

¿ES POSIBLE LA CONSTRUCCIÓN DE METARREGLAS PARA LA REGULACIÓN DEL CONTROL POPULAR DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL?

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Universidad Católica de Colombia

IS IT POSSIBLE TO CREATE METARULES TO REGULATE THE POPULAR CONTROL OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION?

DOI: 1017450/160113

I

Uno de los debates más importantes en el derecho constitucional contemporáneo es el relativo a quién debe ser el intérprete principal de la constitución política. Sobre este aspecto se presentan rivalidades entre el neoconstitucionalismo y el llamado constitucionalismo popular. El primero de ellos, según Paolo Comanducci, puede distinguirse de tres maneras, a saber: 1) neoconstitucionalismo como teoría del derecho,

2) neoconstitucionalismo como ideología y 3) neoconstitucionalismo como método de análisis jurídico¹. A diferencia del constitucionalismo tradicional (considerado ideología por parte del teórico italiano), el neoconstitucionalismo es una teoría jurídica como el iusnaturalismo o el positivismo.

El neoconstitucionalismo como teoría jurídica enfoca su estudio en el alcance de las constituciones políticas de los sistemas normativos vigentes². Esta misma corriente, vista como ideología, estudia las reglas para la satisfacción y protección de las normas constitucionales, la calificación de ideológico proviene de la consideración de que es moralmente obligatorio obedecer las normas constitucionales, tal como sucedía con el positivismo ideológico³; por último, el neoconstitucionalismo metodológico, además de compartir varios elementos definitorios con el positivismo metodológico, sostiene que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral que está materializada en los derechos fundamentales consignados en la carta política⁴.

En contraposición a la teoría antes explicitada, está el constitucionalismo popular que, a diferencia del neoconstitucionalismo, desvirtúa la supremacía judicial en la interpretación constitucional, ya que la exclusividad hermenéutica de la carta política por parte de la Corte Constitucional subordina los demás poderes del poder público que son conformados democráticamente⁵. La propuesta de los populares es la conformación de mecanismos que ayuden a las demás ramas del poder público y a la ciudadanía a la participación respecto de la interpretación de derechos constitucionales.

El origen de esta corriente del derecho constitucional se rastrea en Estados Unidos de América, en donde se reaccionó en contra del activismo judicial que invalidaba la interpretación por parte de entidades democráticas como la de la ciudadanía⁶. En la corriente

1. La tripartición sugerida por Comanducci para el neoconstitucionalismo se origina en la división que desarrolló Norberto Bobbio para el positivismo jurídico. Cabe aclarar que el teórico italiano especifica que dicha distinción, aunque es un poco forzada, permite un entendimiento más adecuado del neoconstitucionalismo. P. Comanducci, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Editorial Trotta, Madrid 2009, p. 82.

2. *Ibid.*, p. 84.

3. En este punto, también se puede evidenciar una diferencia clara entre el constitucionalismo tradicional y las nuevas corrientes del derecho constitucional. Por ejemplo, según Comanducci, el constitucionalismo antes de la posguerra se enfocaba en determinar la división de las ramas del poder público, con el propósito de evitar el despotismo. En cambio, las corrientes de derecho constitucional surgidas por la posguerra se enfocaban en la consolidación de derechos fundamentales y el Estado como el medio para lograr satisfacer dichos intereses colectivos. *Ibid.*, p. 86.

4. *Ibid.*, p. 87.

5. La subordinación de la rama legislativa y la rama ejecutiva a las interpretaciones que desarrolla la Corte Constitucional de la constitución son típicas de un constitucionalismo fuerte. Un padecimiento significativo de este tipo de control fuerte es que el juez como intérprete deja de ser una parte de una práctica racional y comunicativa, donde recibe información externa al sistema y por medio de este responde al pueblo y a los demás poderes del poder público con la interlocución. De ese modo, se transforma en un ente despótico de control social. R. Niembro, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", en *Revista española de derecho constitucional*, 95, 2012, p. 140.

