definiciones éstas que conducen a otras palabras morales como “dignidad humana”, esto es, “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” (F.J. 8º de la

STC 53/1985). Y, jurídicamente, más o menos todo queda ahí. Si se quiere aclarar algo más sobre el significado de lo digno, lo cruel o lo degradante la jurisprudencia aludida remite a la moral (o a la religión) pues, no se olvide, la dignidad humana “es un valor espiritual y moral inherente a la persona” según el supremo intérprete constitucional (art. 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

Existe, no obstante, la posibilidad de que, como se ha señalado anteriormente, haya un significado jurídico de estas palabras morales, distinto a su significado moral, revelado por la comprensión social que de dicho concepto se tiene<sup>26</sup>. Sin embargo, no queda muy clara la idea de “comprensión social del concepto” si conduce a algo diferente al uso común ya tratado o a la contemplación de una especie

<sup>26</sup> En este sentido véase Priel, D.; “Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate”, cit., pp. 681-685.

de moral social. Este último supuesto, el de la moral social como guía de las palabras morales contenidas en las normas jurídicas, no es desconocido para la jurisprudencia. Por sólo citar un ejemplo, en el fundamento jurídico 2º de la sentencia nº 371/1993 (Sala de lo Civil), de 19 abril de 1993, del Tribunal Supremo se considera que “para establecer la ilicitud de la causa ha de atenderse no sólo que sea contraria a la Ley, sino también a la moral social y buena fe necesarias en las relaciones humanas (art. 1255 del Código Civil)”. Recuérdese que el art. 1255 del Código Civil propugna que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden públicos”. La literalidad de dicho artículo habla de “moral” y no de “moral social”. Si este fuere el caso, y el significado literal de un término moral se recondujera hacia las creencias morales de un grupo social en un momento y lugar determinados, en el supuesto de sociedades

pluralistas con falta de homogeneidad moral resultaría dudoso afirmar que un hablante competente emplea los instrumentos necesarios —especialmente estadísticos— para precisar qué moral mayoritaria o predominante tiene el grupo<sup>27</sup>. Así, suponiendo que este obstáculo fuera demasiado serio la solución a la hora de determinar el contenido de la moral referida en las normas jurídicas pasaría por acudir a la moral personal<sup>28</sup>; cuestión que se abordará en el último epígrafe de este trabajo.

Por último, y muy relacionado con lo anteriormente tratado, cabría acometer un

uso técnico-moral de la expresión “trato cruel o degradante”. No quiero avanzar la argumentación que se seguirá en el epígrafe cuarto, y baste por el momento aducir que existen diversos tipos de moral y, por ende, se puede hablar de diferentes usos morales de las expresiones.

Por otra parte, el literalismo es, en cierta medida, semejante al textualismo de la corriente estadounidense del originalismo semántico que, a diferencia del originalismo intencional, atribuye fuerza obligatoria no a la intención original, sino a lo que los primeros lectores (y no a los actuales, como en el caso del literalismo) del texto legislativo entendieron que éste significaba<sup>29</sup>. O, en otras palabras, el significado de, por ejemplo, un término moral contenido en una norma constitucional vigente viene determinado por

---

<sup>27</sup> Rodríguez Molinero, M.; “La Moral en el Derecho vigente”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 28, 1998, p. 126; Ansuátegui, F.J.; *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 142.

<sup>28</sup> Comanducci, P.; “Formas de (neo)constitucionalismo, un análisis metateórico”, trad. M. Carbonell, *Isonomía*, nº 16, abril 2002, pp. 11-112 y “Las conexiones entre el Derecho y la moral”, *Derechos y Libertades*, nº 12, 2003, pp. 21-23; Bulygin, E.; *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, p. 120; Jiménez Cano, R.M.; *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 242.

---

<sup>29</sup> Bork, R.H.; *The Tempting of America*, cit., p. 144; Scalia, A.; *A Matter of Interpretation, Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 17; Barnett, R.E.; *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, *The Presumption of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 3ª ed., 2005, p. 89; Goldford, D.J., *The American Constitution and the Debate over Originalism*, cit., p. 91.



aquellos que un hablante competente de la comunidad lingüístico-social apropiada en el momento de la promulgación de la norma entendía que significaba.

El textualismo originalista se fundamenta en la misma teoría política que el originalismo intencional e intenta superar sus dificultades al volcarse meramente en significados literales pretéritos tratando de escapar a la compleja tarea de determinar intenciones colectivas. A pesar de este intento, el originalismo semántico puede, en el caso de textos normativos antiguos, adolecer tanto de los mismos problemas empíricos que la versión intencionalista a la hora de investigar los usos y el léxico del pasado como de equivalentes inconvenientes en la adecuación entre la moral vigente y la moral histórica.

