

EL POSTPOSITIVISMO DESDE ADENTRO

Entrevista con Alí Lozada Prado*

AN INSIDE LOOK AT POST-POSITIVISM

Interview with Alí Lozada Prado

O PÓS-POSITIVISMO DESDE DENTRO

Entrevista com Alí Lozada Prado

*Gustavo Silva Cajas** y Sougand Hessamzadeh Villamagua****

Entrevista realizada por escrito en diciembre de 2022
Quito, Ecuador

* Alí Lozada Prado es doctor en Derecho Público y Método Jurídico por la Universidad de Alicante, España; máster en Argumentación Jurídica, por la Universidad de Alicante y la Universitat degli Studi Palermo; máster en Evaluación de Políticas Públicas, por la Universidad Internacional de Andalucía; y tiene postgrados en Derecho Constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, y la Universidad de Salamanca, y en Derecho Penal, por la Universidad de Buenos Aires. Tiene varias publicaciones académicas, y es profesor del máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante y profesor invitado en varias universidades ecuatorianas e iberoamericanas. Se desempeña actualmente como presidente de la Corte Constitucional del Ecuador. ORCID: 0000-0001-9206-3647

** Doctorando en Derecho y máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, España; máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España, y la Università degli Studi di Palermo, Italia. Es director del Centro por la Transparencia y los Derechos Humanos de la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE), así como profesor de Filosofía del Derecho y Garantías Jurisdiccionales en la misma universidad. Es autor de varios textos sobre sociología jurídica y derecho constitucional. ORCID: 0000-0001-7510-4515. Correo electrónico: gusilvaca@uide.edu.ec

*** Doctoranda en Ciencias Sociales por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España; máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España, y máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide. Es profesora de Argumentación Jurídica en la Universidad de las Américas, y autora de varios textos sobre sociología jurídica, género y argumentación jurídica. ORCID: 0000-0002-3186-240X. Correo electrónico: seyedeh.hessamzadeh@udla.edu.ec

Cómo citar esta entrevista: Silva Cajas, Gustavo y Sougand Hessamzadeh Villamagua. 2022. "El postpositivismo desde adentro. Entrevista con Alí Lozada Prado". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 176-186.

PRIMERA SECCIÓN¹

GUSTAVO SILVA CAJAS Y SOUGAND HESSAMZADEH (GSC y SH): Se conoce que eres una persona reservada, pero nos gustaría empezar por los primeros años. Sabemos que naciste en Archidona, una ciudad pequeña de la provincia del Napo, en la Amazonía ecuatoriana. ¿Qué experiencias y recuerdos de los años de infancia y adolescencia crees que marcaron tus bases y líneas de pensamiento? ¿Qué incidencia y representación tienen para ti el territorio, la cosmovisión y las culturas de la Amazonía ecuatoriana en tu raciocinio?

ALÍ LOZADA PRADO (ALP): Efectivamente, nací en el año 1974 en Archidona, un pueblo muy cercano a Tena y que llegaría luego a ser cabecera del cantón del mismo nombre. El año pasado, su municipio me otorgó una condecoración que a mí y a mis padres nos llenó de alegría. Ellos se radicaron en Archidona un par de años antes de que se casaran y de que yo naciera. Lo hicieron por razones de trabajo: mi madre, Grimaneza, era profesora en un recinto indígena al que se llegaba luego de varias horas de caminata (no había carretera); posteriormente lograría el cambio a un caserío a pocos kilómetros de Archidona, al que se llegaba por la vía Baeza-Tena. Mi padre, Vicente, era profesor en el colegio agropecuario de Archidona, luego de que se iniciara como profesor en una comunidad indígena muy alejada. En ese entonces, la Misión Josefina regentaba la educación pública, primaria y secundaria, en la provincia del Napo (educación superior no había), por lo que mis padres trabajaban para los curas y las monjas, como se decía.

Mis recuerdos de Archidona son borrosos y están probablemente influidos por las fotografías de entonces y por lo que mis padres me contaban después de que, a mis cuatro años aproximadamente, nos fuéramos a vivir a Quito. Primero, mi papá consiguió una plaza en el colegio de El Quinche (parroquia de Quito) y luego mi mamá logró la suya en un pueblo llamado Curipungo (parroquia de Sangolquí). Las fotografías muestran que en mis primeros años acompañaba a mi

madre a las escuelas rurales en las que enseñaba; parece que me habitué desde pequeño a pasar varias horas del día en un aula de clase. Lo que sí recuerdo con claridad es lo brutal del cambio de vida que representó mudarnos a Quito. Fue pasar de un mundo, que para nosotros era amable, a otro demasiado ríspido. Si bien mis padres no son oriundos de Archidona, tampoco son capitalinos (mi madre nació en San Miguel de Bolívar y mi padre en Ambato); además, por su traslado a otra provincia –así eran las reglas de la época–, a mis padres les redujeron la categoría escalafonaria y, por tanto, el salario. Pero mis padres sabían que era el precio que había que pagar para que yo y sus futuros hijos tuviéramos la mejor educación a su alcance.

