

LA PARADOJA DE LA MORAL EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL: INDAGACIÓN¹

THE PARADOX OF MORALITY IN CONSTITUTIONAL LEGAL REASONING: INQUIRY

Francisco Antonio Pino Pino

<https://orcid.org/0009-0002-2781-9342>

francisco.antonio.pino@gmail.com

Doctorando en Derecho por la Universidad Central de Chile

Profesor de la Escuela de Derecho de la
Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Chile.

RESUMEN *Este artículo tiene como objetivo estipular una paradoja en el razonamiento constitucional todavía no identificada: la he denominado la paradoja de la moralidad (y sus efectos) en el razonamiento jurídico constitucional y los retos a los que se enfrenta el Estado constitucional de Derecho. La identifico como un rasgo constitutivo de la vida constitucional moderna, y propongo una enunciación de la paradoja y sus principales efectos paradojales. Finalmente, propongo una relectura de la metáfora de Ulises encadenado a fin de comprender esta paradoja e identificar caminos que nos permitan lidiar con ella.*

Palabras clave: *Razonamiento jurídico. Constitución. Paradoja. Moralidad. Estado Constitucional de Derecho.*

¹ Artículo enviado el: 03/02/2025. Aprobado el: 19/03/2025.

ABSTRACT *This article aims to stipulate an as yet unidentified paradox in constitutional reasoning: I have called it the morality paradox (and its effects) in constitutional legal reasoning and the challenges facing the constitutional rule of law. I identify it as a constitutive feature of modern constitutional life and propose an enunciation of the paradox and its main paradoxical effects. Finally, I propose a re-reading of the metaphor of Ulysses in chains in order to understand this paradox and identify ways to deal with it.*

Keywords: *Legal reasoning. Constitution. Paradox. Morality. Constitutional Rule of Law.*

1. Una introducción posible

Si existe o no una relación entre derecho y moral, y de existir, cómo puede calificarse, esto es uno de los temas centrales y permanentes de la teoría jurídica² y de las comunidades políticas occidentales. Es una pregunta que parece no envejecer, tomando distintas formas y presentaciones en medio de una expansión de la reflexión constitucional y de teorías constitucionales de muy diverso tipo. En esta relación, la que subsiste entre derecho y moral, está el punto primitivo de discusión teórico, filosófico y político; es este punto primitivo el que se presenta de diversas formas en la reflexión filosófica jurídica y que hoy en día se ve amplificado por el modo en que se comprende la constitución y su lenguaje.

El modo en que se comprende está constituido, dentro de otras cosas, por un contexto expansivo de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos modernos, y del efecto inflacionario del lenguaje jurídico de *los derechos*³ acompañado de la pregunta por el mejor método para equilibrar el control de los jueces frente al poder propiamente político⁴. De este modo, se sitúa la reflexión permanente sobre el lenguaje constitucional y su relación con la moral en lo jurídico y lo político.

Como lo ha señalado claramente Barberis,

2 Para una revisión y crítica de las posibles relaciones véase Comanducci (2003). Un punto de referencia obligado sobre esta cuestión se encuentra en el debate entre Hart y Dworkin; una revisión crítica de este punto puede consultarse en Leiter (2007). Finalmente, para una comprensión seminal de la distinción véase Bobbio (1991) y Bobbio (2018).

3 Un ejemplo recién de este fenómeno en Chile, y que produjo algo de atención mundial (Muñoz *et al.*, 2024) es el de los “neuroderechos”. Sobre esto véase Pino Pino (2024; 2025a).

4 Sobre el particular véase Waldron (1999), (2019) y el trabajo de J. H. Ely (1997).

Los estudios jurídicos están viviendo un auténtico giro ético, es decir, los juristas parecen ocuparse cada vez menos de reglas y cada vez más de principios y valores: en resumen, de ética, entendida como el conjunto de todos los valores prácticos (morales, políticos, jurídicos...). Incluso quien enseña derecho privado o derecho constitucional se encuentra frente al mismo problema de quien enseña filosofía del derecho o teoría del derecho o doctrina⁵ de la justicia: por un lado, no puede evitar hablar de valores; por el otro, tampoco se resigna a convertirse en una suerte de propagandista, incluso cuando se trata de valores ampliamente compartidos como aquellos de los que habla este libro (Barberis, 2008, p. 11).

Dentro de los diversos tópicos posibles que alcanzan este tema, me detendré en uno de especial relevancia para la comprensión de la jurisdicción constitucional⁶: la dimensión del razonamiento jurídico relativa al uso de la *moral* como recurso argumentativo. En particular, quiero identificar en el razonamiento jurídico constitucional una paradoja: *a saber, la producida por la irrelevancia del lenguaje moral en virtud de la inclusión imperativa de valores y principios de este tipo de razonamiento*. Aquí lo imperativo es: i) en relación al requerimiento del ordenamiento jurídico: considerar dentro del sistema de fuentes este tipo de contenidos morales, ii) respecto de los individuos que, de conformidad a lo anterior, los reclaman jurídicamente y iii) respecto de la perspectiva de quién ejerce la jurisdicción: obligatoriamente debe usar estos contenidos morales en la justificación de sus decisiones⁶.