Recurrir a una lectura literal parece, sin duda, estar más justificada que buscar una lectura intencional, ya que si bien es

cierto que un significado literal puro, esto es, acontextual<sup>30</sup> no parece viable en ningún lenguaje natural no lo es menos que si, dentro de una misma comunidad lingüística, un hablante puede en gran medida entenderse, y confiar en que, por ejemplo, al proferir la oración “traígame un solomillo con patatas lo antes posible” dentro de un restaurante le sirvan en su mesa un solomillo con patatas en un tiempo razonable y no una sombrilla dentro de un bloque de cemento a un kilómetro de allí dentro de tres días es porque, de alguna manera, se puede hablar de un significado literal con un contexto o un trasfondo que determina las circunstancias en que se usan las palabras<sup>31</sup>. Sin embargo, en aquellos casos en que las propias reglas

---

<sup>30</sup> A juicio de algunos autores el significado literal debe quedar absolutamente libre de contexto y consistir únicamente en lo que un hablante es capaz de detectar exclusivamente en virtud de su conocimiento sobre las reglas del lenguaje. En este sentido puede verse, por ejemplo, Katz, J.J.; *Propositional Structure and Illocutionary Force. A Study of the Contribution of Sentence Meaning to Speech Acts*, New York, The Harvest Press, 1977, p. 14.

<sup>31</sup> Sobre significado literal y trasfondo puede verse Acero, J.J.; “Searle y el significado literal”, *Revista de Filosofía*, vol. 31, nº 2, 2006, pp. 9-30.



y usos lingüísticos son indeterminados, como es el de las palabras morales en las constituciones, el significado literal no ofrece un sentido claro o unívoco<sup>32</sup>.

#### 4. La lectura moral

Piénsese una vez más en el diálogo que mantenían nuestros dos contertulios. “¿Y qué son ‘tratos crueles o degradantes?’ —trataba de averiguar el manifestante agredido. “Si me preguntas que si que te peguen con una porra eléctrica es un trato cruel tengo que responderte que ciertamente es así. Es un hecho claramente indigno y humillante aquí y en Japón, ahora y dentro de cien años” —contesta ahora el estudiante.

La respuesta deja entrever ahora la opinión de algunos autores neoconstitucionalistas, según la cual los

términos morales contenidos en las constituciones no deben interpretarse conforme a las intenciones o expectativas de los legisladores ni de acuerdo al uso común del lenguaje presente o pasado o con las creencias de tal o cual persona; no se trata de acudir a la moral social actual ni pasada, es decir, de atender a lo que se cree que socialmente significan tales términos, sino considerando que éstos se refieren a principios morales abstractos se ha de ejercer un juicio moral para así atender a lo que tales principios realmente requieren. Por consiguiente, las referencias morales de las constituciones demandan una lectura moral que exige interpretarlas como invocaciones a principios morales abstractos sobre la decencia política y la justicia<sup>33</sup>. En definitiva,

<sup>32</sup> Aunque a juicio de algunos autores en tales situaciones el significado literal funcionaría de un modo negativo descartando ciertos resultados interpretativos inadmisibles, Así, puede verse, entre otros, García Amado, J.A.; “La interpretación constitucional”, cit., pp. 52-53 y Cuenca Gómez, P.; *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, cit., pp. 410, 443 y 446.

<sup>33</sup> Dworkin, R.; “Comment”, en Scalia, A.; *A Matter of Interpretation*, cit., p. 126; *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 7 y *La justicia con toga*, cit., p. 139; Himma, K.E.; “Making Sense of Constitutional Disagreement, Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States”, *Journal of Law in Society*, vol. 4, nº 2, 2003, p. 184.

las palabras morales de las constituciones son invocaciones a la moral objetiva<sup>34</sup>.

El Derecho es, a juicio de Ronald Dworkin, todo el conjunto normativo fruto tanto de las decisiones pasadas dotadas de autoridad como de todos los derechos y obligaciones de los ciudadanos que sean coherentes con los principios de moralidad política que esas decisiones presuponen. De esta forma, el Derecho se presenta con un esquema íntegro, único y coherente de justicia<sup>35</sup>. Los aplicadores del Derecho están,

---

<sup>34</sup> Esto supone asumir la posición del realismo moral, es decir, aquella doctrina que defiende que la moral es objetiva en sentido ontológico, epistémico y semántico. En sentido óntico, la existencia y la naturaleza de los principios morales correctos es independiente del funcionamiento mental de los miembros, individual o colectivamente considerados, de un grupo y de lo que cualquier observador, individual o colectivo, considere acerca de su naturaleza. En sentido epistémico, la moral es objetiva en la medida en que las personas que de manera competente investigan los principios morales son capaces de ponerse de acuerdo sobre la naturaleza o características de tales principios. En sentido semántico, los juicios morales emitidos por las personas están dotados de valor de verdad, dependiente de las relaciones entre tales aserciones morales y los principios morales correctos (Kramer, M.H.; *Moral Realism as a Moral Doctrine*, Oxford, Wiley-Blacwell, 2009, pp. 1, 15, 26, 49, 173 y 259).