6. Según Niembro, el monopolio interpretativo de la constitución en algunos casos fue legitimado por algunos autores como Barry Friedman, quien sostiene que el alejamiento del tribunal Renhquist hacia los apetitos populares no fue de-

popular no se busca erradicar la funcionalidad de las cortes constitucionales, sino que se critica la postura donde dichas cortes producen una mejor interpretación que la que podrían suministrar los creadores del derecho constitucional: “el pueblo”⁷.

La labor interpretativa del pueblo sobre los contenidos de la constitución debe desarrollarse a nivel político. El pueblo en este evento debe entenderse como una autoridad normativa de primer nivel que transmite su voluntad a una autoridad subordinada para que esta logre satisfacer los derechos consignados en la carta política⁸. Esto conlleva, según los populares, que sería un error que el mismo creador de dicha normatividad no tuviera la facultad de interpretarla.

Un sustrato fundamental que justifica esta manera de interpretación radica en que las ramas del poder están al servicio del pueblo, como el poder judicial es una rama del poder público. Así se concluye que esta última también debe estar al servicio del pueblo⁹. Este argumento en algunas teorías ha desembocado en posturas radicales, en donde los errores interpretativos cometidos por los tribunales son razón suficiente para entender que la ciudadanía, a través de la política, puede lograr la protección de sus derechos constitucionales. Por lo tanto, la existencia de cortes constitucionales sería injustificada¹⁰.

No todas las corrientes del constitucionalismo popular son radicales, existen vertientes que soportan e incluso consideran necesaria la intervención judicial, pero rechazan la supremacía interpretativa de la última, la más representativa de ellas es la desarrollada por Larry Kramer¹¹, que rechaza las posturas populares conocidas como:

terminante para proporcionar soluciones plausibles a conflictos sociales. R. Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 38, 2013, p. 193.

7. La no interferencia del pueblo en las interpretaciones constitucionales se debe a que él considera que está limitado cognoscitivamente para desarrollar esta labor. Sin embargo, si se tiene en cuenta que él es el productor del derecho constitucional, sería lógico que en determinados casos donde quisiera intervenir pudiera postular su interpretación de caso concreto. R. Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, p. 198.

8. La teoría de transmisión de voluntad es extraída de los estudios de Von Wright sobre las formulaciones normativas de segundo orden que manejan dos operadores modales deónticos. En ella, se entiende que las obligaciones de variables proposiciones deben ser satisfechas para que la formulación normativa superior esté satisfecha. G. H. Von Wright, *Normas, verdad y lógica*, Fontamara, México D. E., 2001, p. 46.

9. Según Hans Kelsen, la división tradicional de las ramas del poder público responde a la necesidad de cubrir todas las funciones del Estado. Sin embargo, según el profesor Jorge Carmona, el Estado no ejerce verdaderamente tres funciones, sino que en realidad posee dos respecto de las leyes, la primera de producción normativa y la segunda de ejecución normativa. De ese modo, según él, la división del poder desde la funcionalidad no es plausible teóricamente. J. Carmona, “La división de poderes y la función jurisdiccional”, en *Revista latinoamericana de derecho*, 7-8, 2007, p. 192.

10. Este tipo de constitucionalismo popular radical que rechaza la intervención interpretativa de las cortes en la constitución política y que otorga dicha función de manera exclusiva a la ciudadanía para que se autoregule nace en las obras de Jeremy Waldron y Mark Tushnet. J. Fleming, “Judicial review without judicial supremacy: Taking the constitution seriously outside the courts”, en *Fordham Law Review*, 73, 2005, p. 1379.

11. Larry Kramer identifica históricamente el surgimiento de la supremacía judicial en la interpretación de la ley superior en Estados Unidos. De manera curiosa, dicho poder nace de una inferencia lógica, de la descripción de este poder “The business and the design of the judicial power is, to administer justice according to the law of the land”, and the law of the land necessarily included the Constitution. L. Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 83.

populistas y departamentalistas. La interpretación populista consiste en dar la última palabra, en términos de interpretación constitucional, al pueblo; en cambio, la interpretación departamentalista sugiere que el ejecutivo, el legislativo y el judicial en conjunto son los encargados de esa interpretación definitiva, toda vez que estas corporaciones son producto de la elección popular y representan los intereses de la colectividad, el máximo representante de dicha corriente es Lawrence Sager¹².