Esta nueva paradoja constituye un punto fundamental de comprensión del lenguaje filosófico constitucional y también de la forma en la cual termina articulándose el lenguaje jurídico en la discusión pública. En consecuencia, presento una perspectiva de análisis que identifica una paradoja la cual está presente en la vida constitucional ordinaria.

En las páginas que siguen, me propongo identificar y estipular la paradoja en el marco del Estado Constitucional de Derecho junto a sus principales efectos. Junto con la identificación de la paradoja y sus efectos, presento una lectura crítica de la comprensión constitucional de este asunto, una relectura de la *metáfora de Ulises encadenado* observando el consejo de la diosa Circe como una nueva clave de lectura frente a los desafíos del paradojal comportamiento del lenguaje constitucional y político. De este modo, el artículo tiene como

5 Piénsese en trabajos clásicos que han puesto el foco en el comportamiento judicial y sus decisiones en el contexto de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos (Bickel, 1986) cuando este, además, está a cargo de resolver de forma definitiva un conflicto de relevancia jurídica y política.

6 Y en ese punto, en el razonamiento judicial, puede presentarse más o menos restrictiva de la actividad jurisdiccional.

objetivo estipular una paradoja en el razonamiento constitucional⁷ todavía no identificada: la paradoja de la moralidad (y sus efectos) en el razonamiento jurídico constitucional, planteando adicionalmente algunas preguntas y abriendo una nueva agenda de investigación respecto de la paradoja, sus efectos e inquietudes planteadas⁸.

2. La paradoja

En un reciente artículo, Szczaranski (2024)⁹ caracteriza y aborda – *brandomianamente* – la *paradoja del constitucionalismo* a través del estudio de la idea de *poder constituyente*. Esta estimulante lectura, comprensión y armonización de la idea de *poder constituyente* y *autoridad* a través del caso chileno me ha dado la oportunidad de reflexionar sobre la importancia de las paradojas en la vida constitucional. Tomando ese camino me propongo un desafío más modesto, a saber, el de enunciar una nueva paradoja que se encuentra en la vida constitucional ordinaria: *la producida por la irrelevancia del lenguaje moral en virtud de la inclusión imperativa de valores y principios de este tipo en el razonamiento jurídico de quienes tienen a su cargo el ejercicio de la actividad jurisdiccional*.

A la base de esta paradoja se encuentra el imperativo que busca, bajo cierto modelo teórico, la comprensión de la Constitución como algo más que un texto que instituye y balancea poderes. En su origen, la inclusión del lenguaje moral en el lenguaje jurídico pretendía tener un efecto cristalizador y protector de los valores humanos considerados indispensables para el funcionamiento del orden jurídico moderno. Hoy, ese ideal se encuentra en aprietos frente a los efectos paradojales de la inclusión de valores y principios morales en el lenguaje constitucional.

Las paradojas del Estado Constitucional de Derecho tienen un origen y desarrollo multicausal, sin embargo, la tensión que está a su base es el signo de una época: la modernidad. El núcleo de significado de la modernidad en la cual se despliega el derecho, para Bauman¹⁰, es definido por la relación que

7 Este artículo no es una crítica a una corriente teórica particular, sino una indagación teórica respecto de un fenómeno jurídico que está históricamente situado.

8 El desafío es plantear, estipular e identificar la paradoja; el artículo no pretende ofrecer una solución, es el primer paso que corresponde a la identificación, estipulación y apertura de una agenda de investigación sobre una cuestión no tematizada en los términos que acá se proponen.

9 Una revisión y aplicación del *modelo brandomiano* adaptado a la comprensión jurídica puede verse en el desarrollo teórico que el mismo autor ha presentado en Szczaranski (2021b; 2021a).

10 Z. Bauman, *Modernity and Ambivalence*, Londres, Polity Press, 1991, pp. 1-15, 53-74 de su edición en español en "Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo", Josey

se da entre orden y caos; ellos son los gemelos modernos, el motor de nuestra forma de comprender. En su explicación, el acto de clasificar sostiene que el mundo se compone de entidades consistentes y distintivas; a continuación, indica que cada entidad tiene un grupo de entidades similares o adyacentes a las que pertenece, y con las que – en conjunto – se opone a otras entidades; de este modo, clasificar consiste en relacionar patrones diferenciales de acción en diferentes clases de entidades (*la evocación de un específico patrón de conducta se convierte en el criterio de definición de clase*). Este gesto moderno, a saber, la necesidad de lidiar con la indeterminación y promover el orden como propósito está a la base del nacimiento del Estado nación y sus ulteriores desarrollos.

De este modo, clasificar, siguiendo a Bauman, es dotar al mundo de estructura: manipular sus probabilidades, hacer algunos sucesos más verosímiles que otros, comportarse como si los sucesos no fueran determinados por el principio de causalidad o como si se pudiera limitar o eliminar la arbitrariedad de los acontecimientos.

Este gesto moderno de clasificación, exclusión e indeterminación permanente se encarna también en el modo en que nos relacionamos y razonamos. El neoconstitucionalismo y el Estado Constitucional de Derecho como forma histórica que ha adoptado la organización estatal¹¹ han tenido que lidiar con ese motor moderno que es el orden y el caos; principalmente, alegando la necesidad de comprender a la Constitución como norma suprema¹² y la inclusión de valores y conceptos morales como una cuestión imperativa frente a las atrocidades de la guerra¹³.