<sup>35</sup> Dworkin, R.; *Law's Empire*, cit., pp. 131, 152, 219-243.

pues, vinculados por las normas jurídicas positivas, pero también por los principios de justicia que subyacen a las normas jurídicas, que se ajustan a ellas y que las justifican, aunque en ocasiones salvaguardar tales principios subyacentes requiera apartarse de las decisiones del pasado<sup>36</sup>. Tales principios morales abstractos son propios de la moral objetiva, ya que se muestran como independientes de las decisiones y convenciones humanas. Dicho objetivismo moral se desprende no sólo de las posiciones éticas de Dworkin, sino también por su tesis de la única respuesta correcta y su teoría de los derechos, de acuerdo con la cual existen derechos morales, no siempre positivados, frente al gobierno<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Dworkin, R.; *Los derechos en serio*, cit., p. 80.

<sup>37</sup> Dworkin, R.; *Los derechos en serio*, cit., pp. 276-286, 396-ss.; "Objectivity and Truth, You'd Better Believe it", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, Nº. 2, 1996, pp. 87-139; y *La justicia con toga*, cit., pp. 49-54; Tabbitt, M.; *Philosophy of Law*, London, Routledge, 2005, p. 55 y, especialmente, *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 24, donde afirma "que hay verdades sobre los valores es un hecho ineludiblemente obvio".

La moral objetiva, aunque denominada ahora como moral universalista o correcta en boca de Robert Alexy, también se abre paso en el sistema jurídico a través de los derechos fundamentales positivados<sup>38</sup>; o por medio de los principios constitucionales que presentan a las constituciones occidentales actuales como un orden que corresponde a ideales objetivos de justicia que imponen deberes y se imponen tanto sobre las voluntades individuales como sobre el acuerdo de dichas voluntades basado en el principio de la mayoría. En presencia de estos principios constitucionales la realidad expresa valores y el Derecho, a juicio de Gustavo Zagrebelsky, funciona *como si* rigiese un Derecho

---

<sup>38</sup> Alexy, R.; "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en Vázquez, R. (comp.); *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 132. (La moral ideal o crítica es para Nino un sistema de principios y juicios de valor que posee validez objetiva, es decir, valen en todo tiempo y lugar con independencia de su reconocimiento fáctico, y que son accesibles a la razón humana; un sistema de moral objetiva no se distingue de un sistema de Derecho natural, en *Ética y derechos humanos*, p. 25)

natural<sup>39</sup>. De hecho, como ha apuntado Carlos Nino, un sistema de moral objetiva, ideal o crítica, esto es, un sistema de principios y juicios de valor accesibles a la razón humana y que valen en todo tiempo y lugar con independencia de su reconocimiento fáctico, no se distinguiría de un sistema de Derecho natural<sup>40</sup>.

Por otro lado, al objetivismo moral igualmente se han adscrito numerosos positivistas incluyentes<sup>41</sup>. Así, Kenneth

---

<sup>39</sup> Zagrebelsky, G.; *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón. Madrid, Trotta, 1995, pp. 94-97 y 119. Y, aunque sin aludir al Derecho natural, la doctrina de muchos tribunales constitucionales es similar a este planteamiento. Así, tanto el Tribunal Constitucional Alemán, desde su sentencia de 15 de enero de 1958, y el Español, ya desde las sentencias 9/1981 y 25/1981, de 31 de marzo y 14 de julio respectivamente, consideran que la constitución es un orden objetivo de valores. No obstante, como se verá más adelante, hay que tomar con cautela la retórica judicial contra la que ya advertiera Hart ("El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. L. Hierro, F. J. Laporta y J. R. de Páramo, *Sistema*, 36, 1980, p. 10; *Post Scriptum al concepto de Derecho*, Bulloch, P.A. y Raz, J. (eds.), trad. R. Tamayo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 57-58) y, más recientemente, Richard Posner (*How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 2).

<sup>40</sup> Nino, C.S.; *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 25.

<sup>41</sup> Acerca del positivismo jurídico incluyente y excluyente véase, por todos, Jiménez Cano, R.M.; *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 173-284.

Himma entiende que dicha adhesión representa la opción genérica dentro del positivismo jurídico incluyente<sup>42</sup>. Matthew Kramer, por su parte, considera que algunas proposiciones morales son correctas y que su corrección o incorrección es independiente de lo que los individuos creen acerca de tales proposiciones<sup>43</sup>. Jules Coleman no sólo ha abogado por un objetivismo moral moderado, sino que defiende el carácter jurídico de determinados principios morales correctos<sup>44</sup>. Y, finalmente, José Juan Moreso, además de considerar al objetivismo moral como una teoría creíble, sostiene que si se es escéptico respecto del

---

<sup>42</sup> Himma, K.E.; "Inclusive Legal Positivism", en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.); *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 250

<sup>43</sup> Kramer, M.; *Where Law and Morality Meet*, Oxford, Oxford University Press, 2004, nota 18 p. 73; *Moral Realism as a Moral Doctrine*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009, pp. 23-85

<sup>44</sup> Coleman, J.; "Second Thoughts and Other First Impressions", en Bix, B. (ed.); *Analyzing Law, New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press 1998, p. 253; "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", en Coleman, J. (ed.); *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 126;

objetivismo moral entonces se rechaza el positivismo jurídico incluyente. O, desde otro punto de vista, que si el objetivismo moral es una doctrina falsa, entonces el positivismo jurídico excluyente es una concepción del Derecho adecuada<sup>45</sup>.