Las diversas corrientes del constitucionalismo popular han recibido críticas respecto de la posibilidad de que se pueda reducir la protección de derechos contramayoritarios, en algunos casos se sostiene que la aplicabilidad de dichos sistemas implicaría una transgresión total a estos derechos¹³. Sobre todo, en el caso del constitucionalismo populista serían más palpables estas acusaciones, pero no sucede lo mismo con el popular, que acepta la intervención de la corte o el esquema de interlocución institucional postulado por Sager. Una respuesta plausible a las críticas hechas al constitucionalismo popular es la del profesor Friedman. Él considera que los casos posibles donde pueda presentarse una colisión entre la decisión del tribunal y la opinión mayoritaria son escasos, esto se debe a que las cortes basan sus decisiones en la voluntad mayoritaria cuando el caso tenga una repercusión social significativa¹⁴. Por otra parte, debe recordarse que toda esa propuesta se basa en “quien tiene la última palabra”; si se estudia con cuidado lo que quiere decir esta expresión, se puede evidenciar que precisamente el debate se materializa cuando las decisiones de la corte no satisfacen la opinión mayoritaria.

En ese orden de ideas, una buena teoría de constitucionalismo popular no se basa en el resultado del debate público respecto a cómo debe interpretarse la constitución en casos que afecten al conglomerado social, sino en establecer teóricamente los procedimientos en donde se pueda presentar el debate. La satisfacción de este requerimiento puede hacerse a través de metareglas políticas que construyan un control popular a la interpretación constitucional. La postulación de metareglas en esta teoría pretende abarcar los sistemas jurídicos que no consignan el principio de transmisión de la volun-

12. J. Fleming, “Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts”, en *Fordham Law Review*, 73, 2005, p. 1379.

13. Niembro, por su parte, defiende con vehemencia al constitucionalismo popular de todas sus críticas, argumenta que las teorías populares no pretenden sistemas sin restricciones, sino un esquema de interlocución entre entidades. Sin embargo, dicha defensa puede ser predicable a un constitucionalismo popular del corte de Larry Kramer o a un departamentalista. Pero, en el caso del constitucionalismo popular de corte populista dicha defensa se queda corta, toda vez que, posiblemente, podría desembocar en una dictadura de mayorías. R. Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, p. 200.

14. Uno de los principales elementos identificados por Friedman en donde puede influir la opinión mayoritaria en la decisión judicial es en el hecho de que los jueces son sujetos políticos y sujetos morales que no están ajenos a la realidad social. Por ende, la ideología de un juez puede desempeñar un rol importante en cómo este individuo solucione el caso, además este fenómeno toma más fuerza cuando se debe solucionar un conflicto jurídico que implique derechos constitucionales. B. Friedman, “The Politics of Judicial Review”, en *Texas Law Review*, 84, 2005, p. 258.

tad del pueblo a los órganos de control social de manera expresa o aquellos en donde dicho principio padezca de indeterminación¹⁵.

II

Gracias a que las relaciones del debate se proyectan entre autoridades superiores y autoridades subordinadas con facultades nomotéticas, las mejores normas que pueden describir lógicamente dicha relación son las formulaciones normativas de segundo orden de la lógica deóntica de Georg Henrick Von Wright: OOp, OPp, POP, Ppp¹⁶. El nombre que reciben estas normas surge para diferenciarlas de las formulaciones normativas de primer orden, que nacen en el sistema estándar propuesto en 1951, y se caracterizan por contar con un solo operador modal del deber, como Op, Pp¹⁷. Como se puede ver, las formulaciones normativas deónticas de segundo nivel poseen dos operadores modales deónticos que preceden la variable proposicional, expresan la orden o la permisión emitida por una autoridad superior a una autoridad inferior, para que esta emita una orden o una permisión a algún sujeto normativo. Tal como sucede en la transmisión de facultades que hace el pueblo a los órganos primarios, secundarios y terciarios¹⁸, para que estos obliguen, prohíban o permitan ciertas conductas, así como la facultad de interpretar la constitución para la emisión de normas técnicas¹⁹.