Según mis padres, en mis primeros años de vida yo era –podría decirse– bilingüe: balbuceaba el castellano y el kichwa. Mis padres, pero más mi madre, tenían mucho contacto con el mundo indígena debido a su profesión y a su condición de colonos. En casa, ya en Quito (en un barrio del sur), teníamos lanzas, collares, tejidos, vasijas... indígenas, como las que hoy se venden como *souvenir*, pero que mis padres tenían por su relación vivida con las comunidades. Conozco una que otra palabra o frase en kichwa, en su mayoría por haber escuchado a mis padres. Hace un par de meses, en unas audiencias sobre decisiones de la justicia indígena organizadas por la Corte Constitucional en Loja, me atreví a pronunciar un breve saludo en esa lengua, pero quedó en evidencia que varias de las palabras que usé pertenecían al kichwa de la Amazonía, no al de la Sierra. Lamentablemente, todo ese contacto directo con la cultura indígena, mío y de mi familia, quedó trunco cuando dejamos Archidona. Aunque quizá algo de esa experiencia haya incidido en mi pensamiento actual sobre el Derecho indígena y, en general, sobre el Derecho. Mis primeros años de socialización ocurrieron en la Latinoamérica profunda, en un contexto de interculturalidad y de desigualdad estructural, dos categorías que en mi actividad académica y jurisdiccional siempre las he tomado muy en serio, aunque he procurado no romantizarlas.

¹ Nota de los entrevistadores: Se ha dividido la entrevista en dos secciones. La primera, biográfica, busca una aproximación al entrevistado, quien, eventualmente, deja descubrir las (posibles) conexiones entre la persona y el pensamiento. La segunda sección trata temas más precisos sobre la obra de Alí Lozada Prado y el postpositivismo.

Tras esta respuesta un tanto larga, me temo que ya nadie creará que soy alguien reservado.

GSC y SH: Pasados los años de infancia y adolescencia, cuando terminaste el colegio y era momento de elegir una carrera universitaria ¿siempre supiste que tu camino era el Derecho o tenías afinidad y gusto por otras disciplinas?

ALP: En ninguna época de mi vida he estudiado tan intensamente como en los años de secundaria. Allí, en el colegio Sebastián de Benalcázar, aprendí un poco de casi todas las ciencias, y todas ellas me interesaban; pero prefería las humanidades y las ciencias sociales, porque los problemas que estas abordan me parecían entonces de una complejidad mayor a la que –según yo creía de adolescente– ofrecían las ciencias exactas y naturales (en esto tuvo mucho que ver Hugo Redín, mi profesor de corrientes filosóficas y de Lógica y Ética). Sin embargo, cuando llegó el momento de escoger una carrera universitaria, tenía muchas dudas. Pensaba en Economía, Derecho... En el momento decisivo, concluí que quería estudiar Sociología –quizá era una forma encubierta (y menos insólita en el medio ecuatoriano) de decir que me inclinaba por la Filosofía–.

Pero mi padre me ‘puso los pies sobre la tierra’ y, para velar por mi porvenir, aceptó que yo estudiara Sociología (en la Universidad Central del Ecuador) a condición de que también hiciera la carrera de Derecho (en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Acepté, pero luego de un curso, los horarios se cruzaron de una manera imposible de arreglar y tuve que elegir: sacrifiqué la Sociología. Con el tiempo –no sé si por una necesidad inconsciente de lograr la conformidad–, siento que fue lo mejor; pero quizás eso se deba a que terminé especializándome en Filosofía del Derecho.

GSC y SH: Cuando ya habías empezado los estudios en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, ¿qué asignaturas te generaron mayor curiosidad y apasionamiento? ¿Tuviste, además de profesores(as), algún(a) maestro(a) en el sentido de ser una guía en tu camino del aprendizaje? Y, ¿cuándo y cómo empezó tu cercanía con la Filosofía del Derecho?