De este modo, *Constitución como norma suprema*, suele ser entendida con especial referencia a esa inclusión de principios y valores morales que, frente a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial, se presentan como un núcleo de certeza, de protección, de clasificación de lo infranqueable, en definitiva, del “orden”. Así, la Constitución con un contenido axiológico particular es la respuesta jurídico-política y teórica que entiende que estos contenidos tienen un carácter imperativo respecto de todos los individuos e instituciones que

Berain (comp.), Editorial Anthropos, 1996, pp. 73-119. A este respecto, recurro a Bauman simplemente para ilustrar una relación paradojal, en el contexto del surgimiento del Estado nación, entre el ordenar/clasificar y la indeterminación y los problemas de infra y supra calificación. Es un elemento ilustrativo de un problema.

11 Junto con Comanducci, véase Pozzolo (2016) y Pozzolo (2011).

12 Sobre la noción de “norma suprema” y su relación con la idea de jerarquía normativa, véase Guastini (1995).

13 Para una breve revisión de la relación entre derecho y moral contextualizada en el paso histórico al Estado Constitucional de Derecho, véase Barberis (2015, pp. 13-58).

integran el ordenamiento jurídico en cuanto a la forma en la que se estructuran y los contenidos que deben respetar.

El razonamiento jurídico en el contexto de los Estados Constitucionales de Derecho, históricamente situado, promueve la inclusión (de forma imperativa) de una dimensión moral en la constitución y al mismo tiempo se ve obligado a lidiar con la indeterminación de esos conceptos y su aplicación. De este modo, en tanto establecen como imperativa la inclusión de ciertos principios y valores morales en la Constitución, deben lidiar con su *armonización conceptual* (determinar su sentido en el contexto normativo) y *armonización social* en tanto las alegaciones constitucionales traducirán esa indeterminación y lucha por clasificar y conceptualizar el contenido moral. De ahí que el espíritu moderno encarna esa necesidad normativa, ahora jurídica, de clasificar y positivizar un conjunto de valores que por definición son vagos. Su inclusión imperativa viene acompañada de la necesidad de determinación conceptual de estos contenidos morales; ante cada acto de determinación se produce indeterminación, pues hay situaciones que no estarán incluidas en el ámbito de aplicación de dicho valor moral o simplemente porque su vaguedad se reproduce en cada acto de determinación.

Así, la inclusión de valores morales y conceptos vinculados a la moralidad intentan dar respuesta a una necesidad normativa de determinación (ciertos valores son relevantes para el sistema normativo moderno: dignidad, por ejemplo) al tiempo que produce indeterminación en la aplicación de estos mismos valores (la noción de autonomía frente a, por ejemplo, la eutanasia, el aborto, entre otros). Con esto lidiará el razonamiento jurídico constitucional: la inclusión imperativa de valores morales como elementos determinantes de la forma en que entendemos el derecho moderno al tiempo que reproduce la indeterminación conceptual de ese contenido moral.

Ese afán por lograr la *clasificación* y aplicación de este contenido moral es quimérico, y el resultado es reproducir la indeterminación de su contenido y la consecuente demanda de mayor inclusión/precisión. Este ciclo está paradojalmente presente en la vida constitucional ordinaria, en particular, en cada proceso de interpretación y aplicación de derecho que implica una referencia o pronunciamiento respecto de conceptos morales (aborto, eutanasia, objeción de conciencia, entre otros posibles temas) que lejos de resolver un conflicto, y armonizar intereses sociales, reproduce su indeterminación.

En consecuencia, sostendré que la *paradoja moral en el razonamiento jurídico*¹⁴ consiste en lo siguiente: en el Estado Constitucional de Derecho, la

14 Los efectos paradojales de su inclusión en el lenguaje jurídico.

inclusión de términos y conceptos morales en el lenguaje de la Constitución¹⁵ (con la inerradicable polemidad e indeterminación del lenguaje moral y constitucional¹⁶) es imperativa¹⁷. Esta inclusión imperativa implica la necesidad de determinar ciertos contenidos morales como parte del derecho fijándolos como necesarios¹⁸ (por ejemplo, la dignidad), produciendo una atomización de la indeterminación conceptual de esos términos morales que además son utilizados estratégicamente como argumentos (o partes de argumentos) dentro del razonamiento constitucional. De este modo, su inclusión imperativa en los textos constitucionales redonda en una banalización del contenido de ese lenguaje moral que termina diluyendo su importancia en la atomización conceptual y su relevancia puramente estratégica.

En consecuencia, la inclusión imperativa de conceptos morales, que pretende determinar y fijar ciertos contenidos como necesarios para el derecho, deviene en la indeterminación y el uso estratégico del lenguaje moral en el derecho. Ahí la síntesis de la paradoja: un imperativo de determinación y certeza termina atomizando el lenguaje jurídico y moral produciendo mayor indeterminación, redundando en un uso especialmente estratégico de los valores morales positivizados.

Los efectos de esta paradoja son los que siguen: *i.* acentuación de la vaguedad de los conceptos morales utilizados, que redunda en una *ii.* atomización del uso de términos morales del lenguaje constitucional, la *iii.* utilización estratégica de algún contenido moral (siempre variable para efectos de su rol en el razonamiento jurídico) y disponible para una argumentación *ad hoc* y *iv.* como consecuencia de lo anterior, la irrelevancia del discurso moral y de su fuerza imperativa por su uso puramente estratégico y deliberadamente vago.