15. Cabe anotar que este requerimiento no está ausente en la normatividad colombiana, ya que en el artículo tres de esta constitución política se expresa: "La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece". Si se analiza el contenido de este artículo, se posibilita el debate público entre el pueblo y la Corte Constitucional respecto de la interpretación de la Carta Política, además gracias a la indeterminación del mismo sobre la forma en que ejerce la soberanía *directa*, se facultaría la construcción de metareglas de debate. *Constitución Política de Colombia*, Legis Editores, Bogotá, 2016, p. 7.

16. En el orden en que están consignadas las normas, expresan lo siguiente: OOp es obligatorio que se haga obligatorio que "p"; OPp es obligatorio que se permita el caso que "p"; POP esta permite que se haga obligatorio que "p"; Ppp se permite que se permita en caso que "p". G.H. Von Wright, *Normas, verdad y lógica*, Fontamara, México D. F., 2001, p. 46.

17. Los operadores modales deónticos que preceden a las variables proposicionales las convierten en proposiciones que no pueden ser valoradas como verdaderas o falsas, sino como inválidas o válidas, justas o injustas. G.H. Von Wright, "Deontic logic", en *Mind*, 60, 1951, p. 4.

18. Los órganos primarios son los que poseen la facultad de aplicar de manera interpretativa las leyes a los casos concretos, a diferencia de los órganos secundarios, que son los encargados de la producción normativa. Comúnmente, los órganos secundarios adquieren dicha facultad por el principio de transmisión de voluntad, que el caso de ellos se ejerce de manera directa por ser una corporación de elección popular. C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 106.

19. Se adopta la postura desarrollada por Von Wright a lo largo de sus obras, en donde la satisfacción normativa por parte de los entes jurisdiccionales como sujetos normativos no puede generar normas genuinas, ya que esta función es exclusiva de los órganos secundarios. Sin embargo, las decisiones judiciales, al poseer un carácter deóntico, serían deberes técnicos, es decir, normas técnicas conformadas por proposiciones anankásticas que establecen los pasos necesarios para desarrollar alguna cosa que, en el caso de las decisiones judiciales, serían deberes técnicos necesarios para satisfacer una norma genuina. G. H. Von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, p. 27.

Si se considera al pueblo como creador de la constitución política, además de que en este mismo documento se reconoce de manera expresa que el poder soberano reside en el pueblo y que las funciones de la Corte Constitucional le son otorgadas en virtud de esta misma norma, se pueden enunciar metareglas en términos lógico-deónticos, que condensen dicha relación:

- (1) OOip
- (2) OPip
- (3) POip
- (4) PPip

Tanto (1) (2), (3) y (4) expresan que el pueblo como autoridad suprema, por medio de la norma llamada constitución, ordena o permite a una autoridad subordinada llamada Corte Constitucional que, de manera interpretativa, transforme el deber ideal en obligaciones o permisiones reales y técnicas.

Los deberes ideales son una forma plausible de construir derechos fundamentales como principios, que deriva de la controversia de si considerar a los principios como mandato de optimización es suficiente para diferenciarlos de las reglas²⁰. Es claro que los deberes ideales no son mandatos de optimización, sino mandatos que deben optimizarse. Un criterio de diferenciación clave entre ellos está determinado por el nivel de abstracción del deber respecto del mundo empírico²¹. Esta característica le permite coexistir como un mundo posible, plausible y ficticio^{22 23} al mundo real.

20. Este punto se ilustra con las críticas planteadas por Aarnio y Sieckmann a la concepción tradicional de que los principios, a diferencia de las reglas, son mandatos de optimización de cumplimiento gradual. Según ellos, cuando la norma ideal entre en relación con el mundo empírico, surgirá la obligación de optimizar el estado de cosas pretendido por el principio. Esto conduce a que, en el caso concreto, el principio como mandato o se optimice o no se optimice, tal como sucede con el uso de la regla de reconocimiento para determinar cuál norma es la aplicable al caso concreto. Según Aarnio, el mandato de optimización no puede aplicarse más o menos bien, sino que se aplica o no se aplica. Ejemplo de ello: cuando dos principios valorativos entran en conflicto ambos deben ser armonizados de manera óptima y solo de esa manera. G. Lopera, "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización", en *Doxa*, 27, 2004, p. 218.