ALP: Mi paso por la facultad de Derecho fue árido en buena medida; por eso dejé de ser el gran estudiante que había sido hasta entonces (en la secundaria, pero también en la primaria, donde recuerdo la buena influencia de mi profesor Vicente Villota). Las materias fundamentales, que se impartían al inicio de la carrera, me interesaban mucho (por ejemplo, la de Introducción al Derecho, impartida por el expresidente de la Corte Constitucional, Hernán Salgado; o la de Lógica, por mi actual colega juez de la misma Corte, Richard Ortiz), pero la mayoría de asignaturas posteriores eran impartidas con la superficialidad propia de la enseñanza del Derecho basada en la lectura de la ley. Eso únicamente me transmitía la imagen de que para ser jurista no hacía falta mayor rigor intelectual y sí la adopción de poses que impresionen socialmente. Aunque también hay que decir que yo pertenecía al paralelo al que no le tocaron muchos de los buenos profesores de la facultad. Eso sí, no tanto por las asignaturas que impartieron, sino por su método de enseñanza, hubo varios profesores que contribuyeron mucho a mi formación y a quienes agradezco; por ejemplo, Alberto Wray. Él era capaz de mostrar –incluso en su propio desempeño como jurista multifacético– que el ejercicio exitoso de las profesiones jurídicas requería una sólida y amplia preparación intelectual, así como un razonamiento jurídico cultivado.

No puedo decir que tuve, sin embargo, algún maestro. Ninguno de mis profesores vio en mí a un pupilo que mereciera ser atraído, promovido y menos apadrinado. Eso debió tener muchas causas, pero una de ellas fue, sin duda, que yo no encontraba en ninguna de las asignaturas que ellos impartían una genuina pasión vocacional. Y es que –visto retrospectivamente– ninguna de ellas entraba de lleno en los problemas de la Filosofía del Derecho. A esta me acerqué, de a poco, por mis propias lecturas y por conversaciones extensísimas con mi entonces compañero de aula José Fonseca. La histórica ausencia de esa disciplina en el medio ecuatoriano es algo que no termino de explicar, aunque es notorio que eso ha ido cambiando. En mi opinión, la Filosofía del Derecho no es una disciplina más junto al Derecho laboral, civil, tributario... Más bien, es la que diseña los lentes con los que se debe estudiar sistemáticamente la práctica jurídica laboral,

civil, tributaria... El mejor ejemplo de eso es cómo se han (re)construido las teorías contemporáneas sobre la constitución, los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional: Alexy, Atienza, Ruiz Manero, Dworkin, Ferrajoli, Kelsen, Nino y compañía son o fueron filósofos del derecho, y no cultores del Derecho constitucional, entendido como dogmática jurídica.

Años después, cursé un postgrado en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, en Quito, Ecuador. Allí recibí la benéfica influencia de Agustín Grijalva, mi excolega juez de la Corte Constitucional, cuyas clases me hicieron ver la necesidad de cuestionar el formalismo para abordar debidamente los desafíos del Estado constitucional.

GSC y SH: Ya situados en tus estudios en Europa, podrías haber estudiado en Génova, Girona, Roma, Madrid u Oxford, por mencionar algunas, pero, ¿qué te llevó a Alicante a estudiar argumentación jurídica y a acercarte con tanta intensidad a la Filosofía del Derecho en ese lugar? ¿Quiénes son o fueron tus maestros(as) en la Universidad de Alicante y qué representan en tu vida? ¿Quiénes fueron los(as) compañeros(as) con quienes tuviste las más acaloradas discusiones sobre Filosofía y teoría del Derecho? ¿Y cuál fue el aprendizaje más importante en relación a la Argumentación Jurídica y a la Filosofía del Derecho?

ALP: Mi descubrimiento de la Filosofía del Derecho fue, como dije, autodidacta. Cuando decidí estudiar en Alicante, yo no era más que un aficionado de la materia, sin mayores conocimientos y guiado, más que nada, por las intuiciones que me despertaban las lecturas, por ejemplo, de Kelsen, Hart, Alexy, Ferrajoli, Carrió, Alchourrón, Bulygin y, por supuesto, Atienza y Ruiz Manero. La Filosofía del Derecho engloba tres grandes disciplinas: la teoría del Derecho (ontología jurídica), la Argumentación Jurídica (metodología jurídica) y la teoría de la justicia (axiología jurídica). Según la concepción filosófica que se tenga sobre el Derecho, esas tres disciplinas pueden presentarse más o menos imbricadas. Desde que empezó mi afición por la *iusfilosofía*, latía en mí una inclinación preferente por el método jurídico, lo que hoy viene a ser la teoría de la argumentación jurídica.