En síntesis, la inclusión del lenguaje moral en la constitución, convertido en un imperativo del Estado Constitucional de Derecho, está lejos de sustraer de la esfera de lo polémico estos valores morales; muy por el contrario,

15 El giro histórico, situado en el mundo posguerra, implica cambios en la cultura jurídica y la comprensión del ordenamiento jurídico. Sobre esto véase (Guastini, 2018, pp. 187-207; Aguiló, 2007).

16 Esto es bastante obvio: cada individuo adopta un código moral, una religión, un conjunto de ideas políticas de forma libre. En torno a ellas, los conceptos fundamentales pueden mutar o incluso ser incompatibles entre sí (característica también obvia cuando de artefactos creados por seres humanos se trata) y están sujetos a la evolución de las ideas de cada sujeto individual y colectivamente considerado. Un estudio indispensable desde la perspectiva metaética que puede consultarse es el de Mackie (2000).

17 Como se indicó más arriba, imperativo: i) en relación al requerimiento del ordenamiento jurídico de considerar dentro del sistema de fuentes este tipo de contenidos morales, ii) respecto de los individuos que los reclaman jurídicamente y iii) respecto de la perspectiva de quién ejerce la jurisdicción que obligatoriamente debe usar estos contenidos morales en la justificación de sus decisiones.

18 Son “presentados” por quién ejerce la función jurisdiccional o por quien lo alega. En lo relativo a este punto, sostengo la clásica tesis de la separación conceptual entre derecho y moral.

redunda en una indeterminación conceptual profunda. Así, se construye un perfil de juez en tensión con el ideal normativo del Estado Constitucional de Derecho. Esta reflexión hace explícitos estos problemas y contribuye al estudio del razonamiento jurídico constitucional advirtiendo la paradoja y la tensión jurídico/política de quién ejerce la función jurisdiccional constitucional. A continuación, se analizan con más detalle los efectos de esta paradoja.

2.1 Notas sobre los efectos de la paradoja

Esta paradoja tiene efectos colaterales: el auge del lenguaje constitucional y su hiperinflación, la aproximación desde los derechos fundamentales a una multiplicidad de temas disimiles, entre otros que es necesario analizar con más detención.

Estos efectos colaterales se alimentan de la paradoja: los *input* de esta paradoja son la mayor demanda (y consagración) de derechos, demanda de más contenidos constitucionales considerados relevantes, demanda de más necesidad de determinación de los límites y alcances de esos derechos; el *output de esta paradoja* es la producción de más contenidos constitucionales *ad hoc*, mayor indeterminación de los contenidos constitucionales y la consecuente demanda de más determinación, mayor indeterminación de las normas constitucionales que – implícita y/o explícitamente – expresa la constitución y, finalmente, una multiplicidad de aproximaciones que reclaman la legitimidad de forma exclusiva y excluyente.

Estos efectos colaterales entrelazan la actividad legislativa, política y en la agenda social que lidian con problemas similares. Conviene esquematizar algunos de estos efectos paradojales y ponerlos en perspectiva.

El primer efecto colateral de carácter conceptual se observa en la relación entre derecho y moral¹⁹ que, en virtud del *imperativo de inclusión*, se traduce en una mayor tensión e imprecisión en la capacidad de adjudicar derecho como una característica persistente y en contradicción con la necesidad de certeza y exaltación de esos contenidos morales positivizados. De conformidad a las reglas que usualmente establecen los Estados Constitucionales de Derecho, se configura una relación de obligatoriedad del uso de valores y principios morales (v.gr. dignidad, conciencia, igualdad²⁰) como imperativos en la argumentación

19 Como se ha referido, esta tensión no es propia del neoconstitucionalismo sino, más bien, responde a la clásica disputa conceptual entre iusnaturalismo y positivismo jurídico.

20 En el conocimiento y fallo de diversos casos es posible advertir la complejidad del uso de este tipo de conceptos. Un caso ya clásico es el relativo al análisis que el Tribunal Constitucional de Chile desarrolló respecto de la interpretación de la disposición sobre el matrimonio contenido en el código civil chileno. Dicho caso es ilustrativo de la diversidad y transversalidad de la comprensión ideológica, la relación entre derecho

(relación de obligatoriedad interna) y, al mismo tiempo, tiene que lidiar con la contingencia del contenido de lo que se entiende por conciencia o dignidad. De este modo, los jueces deben lidiar con el imperativo de usar estos contenidos morales positivizados y, al mismo tiempo, intentar determinar su contenido con oportunidad del caso²¹.

El problema, a propósito de este efecto, es que los argumentos morales son *indecidibles* en al menos dos importantes sentidos: *primero*, no es posible por medio de la deliberación política ni judicial arribar a algún contenido moral objetivo e intersubjetivamente compartido; *segundo*, que, siendo condición necesaria de la argumentación jurídico/política²² la consideración de los elementos morales positivizados, estos se presumen como significados estables y claros. Esto no es así, menos para quien ejerce la competencia jurisdiccional, por ello la determinación y uso de ciertos valores y principios morales termina por articularse de forma exclusiva en función de casos, ideologías y teorías dogmáticas²³, relegándose la enunciación de los contenidos morales a lugares comunes ampliamente indeterminados²⁴.