21. Para Alexy, los principios pueden diferenciarse de las reglas en que los primeros poseen características "prima facie". Esto conlleva que el deber consagrado en los principios se satisface en la mayor medida posible, caso contrario de las reglas cuya satisfacción se da de manera completa. Otro aspecto para tener en cuenta versa sobre la solución interpretativa de ambos tipos de normas a casos concretos; en el caso de las reglas para casos similares se adoptarán soluciones similares, pero en los principios no funciona de la misma manera gracias a la indeterminación de aplicabilidad a un contexto fáctico. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 99.

22. La idea de ver a los diferentes mundos normativos como mundos posibles nace de la teoría desarrollada por Jeremy Bentham de los signos vacíos. Según él, el derecho está compuesto por una serie de expresiones llamadas ficciones, que son hechos falsos que piensan como verdadero, además dichas ficciones deben ser útiles para el lenguaje jurídico. Esto conduce a que las ficciones fabulosas deban ser eliminadas del lenguaje jurídico. Solo las ficciones plausibles, como la palabra "obligación", deben mantenerse en el lenguaje por medio de la definición contextual o método de la paráfrasis. Sin embargo, Bentham no considera que todo el derecho sea un mundo de ficción. J. J. Moreso, "Las ficciones de Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis", en *Doxa*, 3, 1986, p. 130.

23. La propuesta de Bentham solo consistió en darle el tratamiento de ficciones a algunos términos del derecho, pero no a todo el derecho como sistema jurídico. El desarrollo de esta visión del derecho como ficción se extrajo de la aplicabilidad de la visión de los mundos posibles a la historia; este ejercicio demuestra que las conexiones de los hechos históricos

En la sintaxis²⁴ de los signos que conforman el lenguaje bien formado de los deberes ideales²⁵ se evidencian contradicciones lógicas, que son permitidas porque corroboran que los principios están en un constante estado de colisión. Alexy ilustra este fenómeno por medio del caso *Titanic* donde esta revista satírica llamó asesino nato y tullido a un oficial minusválido que fue reintegrado al servicio²⁶. En este caso se presenta una colisión entre el derecho de la libertad de expresión contra el derecho de personalidad. En términos lógicos se expresa así:

$$(5) \quad \forall x (TIx \rightarrow PRx)$$

Esta fórmula expresa: para todos los x , si x es una expresión de la libertad de expresión, entonces está permitida la realización de x . Si se reemplaza x por la conducta llamar tullido al sujeto (a) y si idealmente (a) hace parte de la libertad de expresión, por la aplicación de la regla de *ponendo ponens*, se concluye²⁷:

$$(6) \quad Pra.$$

En oposición, tenemos el derecho a la personalidad derivado de la dignidad, que lógicamente se expresaría así:

$$(7) \quad \forall a (T2a \rightarrow \neg Pra)$$

para explicar algún fenómeno actual no está determinado por la necesidad, sino que dicha unión se desarrolla de manera argumentativa, dejando a la posibilidad como la mejor herramienta para producir el entrelazamiento. En el campo del derecho, este es considerado como una ficción que se entrelaza por medio de posibilidades con el mundo real, pero dicha conexión requiere de la argumentación. G. Hawthorn, *Mundos plausibles mundos alternativos*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 24.

24. La sintaxis como dimensión del proceso semiótico en el campo del derecho se relaciona con el criterio de coherencia del sistema. Este criterio surge de la relación del denominado universo de casos con el universo de las soluciones maximales. Cuando para cada caso existe más de una solución maximal, se debe revisar si estas son compatibles entre sí. En el evento de que estas sean incompatibles, generaría el problema de incoherencia sistémica. Pero, este problema no es extensible a la teoría de los principios, ya que, al gozar de un alto nivel de indeterminación respecto de las acciones necesarias para satisfacerlos, permite que existan contradicciones lógicas. C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemas normativos*, Astrea, Bogotá D. C., 2013, p. 24.