Retrospectivamente, veo que detrás de eso había también en mí un enfoque pragmático de la Filosofía del Derecho, donde el punto de vista del participante de la práctica jurídica era central; por ello, aunque no lo veía con total nitidez entonces, el lugar donde quería formarme era Alicante. Ahí, Atienza había empezado ya a teorizar sobre la argumentación jurídica, y junto a Ruiz Manero habían elaborado una teoría de los principios jurídicos: la primera en lengua española. Ellos dirigieron mi tesis doctoral, titulada “Derechos y constitucionalismo discursivo”, y son, con Josep Aguiló, mis principales maestros. Aunque a todos los profesores de Alicante les debo muchas y muy importantes enseñanzas. De mis contemporáneos en Alicante, con quien más oportunidad tuve de discutir sobre temas *iusfilosóficos* de interés común fue con mi amigo Alejandro González, mexicano; entre lecturas, vino y pizzas regadas de chile, tratábamos de iniciarnos en el trabajo investigativo. Más adelante, fue a realizar su doctorado en Alicante Catherine Ricaurte, quien se convirtió en mi gran interlocutora.

El seminario de Alicante (“el de los jueves”) constituye una escuela estupenda para todos los que pasan por ahí, pero en el Departamento de Filosofía del Derecho, en general, el ambiente es muy propicio para desarrollar el debate crítico en cualquier lugar del campus o fuera de él. Los más destacados autores a nivel mundial son invitados a impartir clases, conferencias o seminarios. Allí, la relación entre todos está marcada por una horizontalidad, que sería totalmente extraña en la inmensa mayoría de universidades y, en general, en instituciones ecuatorianas y latinoamericanas. Mi –modesto– pensamiento jurídico se fraguó en ese horno a lo largo de muchos años, aunque también he podido hacer estancias de investigación en grupos igualmente prestigiosos como el de la Universidad de Génova. Sobre mis principales aprendizajes, creo que podré hablar más adelante. Pero hubo un aprendizaje que para mí fue radical: la capacidad de discutir con rigor académico. Esto es usual en varios centros de investigación, pero suele decirse que en Alicante se discute de manera especialmente fuerte, buscando a veces la máxima racionalidad discursiva a costa de las fórmulas de cortesía. Con el tiempo, me habitué a esa forma ruda de practicar la esgrima dialéctica. Aunque luego, cuando recién me integré a la Corte

Constitucional, eso me pasaba factura, porque algunos de mis colegas me percibían como alguien prepotente, descortés o grosero en las deliberaciones, a pesar de que busqué modificar mis modales desde el primer día. Con paciencia, mía y de mis colegas, logré readaptarme.

GSC y SH: Finalmente, ¿qué significó para ti volver a Ecuador luego de tus estudios doctorales, y qué expectativas tenías frente al ejercicio del Derecho en un lugar en el que la tradición jurídica es extremadamente formalista? ¿Cómo fue tu adaptación intelectual al entorno jurídico?

ALP: Mientras estaba en España, mi deseo era obtener una plaza permanente en la universidad, lo que por entonces se había vuelto muy difícil debido a que la crisis económica terminó por cercenar los presupuestos universitarios y, por consiguiente, no se creaban plazas nuevas. Para ello, con un esfuerzo burocrático enorme, conseguí habilitarme para optar por alguna de esas plazas, cuando se crearan. Hasta tanto, mediante un concurso internacional, obtuve una plaza en el Instituto de Ciencias Sociales en la Universidad de O'Higgins, en Chile y, simultáneamente, también por concurso internacional, obtuve un proyecto de investigación posdoctoral por tres años, financiado por el FONDECYT chileno. Eran dos muy buenas razones

para ir a Chile por tres años al menos. No había transcurrido el primero, cuando me propusieron integrar la lista de candidatos a la Corte Constitucional ecuatoriana. En el cortísimo tiempo que tuve para decidir, pensé mucho sobre mi futuro y el de mi familia, y aunque suponía –y sigue suponiendo– asumir el riesgo del desempleo en el futuro, concluimos –influyó mucho el consejo de Manuel Atienza– que valía la pena participar en el concurso, y así volvimos a Ecuador.