El segundo efecto colateral, que se desprende de lo anterior, es el relativo al comportamiento de los estudiosos del derecho. Hay en ellos una “*actitud dogmática*” que se vincula con una aproximación estratégica y contingente en la determinación, uso y argumentación con estos contenidos morales positivizados. Así como los litigantes, los dogmáticos también asumen posturas ideológicas y políticas en su reflexión y determinan ciertos contenidos morales de conformidad a sus intereses modeladores. Un ejemplo global es el uso del lenguaje ético como puerta de entrada de los juristas a la conversación sobre la regulación (o no) de las nuevas tecnologías y desarrollos tecnológicos como la Inteligencia Artificial.

y la moral del juzgador, así como problemas estrictamente técnico-jurídicos. Para una revisión breve del caso, véase Contesse (2012).

21 En principio, que la jurisdicción lide con problemas de interpretación en abstracto y en concreto no es una novedad; lo relevante de este punto radica en que, respecto del uso de conceptos morales, su efecto es reproducir indeterminación en la norma de mayor jerarquía e indeterminación conceptual que en la actividad jurisdiccional constitucional puede llevar a resultados que promuevan la incertezza (contra la cual lucha) y aplicaciones contradictorias al intentar cumplir con la satisfacción más amplia posible del requerimiento que se ampara en dichos contenidos morales positivizados.

22 Atendida la incorporación históricamente contingente de conceptos morales en la constitución y su consagración positiva en la Constitución como norma.

23 Desde luego que ideologías y teorías dogmáticas son elementos siempre presentes en toda actividad interpretativa, sin embargo, el problema se muestra en que el imperativo de inclusión de valores y principios morales no contribuye a la estabilidad de la deliberación o al respeto de valores constitucionales mínimos. Por el contrario, contribuye a la inestabilidad, haciendo absolutamente irrelevante ese compromiso constitucional.

24 Creo que es importante abrir una línea de discusión respecto de lo que denominamos “activismo judicial”, especialmente en Latinoamérica en razón de este panorama.

Este segundo efecto no dice relación con la habitual y común actividad de interpretar, argumentar y discutir el contenido de las disposiciones, de pensar el derecho desde un enfoque particular, reconociendo la textura abierta del lenguaje jurídico en general y constitucional en particular. El efecto se refiere al aprovechamiento estratégico de estos contenidos morales positivizados para preformar el contenido del derecho que tributa en la jurisdicción constitucional a una atomización del lenguaje jurídico y su capacidad de resolver y decidir conflictos jurídicos: es un ejemplo del efecto paradojal de la utilización estratégica del lenguaje de contenidos morales positivizados, con efectos atomizadores²⁵.

El tercer efecto colateral, y el que mejor caracteriza esta paradoja, es que la incorporación imperativa de la moral, acompañada de la reflexión teórica y dogmática, ha devenido en la irrelevancia moral de ese imperativo. Su consideración y uso ha producido una utilización puramente estratégica y *ad hoc* que tensa la posición del juez constitucional.

La importancia de poner de relieve este efecto paradojal es su carácter interno: desde el enfoque que demanda la inclusión de contenidos morales en el ordenamiento jurídico se espera certeza y protección fundamental al individuo la cual se ve fuertemente atenuada y afectada por el efecto atomizante de este mismo lenguaje. En este sentido, es un efecto paradojal interno. Este es un efecto que se produce por un determinado diseño institucional, el Estado Constitucional de Derecho, y por un imperativo específico de inclusión y deber de uso en el razonamiento constitucional. En consecuencia, este efecto se produce con total independencia de la perspectiva metaética que se sostenga o de la concepción teórica que se utilice para aproximarse a la actividad interpretativa.

En síntesis, tres son los principales efectos de la paradoja: el primero efecto es la tensión entre derecho y moral que se traduce en una mayor tensión e imprecisión en la capacidad de adjudicar derecho; el segundo efecto es relativo al comportamiento de los estudiosos del derecho y se traduce en una “*actitud dogmática*” que se vincula con una aproximación estratégica y contingente en la determinación, uso y argumentación con estos contenidos morales positivizados; el tercer efecto, y el más claro, es la constatación de la irrelevancia moral como efecto de la imperatividad del uso de valores y principios morales.

25 Un desarrollo posible de este punto puede verse en “Expertos en ser expertos: actitud dogmática y aproximación al derecho” en Pino Pino (2025b).

Es inevitable pensar, a propósito de este tema, en la metáfora que usualmente se usa para referir a una figura de juez constitucional ideal: Ulises y las sirenas. Es interesante pensar en esta metáfora no solamente como la expresión de un comportamiento judicial ideal en sentido *weberiano*, ni tampoco como simple problema interpretativo/aplicativo. Es una metáfora que contiene estos problemas pero que invita a pensar la posición del juez en el diseño constitucional y en cómo el sistema genera efectos negativos en la actividad jurisdiccional.

3. ¿Son culpables las sirenas?