25. Los lenguajes bien hechos o bien formados son todos aquellos que han introducido a su sistema de expresiones proposiciones protocolarias, la inclusión de este tipo de enunciados por medio de los procesos de evaluación determinados por el mismo sistema admite varias posibilidades, pero las más importantes a saber son la aplicación de reglas empíricas, y el proceso de axiomatización. Ya asimiladas, por medio del razonamiento deductivo, se generan nuevos elementos proposicionales para el sistema. Los principios como deberes ideales no son la excepción, toda vez que, de la aplicabilidad del razonamiento deductivo, se generan deberes ideales secundarios. G. Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973, p. 35.

26. R. Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, AD-HOC, Buenos Aires, 2010, p. 49.

27. *Ibid.*, p. 50.

Esta fórmula expresa: para toda expresión llamar tullido a un sujeto. Si esta expresión es una restricción al derecho de personalidad, entonces no está permitida la realización de la actividad llamar tullido a un sujeto²⁸. Al igual que la operación anterior, si se aplica el *modus ponens*, se concluirá la norma:

(8) *PRa*

Como ambas normas hacen parte del mismo lenguaje bien formado, se presenta una contradicción entre (8) y (6). Según Alexy esta contradicción puede verse de dos maneras: desde la perspectiva ideal y sobre la del deber real. Desde la primera de ellos, si los dos deberes en contradicción son deberes ideales, no existiría problema, por no estar relacionado con el mundo empírico, además sería una comprobación lógica de la tensión existente entre los principios²⁹; en cambio desde la óptica del deber real, dicha contradicción es inadmisibile, en tal evento el juez constitucional deberá optar por uno de estos deberes ideales por medio de la ponderación. Desarrollado este ejercicio, aplicará el ganador (con los niveles de interferencia al otro) al caso concreto por medio de un deber real y técnico³⁰:

(9) *PtrRa*

(10) *PtrRa*

Cabe recordar que la facultad de la Corte Constitucional para generar normas particulares técnicas, resultantes de la interpretación de algún principio constitucional para solucionar un caso concreto, deriva de las formulaciones normativas de segundo orden postuladas en (1), (2), (3) y (4). Necesariamente debe ser así ya que en algunos casos los argumentos justificantes de la norma técnica sobrepasan los límites del caso particular para hacerse obligatorios para el conglomerado social. Además, la Corte Constitucional, cuando declara la inconstitucionalidad de alguna norma en virtud del control de constitucionalidad, estaría afectando a la sociedad entera³¹.

28. *Ibid.*, p. 50.

29. *Ibid.*, p. 51.

30. *Ibid.*, p. 52.

31. De hecho, la conexión entre el mundo ideal de los principios (donde podemos encontrar plenamente la normatividad constitucional) con la realidad está previamente establecida en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia. En estos eventos, la Corte adopta la postura de “*médium*”, que interpretará de la mejor manera los mensajes de ese mundo paralelo al nuestro. *Constitución Política de Colombia*, Panamericana, Bogotá, 2016, p. 214.

III

Precisamente por la capacidad que tienen las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional para afectar a toda la sociedad, se justifica el debate público entre la entidad antes mencionada y el pueblo. Pero el debate no puede generarse en el proceso de decisión de la entidad, sino que debe proponerse cuando el fallo se produzca. Los argumentos esgrimidos por el pueblo en contra del fallo deben tener en cuenta las reglas sobre las posiciones morales válidas³², de esa manera se mitigaría, en parte, la posibilidad de que la mayoría afectara los derechos de las minorías. A pesar de ello, el pueblo no estaría facultado para debatir decisiones que versen sobre la dignidad humana, ello se debe a que la dignidad humana es la base de toda la estructura de los derechos constitucionales³³.

El debate se presenta del siguiente modo: para que se dé la validez de una norma, esta debe ser aceptada por todas las personas que se puedan ver afectadas en sus intereses por la ejecución de esta norma, esta aceptación debe darse como resultado de un consenso al cual se ha llegado por la participación de todas las personas en el discurso. El discurso racional tiene su origen en la pretensión de la sociedad para el análisis de la validez de una decisión problemática que debe ser aceptada por todos³⁴.