Son muchas las críticas que se pueden hacer a las teorías que sostienen una lectura moral de los textos constitucionales, mas en estas líneas me ocuparé de lo que se puede denominar como crítica del auténtico contraste con la práctica<sup>46</sup>. Considérese que una autoridad final, como un tribunal supremo o un tribunal constitucional, hubiera de interpretar la siguiente norma constitucional: "Se prohíben los tratos crueles, inmorales y

---

<sup>45</sup> Moreso, J.J.; "Putting Legal Objectivity in its Place", *Analisi e diritto* 2004, pp. 248-250; *La Constitución, modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 69-93; Moreso, J.J. y Vilajosana, M.J.; *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 199 y 200.

<sup>46</sup> Un desarrollo más amplio de esta crítica puede verse en Jiménez Cano, R.M.; *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 232-243.

degradantes”<sup>47</sup>. En este caso, si el tribunal tuviera que atribuir significado a la norma, haciendo una lectura moral de la misma, acudiría a la moral objetiva, pero dicho tribunal podría equivocarse, como un asunto de moral objetiva, en la atribución de dicho

---

<sup>47</sup> Una autoridad es autoridad última o final si y sólo si no hay ninguna otra persona o institución con autoridad subordinada para revisar o anular la decisión de aquélla. En este sentido, si un tribunal tiene autoridad final sobre una decisión, entonces su sentencia crea una obligación final, en cuanto que vincula a todas las personas a quienes se dirige dicha resolución, por ejemplo, a todos los ciudadanos y poderes públicos. Dichas decisiones vinculan incluso cuando el contenido de un fallo es contradictorio con el contenido de una resolución anterior (Dworkin, R.; *Los derechos en serio*, cit., p. 84 y Himma, K.E.; “Final Authority to Bind with Moral Mistakes, on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *Law and Philosophy*, 24, 2005, p. 4). El Tribunal Constitucional Español sería un caso de autoridad jurídica final. De acuerdo con el artículo 164.1 de la Constitución Española “Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Tal tipo de autoridad queda bien plasmada en el artículo 4.1. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (reformada por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo) al señalar que “en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia”.

significado. Pese a esta equivocación, tras la decisión del tribunal, el significado atribuido sería el significado de la norma y contaría como Derecho a pesar de que dicho significado no satisficiera realmente el sentido de la norma<sup>48</sup>.

Tras esta breve explicación, cabe afirmar que los sistemas constitucionales que concedan autoridad final a un tribunal, como es el caso de la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales, asumen que si las remisiones que sus preceptos constitucionales hacen a la moral lo son a la moral objetiva, entonces los tribunales finales se pueden equivocar a la hora de concretar dicha moral objetiva. La cuestión central aquí es la posibilidad de error y, realmente, no se ve cómo un tribunal no podría hacerlo a este respecto. No se pretende sostener la inexistencia de la moral objetiva, esta cuestión metafísica excede los objetivos de

---

<sup>48</sup> Un desarrollo previo y más complejo de esta idea puede verse en Himma, K.E.; “Final Authority to Bind with Moral Mistakes, on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, cit., pp. 15-16.

las presentes páginas, sino las dificultades epistemológicas y metodológicas para aprehenderla. La clave, en este asunto, es la verificación empírica. En efecto, enunciados del tipo “de acuerdo con la moral objetiva es un trato inhumano pegar con una porra eléctrica a una persona” no admiten evidencia sensible alguna de su veracidad o falsedad, pues no hay método científico alguno que dé prueba de ello<sup>49</sup>.

Cierto es que el método científico tampoco resuelve todas las discrepancias fácticas, pero no lo es menos que aunque

---

<sup>49</sup> Ruth Weintraub propone caracterizar el verificacionismo como la demanda de que un enunciado es significativo si y sólo si es (lógicamente) posible conseguir la prueba a favor o en contra de su verdad (Weintraub, R.; “Verificationism Revisited”, *Ratio*, XVI, 2003, p. 84). En este punto se hace necesaria una aclaración sobre el verificacionismo. Dicha expresión se está utilizando aquí en un sentido amplio, es decir, comprendería cualquier posición filosófica que rechace la teoría de la correspondencia de la verdad a favor de una restricción epistémica. Así, el verificacionismo incluiría cualquier visión que descartara el realismo “indescubrible” y, por tanto, las verdades sobre el mundo que sean resistentes al descubrimiento o que trasciendan la habilidad o la capacidad para averiguadas, bien porque se defienda una concepción epistémica de la verdad, bien porque se estime que el contenido de un enunciado depende de la prueba de su verdad (Okasha, S.; “Verificationism, Realism and Scepticism», *Erkenntnis*, 55, 2001, p. 372).

puede haber un procedimiento o una metodología para alcanzar la verdad moral, dicho procedimiento no es un método generalmente aceptado por la comunidad científica y supera las capacidades “sensibles” de su descubrimiento<sup>50</sup>. Mas si la existencia de desacuerdos morales es un hecho y, como hecho, no se puede verificar quién tiene realmente la razón o qué decisión es la objetivamente correcta en esta materia tales decisiones quedan a la altura epistémica de la mera opinión y la objetividad moral deviene irrelevante.