Una metáfora tradicional para referir la posición de los jueces constitucionales²⁶ es la que se construye refiriendo la posición de Ulises en su travesía con las sirenas. Esta metáfora, tomada de Elster (1984; 2000), intenta comparar la posición de los jueces constitucionales con la de Ulises atado al mástil: el mástil representa a la Constitución (el precompromiso) al cual, como Ulises, los jueces se atan a fin de no ceder ante el canto de las sirenas que en el momento de la política ordinaria susurran caminos interpretativos, intereses políticos y posiciones morales que serían incompatibles con ese precompromiso y el mandato de imparcialidad.

Este relato estándar pretende entender que la competencia del juez constitucional y los precompromisos constitucionales están en tensión con la seductora realidad de las pulsiones morales, intereses políticos e interpretaciones partisanas, entre otros elementos. En ese contexto, los precopromisos encarnan algún tipo de valor y/o acuerdo político despojado de polemidad al cual es posible aferrarse para mantener contenidas las pulsiones que también gobernan al juzgador.

De conformidad a lo anterior, se debe notar que la metáfora presupone, y no problematiza, el que los precompromisos estarían desprovistos del carácter político/moral o al menos sustraen su polemidad como variable relevante de la explicación metafórica. Así, la metáfora cumple un rol explicativo solamente si presuponemos que atarse a los precompromisos es garantía de evitar polemidad o toma de posición (al menos) lo cual constituye un antecedente de inicio del problema de la paradoja. Es un punto abierto y disputable el considerar a esos precompromisos constituidos por valores morales, políticos y quizás acuerdos sociales estratégicos (económicos, por ejemplo) como un

26 Un panorama sobre la cuestión relativa a la interpretación y control judicial que incluye la revisión de diversas posturas puede encontrarse en Buriticá-Arango (2019).

mástil firme. Es decir, que lo consagrado jurídicamente no es un punto de certeza sino el punto polémico a determinar; así, quien a ellos decide atarse está obligado a interpretarlos en la misma soledad convirtiéndose Ulises en su propia sirena. La paradoja planteada en este artículo es una manifestación de ese sentido común constitucional y de una comprensión de ciertos contenidos como no disputables y ciertos.

La metáfora, de este modo, se presenta como una lección respecto de la actitud epistémica del juez constitucional conectada al deber de imparcialidad. Así, la metáfora estándar, en relación al juez, expresa la idea de *autoconstricción* de su propia capacidad de comprender y resolver el caso para poder discernir lo que es debido *en derecho*. Sin embargo, esta restricción es primeramente epistémica, porque si la tensión fuera estricta y exclusivamente política sólo habríamos trasladado el problema de la deliberación política que se da bajo las reglas democráticas. Esto es interesante porque agrega otra característica a la actitud epistémica: el deber de *deferencia al legislador*; pero ya no como una mera repetición de la diferencia entre legislador positivo y negativo, sino que además como una actitud que se apoye en la actividad política para discernir aquello que en lo sustantivo es propio de su competencia. En otras palabras, la actitud epistémica se integra por una faz jurídica y otra política, como comprensión y elucidación de los límites entre órganos y funciones que, en esa comprensión estándar, no distinguen entre que un contenido se haya establecido normativamente en el derecho como “positivizado y por ello no disputable” versus que lo que se ha “positivizado, pero siguen siendo polémicos y disputables”²⁷.

El desafío frente a este panorama, que puede explicarse ejemplarmente con esta metáfora que es parte del sentido común de los constitucionalistas, es lograr equilibrar y distinguir entre lo que se ha establecido positivamente como “indecidible” y “polémico” con independencia del uso estratégico que se hace del contenido moral que se usa como objetivo²⁸ cuando se tiene plena conciencia de su polemidad y plasticidad.

En *La Odisea*, encontramos un pasaje muy interesante en el cual la diosa Circe da a Ulises un consejo al cual no creo que no hayamos prestado suficiente atención:

27 Podemos fijar como derecho positivo, y habitualmente lo hacemos, contenidos morales y políticos, pero ello no implica que dejen de ser disputables o polémicos. Así, podemos encontrar contenidos polémicos no disputables (el principio democrático en el Estado de Derecho Constitucional) y otros contenidos positivizados pero polémicos y en disputa (la dignidad y vida, por ejemplo).

28 Como un argumento para obligar en base a su moralidad y adicional positivización.

Ya ves que se ha cumplido todo lo que te dije. Ahora recuerda bien lo que voy a decirte. Cuando partas de aquí, primero encontrarás a las sirenas, que hechizan a los hombres con su canto. Quien se acerca a escucharlas ya nunca vuelve a ver a su esposa ni disfruta a sus pequeños hijos jugando alrededor, celebrando felices el regreso del padre, puesto que las sirenas, sentadas en un prado junto a un montón de huesos humanos putrefactos, lo atraen con su canto irresistible hacia los afilados peñascos de la costa. Tú pasarás de largo, y taparás con cera los oídos de los tuyos. Sin embargo, si quieres deleitarte con su canto, hazte atar de pies y manos al mástil de tu nave. Cuando haya pasado este peligro, ya no puedo decirte qué camino escoger (2009, pp. 102-103).

Es interesante notar que Ulises decide escuchar el canto, y sólo quienes lo acompañan en su travesía han tapado sus oídos. Otra cuestión interesante es que la diosa advierte que el error no es escuchar a las sirenas sino quedarse con ellas. Estas observaciones son importantes porque invitan a preguntarse *¿por qué Ulises quería escuchar? ¿por qué Ulises tenía que escuchar?* Si bien mi objetivo no es proporcionar una forma de resolver la paradoja, sino identificarla y comprenderla, esta reflexión invita a explorar caminos alternativos.