Para que el discurso que da lugar al consenso sea válido, las razones que argumentan las personas y sus contribuciones en el discurso no deben ser restringidas *a priori*, para que se puedan justificar las normas de acción se deben tener en cuenta todas las posiciones que se dan en el discurso. Las normas de acción pueden justificarse por razones pragmáticas, ético-políticas y morales³⁵.

32. La cuestión sobre cómo se puede elucidar una posición moral válida requiere de la aplicación de ciertos criterios: 1) La posición moral no puede estar basada en prejuicios, los prejuicios son posturas que se fundamentan en consideraciones que convencionalmente han sido rechazadas por la mayoría de las sociedades; 2) En el sistema de creencias de un sujeto no puede existir repulsión hacia un grupo de personas como producto de una reacción emocional; 3) La posición moral no puede estar basada en hechos falsos, porque iría en contravía de las normas de verificación y discusión que mínimamente han sido aceptadas por la sociedad; y 4) La posición moral no puede estar basada en sistemas de creencias ajenas, este criterio tiene como excepción la religión. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 361.

33. Las acciones tomadas por los regímenes fascistas y nazistas, aunadas a la polémica derivada de los juicios de Núremberg, en donde los acusados invocaron el principio de legalidad en su defensa, propiciaron la caída del positivismo jurídico ideológico a mediados del siglo XX. Así surge el llamado postpositivismo, que gira alrededor del problema referente a la función social del derecho y a la forma de interpretarlo. Esta nueva teoría del derecho incluye la definición de las relaciones entre valores, principios y reglas como los nuevos aspectos paradigmáticos en la interpretación del derecho constitucional. Tanto el elemento interpretativo como el elemento funcional del derecho están forjados sobre la base de la *dignidad humana*. L. R. Barroso, "La nueva interpretación constitucional y el papel de los principios en el derecho Brasileños", en *Teoría y realidad constitucional*, 14, 2004, p. 180.

34. J. Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2001, p. 172.

35. *Ibid.* p. 173.

Las normas jurídicas deben representar los intereses de todas las personas por igual, no se valida la norma por la decisión de la mayoría, esto representa una vulneración a los derechos de las minorías, deben tener un punto de equilibrio para que las normas vayan según los intereses de todos³⁶.

Se debe argumentar según el tipo de razones y cuáles son las cuestiones que se van a tomar en el discurso. Cuando las cuestiones son morales, el principio de discurso debe tener un concepto de universalización³⁷. El principio de discurso en las cuestiones morales trasciende los ámbitos públicos y privados, va en el fuero interno de la persona pero afecta la convivencia social, tiene un carácter universal. La moral se ve representada en un código jurídico que sirve de base para el derecho de la sociedad, estas normas están validadas por medio del discurso, cuando ya han sido aceptadas por todos los miembros de la sociedad³⁸.

Cuando se da la separación del principio moral y el principio democrático, el principio democrático es la autodeterminación que tienen los individuos de la sociedad para aceptar la igualdad entre todos sus miembros, respetar su libertad mutua por medio de la voluntariedad. Por el contrario, el principio democrático se basa en un sistema de derechos y genera la creación de normas, pero la moral está en la estructura interna de las personas³⁹.

Finalmente, el derecho tiene dos aristas que se pueden reconocer: por un lado, el sistema de saber, que son los conocimientos, interpretaciones de la norma y proposiciones que se hacen al derecho desde la teoría jurídica, y por otro lado, está el sistema de acción, que es el derecho como institución y los elementos regulativos. El juez debe tener en cuenta estos dos aspectos para poder tomar decisiones, la teoría jurídica y la norma como tal, saber el derecho y poder aplicarlo en los casos concretos para poder resolverlos⁴⁰, cuando el juez se enfrenta a un caso complejo, cuando parece que la norma jurídica no tiene la solución para el caso, el juez puede interpretarla con su sistema de saber del derecho para resolver estos casos⁴¹.

36. Ibid. p. 173.

37. Ibid. p. 174.

38. Ibid. p. 175.

39. Ibid. p. 176.

40. Ibid. p. 180.

41. Ibid. p. 181.