## 5. La lectura pragmática

Sitúese, de nuevo, en la conversación entre los dos contertulios. “¿Y qué son ‘tratos crueles o degradantes?’” —preguntó el agredido. “¿Todos tenéis alguna enfermedad cardíaca?” —replicó el estudiante. “Sí, todos, y algunos tenemos,

---

<sup>50</sup> Waldron, J.; *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. J.L. Martí y A. Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 211-212; Comanducci, P.; “Las conexiones entre el Derecho y la moral”, cit, p. 20; Bulygin, E.; *El positivismo jurídico*, cit., pp. 112 y 120.



desde entonces, mayores arritmias” —afirmó el agredido. “Desde luego, en este caso, con vuestra enfermedad y teniendo en cuenta las consecuencias cardiovasculares perjudiciales de las descargas eléctricas a mí me parece que las porras eléctricas no eran el mejor instrumento y las agresiones sufridas pueden ser calificadas de tratos crueles” —concluyó el estudiante<sup>51</sup>.

Las observaciones del estudiante vislumbran cierto instrumentalismo pragmático<sup>52</sup>. Para el pragmatismo jurídico actual, las normas constitucionales deberían

---

<sup>51</sup> El estudiante universitario conocía el trabajo de Fineschi, V., Di Donato, S., Mondillo, S., Turillazzi, E.; “Electric Shock: Cardiac Effects Relative to Non Fatal Injuries and Post-Mortem Findings in Fatal Cases”, *International Journal of Cardiology*, 111(1), 2006, pp. 6-11.

<sup>52</sup> El instrumentalismo pragmático se caracterizaría, entre otros, por la defensa de una teoría del valor utilitarista, cuantitativa, convencionalista y mayoritaria; un compromiso con los métodos de las ciencias naturales; un enfoque tecnológico del Derecho que permitiría verlo como un instrumento al servicio de metas sociales y a los juristas como ingenieros sociales; el sostenimiento de una teoría de la validez jurídica basada en fuentes positivas dotadas de autoridad junto a una radical separación entre Derecho y moral; una visión centrada en la teoría de la decisión judicial; y, por último, un rechazo del modo formalista de la interpretación jurídica (Summers, R.S.; *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982, pp. 12, 23, 42, 61-90, 117 y 157).

ser interpretadas de la forma que mejor favorezca determinadas consecuencias u objetivos a través de una continuación discursiva Derecho-moral manteniendo una actitud crítica hacia la historia y la tradición<sup>53</sup>. La interpretación pragmática o consecuencialista de las normas constitucionales implica que éstas no puedan interpretarse en abstracto, sino que necesitan adecuarse al contexto específico y único que posee cada caso. Por ello, el juez no ha de aferrarse a las decisiones jurídicas

---

<sup>53</sup> Posner, R.A.; *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 4ª ed, 1997, p. 252. Compárese esta tesis con las ya clásicas de Oliver Wendell Holmes o Roscoe Pound. Holmes consideraba que las necesidades de la época, las teorías morales y políticas, las políticas públicas y hasta los prejuicios de los jueces son más importantes a la hora de determinar las reglas de la conducta que el propio silogismo judicial (*The Common Law*, Boston, Little, Brown, 1881, p. 1). Pound, por su parte, entendía que no podía hacerse una aplicación mecánica de los precedentes judiciales sin tener en cuenta las consecuencias de esta aplicación. De hecho, a la hora de la decisión judicial debía atenderse a las consecuencias sociales que pudiera ocasionar tal decisión (“Mechanical Jurisprudence”, *Columbia Law Review*, vol. 8, 1908, pp. 605-623). Así, una comprensión del Derecho alejado de la sociedad, que no tuviera en cuenta los efectos sociales de las leyes e ignorara que la verdadera procedencia del Derecho se encontraba en los hechos sociales abriría una brecha entre el Derecho de los libros —el alejado de la sociedad— y el Derecho en acción —el Derecho que de verdad se desarrolla en la práctica— (“Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, 44, 1910, pp. 12-36).



del pasado (en este supuesto la decisión constituyente de prohibir los tratos crueles u degradantes) como fines en sí mismos, sino solamente como medios para obtener los mejores resultados del presente caso. En este sentido, el juez pragmático mira a la constitución, a la ley o a los precedentes judiciales como fuentes de información potencialmente valiosas para el probable mejor resultado del caso que tenga entre manos, pero no se ve restringido por estas fuentes dotadas de autoridad jurídica a la hora de tomar su decisión<sup>54</sup>.