Así, intentar escapar de la paradoja, o domesticarla, implica escuchar a las sirenas, dar cuenta de la indeterminación y asumir la necesidad de vivir en libertad y tolerancia. Entender que, normativamente (jurídicamente), no podremos nunca dar cuenta de manera armónica de ciertos contenidos constitucionales de carácter moral y que el desafío es buscar la forma de resolver estas disputas sin pretender que el foco sea la determinación conceptual. Más bien, el punto es dar con decisiones constitucionales que permitan la armonía de distintos planes morales dentro de un mismo marco de reglas. El desafío no es el *contenido moral*, sino *la forma en que el derecho y la actividad jurisdiccional armonizan los intereses y programas morales de cada individuo en sus decisiones*. Por eso Ulises quería y necesitaba escuchar a las sirenas, pues debía escuchar, comprender y amarrarse para no ser presa del contenido moral como argumento para obligar.

Seguir ignorando esta paradoja y sus efectos contribuye a la total banalización del lenguaje moral, resultando simplemente un argumento o premisas de argumentos que por su sola invocación buscan obligar (apelar a la dignidad, por ejemplo). También producirá, tendencialmente, la multiplicación de significados imputables a los términos morales (vida, muerte, dignidad, autonomía) al punto de multiplicar las *posibilidades interpretativas ad hoc amparadas en esa presunta fuerza obligatoria moral* sin que constituya un conjunto de ideas, valores y principios jurídicamente adaptados de forma armónica a la resolución de controversias constitucionales.

La tarea de los órganos que custodian la Constitución es compleja. Deben lidiar con el deber de custodiar y proteger valores que no son los propios y que

muchas veces no conocen ni comparten. En concreto, sólo terminan teniendo como deber el estar sujetos al contenido moral *ad hoc* que deben determinar una vez concluido el ejercicio de control: la paradoja posibilita el que el órgano de control se convierta en custodio, creador y sujeto obligado de esos valores; en conservadores y/o activistas, en opresores y oprimidos y así en tantos otros calificativos.

El camino para lograr la domesticación de la paradoja se encuentra en una relectura de la metáfora de Ulises y las Sirenas en la cual, ni las sirenas son malvadas ni Ulises un sordo.

4. Conclusión

Este artículo exploró de forma filosófica una de las dimensiones más estudiadas y polémicas de la filosofía jurídica, a saber, la del razonamiento jurídico y en particular del razonamiento que se da en sede constitucional. Su polemidad está dada por diversas cuestiones que observan desde las deficiencias jurídicas de este tipo de jurisdicciones (Atria, 2013) hasta las implicancias filosófico-políticas de su configuración y actuación mostrando esa tensión entre lo político y lo jurídico (Atria, 2024) que encarna el concepto de “constitución”. En medio de esa complejidad, he enfocado mi estudio para identificar una paradoja con implicancias filosóficas, jurídicas, morales y políticas.

Así, he sostenido que, en un contexto expansivo de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos modernos, y del efecto inflacionario del lenguaje jurídico de *los derechos*, se sitúa la reflexión permanente sobre el lenguaje constitucional y su relación con la moral; esta discusión persistente en la filosofía jurídica toma diversas formas reflejando diversos frentes de discusión. Dentro de los diversos tópicos posibles que alcanza este tema, me he detenido en una dimensión del razonamiento jurídico relativa al uso de la *moral* como recurso argumentativo.

La *paradoja moral en el razonamiento jurídico* consiste en lo siguiente: en el Estado Constitucional de Derecho, la inclusión de términos y conceptos morales en el lenguaje de la Constitución (con la inerradicable polemidad e indeterminación del lenguaje moral y constitucional) es imperativa. Esta inclusión imperativa, fruto de la necesidad de determinar ciertos contenidos morales como parte del derecho fijándolos como necesarios (por ejemplo, la dignidad) produce una atomización de la indeterminación conceptual de esos términos morales que además son utilizados estratégicamente como argumentos (o partes de argumentos) dentro del razonamiento constitucional.

De este modo, su inclusión imperativa en los textos constitucionales redunda en una banalización del contenido de ese lenguaje moral que termina diluyendo su importancia en la atomización conceptual y su relevancia puramente estratégica

Junto con la identificación de la paradoja he presentado sus principales (y no únicos) efectos: el *primer efecto* es relativo a la tensión entre derecho y moral que se traduce en una mayor tensión e imprecisión en la capacidad de adjudicar derecho; el *segundo efecto* es relativo al comportamiento de los estudiosos del derecho y a una especial forma de “*actitud dogmática*” que se vincula con una aproximación estratégica y contingente en la determinación, uso y argumentación de estos contenidos morales positivizados; el *tercer efecto* es la constatación de la irrelevancia moral como efecto de la imperatividad jurídica del uso de valores y principios morales.

Para cerrar la reflexión, he desarrollado una lectura crítica de la comprensión constitucional de este asunto, tomando como punto de partida la *metáfora de Ulises encadenado*. A partir de esta metáfora, de amplio uso en lenguaje constitucional, he propuesto una crítica a propósito de la relectura del consejo de la diosa Circe como una nueva clave de lectura frente a los desafíos del paradojal comportamiento del lenguaje constitucional.

El desafío político que representa esta paradoja es el de comprender el rol del individuo y sus ideas en una comunidad democrática. Los precompromisos, ideas morales, planes de vida e ideologías son relevantes sólo en función de individuos libres que eligen ponerlas en práctica y guiar su vida en comunidad en torno a ellas. El desafío, en consecuencia, no es pretender erradicar la polemidad de la esfera política, moral o social, sino que hacerlas convivir de forma tolerante y equilibrada en el desacuerdo y la diferencia. La paradoja moral, en consecuencia, nos muestra que la imposición de un conjunto de ideas sociales, de moral positivizada, de ideologías puramente contingentes, bajo la forma de conceptos jurídicos o precompromisos en las condiciones explicadas, devienen en una escalada de irrelevancia de esas mismas ideas.

Este artículo tenía dos pretensiones: por un lado, enunciar una nueva paradoja del razonamiento jurídico constitucional y sus efectos²⁹ y, por otro lado, presentar algunas reflexiones críticas respecto a la forma en cómo entendemos la polemidad del razonamiento constitucional encarnado en la difundida metáfora de *Ulises encadenado*. Lo segundo es el inicio del camino para lidiar con lo primero y en conjunto permiten observar la inacabada profundidad

29 Y quizás de todo razonamiento jurídico, guardando las proporciones, y dependiendo del conflicto, los conceptos implicados y el nivel de vaguedad de los mismos.

de la figura de Ulises y el riesgo de convertirse en su propia sirena aferrado inquebrantablemente a sus precompromisos.

En síntesis, el artículo tuvo como objetivo estipular una paradoja en el razonamiento constitucional todavía no identificada. El desafío propuesto fue plantear, estipular e identificar la paradoja. Sin embargo, el artículo no pretende ofrecer una solución pues es el primer paso que corresponde a la identificación, estipulación y apertura de una agenda de investigación sobre una cuestión no tematizada en los términos que acá se proponen.

Bibliografía

- AGUILÓ, J. "Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nr. 30, 2007.
- ATRIA, F. "La Constitución trampa". Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2013.
- _____. "La forma del derecho y el concepto de lo político". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nr. 48, 2024.
- BARBERIS, M. "Ética para juristas". Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- BAUMAN, Z. "Modernity and Ambivalence". Londres, Polity Press, 1991 citado por su edición en español en "Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo", Josetxo Beriain (comp.), Editorial Anthropos, 1996.
- _____. "Introducción al estudio del derecho". Lima: Palestra, 2015.
- BICKEL, A. M. "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics". New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, N. "El problema del positivismo jurídico". México: Fontamara, 1991.
- _____. "Iusnaturalismo y positivismo jurídico". Madrid: Editorial Trotta, 2018.
- BURITICÁ-ARANGO, E. "Interpretación constitucional, control judicial de la ley y desacuerdos". *Revista chilena de derecho*, Vol. 46, Nr. 3, 2019.
- COMANDUCCI, P. "Las conexiones entre el Derecho y la moral". *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Nr. 12, 2003.
- CONTESSE SINGH, J. "Matrimonio civil y Constitución Política: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre matrimonio para parejas del mismo sexo". *Anuario de Derechos Humanos*, Nr. 8, 2012.
- ELSTER, J. "Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality". Cambridge: Cambridge University Press, 1984.
- _____. "Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints". Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- ELY, J. H. "Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional". Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.
- GUASTINI, R. "Normas supremas". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nr. 17-18, 1995.

- _____. “*Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*”. Lima: Editorial Palestra, 2018.
- HOMERO. “*Odisea*”. Buenos Aires: Kapelusz, 2009.
- LEITER, B. “Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence”. In: LEITER, B. (ed.). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MACKIE, J. L. “*Ética: la invención de lo bueno y lo malo*”. Barcelona: Gedisa, 2000.
- MUÑOZ, J. M. et al. “Effects of the first successful lawsuit against a consumer neurotechnology company for violating brain data privacy”. *Nature Biotechnology*, Vol. 42, Nr. 7, 2024.
- PINO PINO, F. A. “Neuroderechos y dogmática constitucional: aproximación crítica desde el artículo 19 N°1, inciso 5º”. *Revista Justicia & Derecho*, Vol. 7, Nr. 1, 2024.
- _____. “El caso Girardi con Emotiv sobre neuroderechos: síntesis y comentario”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, n. 45, 2025a.
- _____. “*Neuroderechos en Chile: crítica dogmática y jurisprudencial*”. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2025b (no prelo).
- POZZOLO, S. “*Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*”. Lima: Palestra Editores, 2011.
- _____. “Neoconstitucionalismo”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nr. 11, 2016.
- SZCZARANSKI VARGAS, F. “*Adjudicación en revisión judicial: una aproximación inferencial*”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021a.
- _____. “Sobre la relación regla/excepción. Una aproximación inferencial”. *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. 34, Nr. 1, 2021b.
- _____. “The Authority of Constituent Power”. *The Modern Law Review*, 2024.
- WALDRON, J. “*Law and Disagreement*”. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- _____. “*Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*”. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2019.