Esta idea hace del pragmatismo un movimiento anti-fundacionalista, perspectivista e idiosincrásico. La tesis epistemológica fundacionalista, trasladada a la decisión judicial, da como resultado que sólo están justificadas aquellas decisiones judiciales (creencias fundadas) que se

<sup>54</sup> Posner, R.A.; "Pragmatic Adjudication", *Cardozo Law Review*, 18, 1996, p. 5; Rosenfeld, M.; "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation, Posner's and Rorty's Justice Without Metaphysics Metts Hate Speech", *Cardozo Law Review*, 18, 1996, p. 98.

derivan, indirectamente, por deducción de razones jurídicas justificadas directamente (creencias fundacionales) por su evidencia (su existencia jurídico-positiva). Pues bien, se ha considerado que los pragmatistas, al igual que los realistas norteamericanos, al considerar que las razones jurídicas —las creencias directas o fundacionales— son insuficientes (o indeterminadas) para justificar las decisiones —las creencias indirectas o fundadas—, han abrazado el antifundacionalismo<sup>55</sup>. Si las razones jurídicas y los métodos tradicionales de interpretación son insuficientes, el pragmatismo se abre, para fundamentar sus decisiones, en otra serie de métodos no-jurídicos<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Leiter, B.; *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 39-53 y 112-117. Véase, también, Jiménez Cano, R.M.; *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 131-133 y 161-162; Butler, B.W.; "Legal Pragmatism", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, <<http://www.iep.utm.edu/leglprag.htm>>.

<sup>56</sup> Posner, R.A.; *Overcoming Law*, cit., pp. 400-405. Con anterioridad, el movimiento realista ya había promovido estudios psicológicos, sociológicos, económicos, políticos, estadísticos, terminológicos e

A su vez, el pragmatista jurídico adopta una postura perspectivista, es decir, considera que las fuentes jurídicas no se estructuran en un sistema lógico, cerrado y coherente, sino que el material jurídico está desordenado, su estructura es abierta y está sujeto a revisión a la luz de otras perspectivas o de ulterior información<sup>57</sup>.

---

incluso el uso —aunque humilde y auxiliar— de la lógica formal, sin descartar tampoco las aproximaciones histórico-jurídicas y comparativo-jurídicas para así buscar la experiencia de otros tiempos y gentes en la resolución de casos o problemas similares. En resumidas cuentas, ambos movimientos utilizarán instrumentos empíricos para elaborar y contrastar sus conclusiones. Véase, a este respecto, Oliphant, H.; “Current Discussions of Legal Methodology”, *American Bar Association Journal*, 7, 1921, pp. 241-243; Cook, W.W.; “Scientific Method and the Law”, *American Bar Association Journal*, 13, 1927, pp. 308-309; y Radin, M.; “Legal Realism”, *Columbia Law Review*, XXXI, 1931, p. 827. Algunas de estas herramientas son apuntadas también por Pound al caracterizar el movimiento realista (“The Call for a Realist Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 44, nº 5, 1930, pp. 701 y ss.) y por Karl Llewellyn (“Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, nº 8, 1931, pp. 1224-1233). No obstante, para la mayoría de los realistas el compromiso con la ciencia y sus métodos era más una cuestión de retórica y de metáfora que de práctica académica real (Leiter, B.; “American Legal Realism”, en Golding, M.P., y Edmundson, W.A. (eds.); *The Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, p. 51).

<sup>57</sup> Shutkin, W.A., “Pragmatism and the Promise of Adjudication”, *Vermont Law Review* 18, 1993, p. 66.

Por último, se puede considerar al pragmatismo como idiosincrásico en el sentido de que las decisiones judiciales son más un fruto de su idiosincrasia que de las razones jurídicas antes señaladas. Si para algunos realistas las decisiones “correctas” eran producto de las intuiciones o de las corazonadas acerca de lo que resulta ser socio-económicamente mejor una vez vistos los hechos del caso —intuiciones que remiten a la propia experiencia de los jueces y responden primordialmente a los estímulos que los hechos concretos les producen en lugar de quedar persuadidos por las generalizaciones y abstracciones de los tratados y manuales jurídicos<sup>58</sup>— para los pragmatistas la mejor manera de describir las prácticas reales de los jueces consiste en acudir a una variedad de teorías que acentúan sus actitudes políticas, su

---

<sup>58</sup> Oliphant, H.; “A Return to Stare Decisis”, *American Bar Association Journal*, 14, 1928, p. 75 y 159; Hutcheson, J.C.; “The Judgment Intuitive, The Función of the “Hunch” in Judicial Decision”, *Cornell Law Quarterly*, 14, 1929, p. 285; Leiter, B.; “American Legal Realism”, cit., 55 y *Naturalizing Jurisprudence*, cit., 76 y 77.

comportamiento estratégico y sus preconcepciones que forman, a menudo de manera inconsciente, sus respuestas a la incertidumbre<sup>59</sup>.

En este punto, algunas investigaciones empíricas parecen dar la razón tanto a los juristas realistas como a los pragmatistas. Así, se ha determinado que las decisiones judiciales están más influenciadas por la opinión política del juez que por los precedentes<sup>60</sup>. En un estudio se concreto en un 85% la tasa de éxito en las predicciones futuras de las decisiones basadas en los valores de los jueces<sup>61</sup> y, en otro, se concluyó que “los jueces del Tribunal Supremo no se ven influidos por los

precedentes de referencia con los que están en desacuerdo”<sup>62</sup>.

El conjunto de estos y otros estudios empíricos podría genéricamente conformar lo que en concreto se ha denominado “modelo actitudinal” de decisión judicial. Este modelo ha sido, de hecho, elaborado tomando como base para la investigación las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos durante un período de treinta años. De acuerdo con este modelo actitudinal, la mejor explicación de las decisiones de dicho Tribunal viene ofrecida, por un lado, por una combinación entre los hechos del caso y, por otra, por los valores y actitudes ideológicas de sus magistrados. Dichos valores y actitudes fueron identificados gracias a los editoriales de la prensa diaria en el período de nominaciones presidenciales y antes de la confirmación de los cargos por parte del Senado estadounidense. Durante más de

---

<sup>59</sup> Posner, R.A.; *How Judges Think*, cit., pp. 11-35.

<sup>60</sup> Goldman, S.; “The Effect of Past Judicial Behavior on Subsequent Decision-Making”, *Jurimetrics Journal*, 19, 1979, p. 208.

<sup>61</sup> Rohde, G.W. y Spaeth, H.J.; *Supreme Court Decision Making*, San Francisco, W.H. Freeman, 1976, p. 157.

---

<sup>62</sup> Segal, J.A. y Spaeth, H.J.; “The Influence of Stare Decisis on the Votes of Supreme Court Justices”, *American Journal of Political Science*, 40, 1996, p. 971.

treinta años de búsqueda y recogida de datos el modelo actitudinal predijo correctamente el 71% de los votos de los magistrados. Este modelo fue comparado con otras alternativas de predicción de la decisión judicial y salió claramente vencedor. Una de estas alternativas es lo que los autores de la investigación denominaron “modelo jurídico”. Este último está formado por razones jurídicas, esto es, la combinación de las fuentes jurídicas válidas (legislación y precedentes judiciales) y los métodos válidos de interpretación aplicados a tales fuentes. Los autores comprobaron que el modelo jurídico podía apoyar cualquier interpretación de un caso y que, pudiendo explicar cualquier decisión, en realidad no explicaba ninguna<sup>63</sup>.

Creo que estos estudios hacen de la lectura pragmática la más plausible hasta el

---

<sup>63</sup> Segal, J.A., y Spaeth, H.J.; *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 48-86 y 321.

momento y la posición que parece explicar más adecuadamente el significado de las palabras morales referidas en las constituciones: este significado depende de las circunstancias del caso y la idiosincrasia del intérprete. Ahora bien, el pragmatismo no se limita a señalar únicamente que los jueces interpretan las normas jurídicas de acuerdo con su idiosincrasia, su ideología o su propia concepción axiológica. Si simplemente dijeran esto y apoyaran su tesis con los estudios empíricos antes mencionados no habría problema en considerarla una genuina teoría descriptiva o explicativa de la interpretación jurídica. El pragmatismo jurídico origina todo su discurso en una pretensión normativa: el Derecho es una herramienta útil para fines sociales y debe ser interpretado de la mejor forma posible para alcanzar dichos fines. Por esta razón, creo que el modelo que mejor refleja las prácticas interpretativas de los operadores jurídicos y más aún respecto del significado de los términos morales encontrados en las

fuentes jurídicas no es otro que el “modelo personal” que a continuación, y como conclusión, pasará a relatarse.

## 6. A modo de conclusión: la lectura personal

“¿Y qué son ‘tratos crueles o degradantes?’ —preguntó el agredido. “Mira, la constitución dice lo que el Tribunal Constitucional dice que dice. En cuanto a lo que el Tribunal Constitucional dice todo depende de quiénes sean sus miembros” — afirmó el estudiante<sup>64</sup>.

La respuesta anterior no es muy diferente de aquella que respaldaría un pragmatista. Sin embargo, en esta ocasión queda despojada de cualquier visión instrumentalista de las normas constitucionales. Es decir, no es necesario,

---

<sup>64</sup> La frase es una traducción adaptada de las palabras que Denny Crane pronuncia en el episodio “Dance with Wolves”, tercero de la quinta temporada de *Boston Legal*, emitido por primera vez el 6 de octubre de 2008: “The Constitution says whatever the Supreme Court says it says. As for what the Supreme Court says, that all depends on who’s president”.

pero puede ser el caso, que para responder al significado de las palabras morales en las constituciones las normas de este rango tengan que interpretarse de la manera más favorable respecto de determinados objetivos sociales. En el caso de estas palabras morales, cuyo significado objetivo y hasta convencional es esencialmente controvertido, afirmar que los intérpretes o los jueces acuden a su discrecionalidad para determinar su sentido no es más que sostener que lo que se sigue para esclarecerlo es la propia moral subjetiva o personal del intérprete. Sin embargo, cabría aclarar que puesto que los sistemas jurídicos no suelen contener obligación alguna acerca de la manera en la que interpretar sus propias normas constitucionales y, cuando lo hace, no sirve de mucha ayuda<sup>65</sup>, en realidad atender a la moral de los redactores de la

---

<sup>65</sup> Es el caso del art. 10.2 de la Constitución Española, que remite a normas de Derecho internacional de los derechos humanos que tampoco aclaran el significado de las palabras morales que contienen y que podrían ser objeto del mismo análisis que se está haciendo en este trabajo.

normas, a las convenciones lingüísticas, a la moral social, a la moral objetiva o a la moral subjetiva son todos casos de discrecionalidad. No obstante, lo que aquí voy a sostener es que la alternativa más plausible es aquella que considera que a las cuestiones acerca del significado de las expresiones morales contenidas en las normas jurídicas se responde con las opiniones y principios morales subjetivos del intérprete.

Ni que decir tiene que la idea de acudir a la moral subjetiva para resolver la indeterminación normativa en materia de referencias morales suele considerarse “una auténtica locura”<sup>66</sup> y el presente trabajo no es el lugar adecuado para tratar de todas las críticas que fundamentadas en razones de legitimidad democrática, certeza y seguridad jurídica se pueden esgrimir contra esta opción. Puesto que lo que aquí se presenta

---

<sup>66</sup> Raz, J.; *La ética en el ámbito público*, trad. M.L. Melón, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 254

no es una teoría normativa acerca de la interpretación jurídica, acerca de cómo se deben dotar de significado las cláusulas morales contenidas en las normas constitucionales, sino una hipótesis sobre cómo se dotan de significado realmente tales palabras morales se, pretende escapar de las críticas normativas que pudieran hacerse y con las que, en muchos puntos, seguro que coincidiría. La verificación de esta hipótesis sólo debe verse sometida, entonces, al tribunal de la experiencia.

Sin embargo, desde ya adelanto que no poseo una investigación empírica que respalde el presente discurso más allá de las aportaciones ya señaladas al respecto de la lectura pragmatista o realista y a las que me remito. De hecho, como ya se ha afirmado, lo que se pretende sostener es lo mismo que la lectura realista o pragmatista, pero despojado de su prescriptivo instrumentalismo social. No mantengo, ni rechazo, que los intérpretes busquen

determinadas consecuencias sociales con sus decisiones interpretativas ni, desde luego, afirmo que deban hacerlo, simplemente considero que la personalidad y la idiosincrasia, principalmente de los jueces, en las tareas de decisión constitucional es fundamental para determinar el significado de las palabras morales de los textos constitucionales.

El significado de estas cláusulas morales es buscado, entonces, en la propia moral subjetiva de quien interpreta. Esta idea, la de que los intérpretes acuden a su moral personal, no es tan extraña. De entre las decisiones libres que los sistemas jurídicos dejan a los intérpretes destaca, desde luego, la determinación del denominado “contenido esencial de los derechos fundamentales”. El art. 53.1 de la Constitución Española señala que sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales,

pero nada más dice acerca de dicho contenido esencial. Así que tal contenido no existe hasta que no se lleva a cabo una interpretación<sup>67</sup>; y es el turno del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, quien ha considerado que dicho “contenido esencial” ha de ser fijado a través de dos vías complementarias. En primer lugar, acudiendo a su naturaleza jurídica, estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y “las generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho [...] Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. En segundo lugar, “tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y

---

<sup>67</sup> De Asís, R.; “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en Peces-Barba, G., Ramiro, M.A.; *La Constitución a examen*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 292.



médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos” (F.J. 8º de la STC 11/1981, de 8 de abril).

En definitiva, de tales palabras del Tribunal cabe extraer que el contenido de los derechos (típicas figuras de índole moral) surge de las convicciones generalmente

admitidas entre los juristas. Tales convicciones no se extraen de la moral social de la totalidad del grupo, sino de la moralidad del subgrupo de los juristas, lo cual estaría a caballo entre la moral social y la moral personal de determinados individuos. Y esto, claro, siempre en el supuesto de que pudiera hablarse de la existencia real de un acuerdo general sobre las cuestiones de derechos. ¿Qué contenido darían los magistrados del Tribunal Constitucional a falta de dicho acuerdo general o por no querer o no poder consultar si existe tal acuerdo? La conclusión final le corresponde al lector de estas líneas.