Aunque pasé muchos años fuera, nunca dejé de pensar en el Ecuador. La distancia me ayudaba, en parte, a tratar de comprender los enigmas de Latinoamérica en general. Sabía, como dicen ustedes, que el formalismo era un rasgo negativo arraigado en la cultura jurídica ecuatoriana (y en las de España y Chile, por cierto); pero también sabía que había un rasgo nuevo, también negativo, que se venía gestando en los últimos años: el activismo judicial injustificado.

Como profesor de algunos programas de posgrado en el país, puedo decir que he tenido que enfrentar los dos extremos por igual, y a veces algo más al segundo. Por eso, he buscado adaptarme al entorno jurídico ecuatoriano lo estrictamente necesario, pues se trata de una cultura jurídica en formación, frente a la cual pienso que se debe tener una actitud crítica y no conformista.

SEGUNDA SECCIÓN

GSC y SH: Josep Aguiló Regla tiene un texto titulado “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, publicado en la revista Doxa, en el que explica la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista. Para ti, ¿cuáles son las principales distinciones entre el positivismo y el postpositivismo? ¿Cuál crees que fue el detonante para que, desde Alicante, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero (aunque se opone al término) y Josep Aguiló vean necesario plantear una teoría postpositivista del Derecho? ¿Y cuáles son piezas que al día de hoy ha trabajado y le faltan trabajar a esta teoría?

ALP: La gran novedad jurídica de nuestro tiempo es el Estado constitucional, entre cuyos elementos esenciales está la incorporación en los documentos constitucionales de un catálogo de derechos. La superioridad o inferioridad de una teoría del Derecho depende, en mi opinión, de su capacidad para dar cuenta del derecho propio del Estado constitucional.

Estoy terminando un artículo para DOXA, con base en mi tesis doctoral y en homenaje a Atienza, en el que caracterizo al postpositivismo a partir de tres tesis fundamentales: la conexión necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral; el objetivismo basado en derechos; y –como resultado

de las dos tesis anteriores– la focalidad jurídico-moral de los derechos fundamentales. En mi opinión, estas tres tesis son indispensables para dar cuenta de manera satisfactoria de la práctica jurídica propia del Estado constitucional, en la que, por efecto de la incorporación de los derechos fundamentales en el documento constitucional, ya no solo se subsumen hechos en reglas, sino que también se ponderan principios, valores y bienes jurídico-morales (que es en lo que consisten esencialmente, aunque no exclusivamente, los derechos fundamentales). Además, el Derecho del Estado constitucional está atravesado por la tendencial tensión entre su dimensión autoritativa o institucional (a la que corresponden los principios de deferencia al legislador democrático, de la seguridad jurídica, etc.) y su dimensión sustantiva o de justicia (a la que se adscriben los principios consistentes en derechos fundamentales, en bienes colectivos, etc.).

El positivismo normativista (hay otras formas de positivismo) no es apto para dar cuenta de nada de lo mencionado, puesto que carece de esas tres tesis. Este parte, por el contrario, de la tesis de la separación entre Derecho y moral, lo que reduce al razonamiento jurídico a la subsunción con reglas; de lo que se sigue que los derechos fundamentales solo pueden tener forma de reglas: al cercenarles su dimensión valorativa, ellos terminan ‘aplanados’, metáfora que usé para criticar la teoría de Ferrajoli en una discusión colectiva con ese autor, publicada en Italia hace algunos años.

El postpositivismo, sin embargo, es una teoría que no ha terminado de construirse. Por ejemplo, en ese artículo que estoy terminando, examino las críticas de Atienza a un modelo de postpositivismo que reconstruí en mi tesis doctoral a partir de Nino y Alexy: el postpositivismo discursivo. En mi opinión, Atienza básicamente adhiere a ese modelo teórico, pero sus críticas muestran la necesidad de superar algunas deficiencias; a saber, respectivamente a las tres tesis antes anotadas: el carácter idealizado de la tesis del caso especial, que eclipsa varios tipos de argumentación jurídica, como la de los abogados, legisladores, mediadores, etc.; la fundamentación puramente procedimental de los derechos fundamentales, que acaba por anclarlos solo en la autonomía personal relegando al de la dignidad humana; y la omisión de incorporar a

las normas de fin para dar cuenta de la argumentación con derechos fundamentales.

GSC y SH: ¿En qué se diferencian y asemejan el postpositivismo y el positivismo incluyente y el no positivismo incluyente y excluyente de los que habla Alexy? También, Susanna Pozzolo, cuando escribió por primera vez sobre neoconstitucionalismo, mencionó a Ronald Dworkin, Carlos S. Nino y Robert Alexy, como autores que podrían identificarse como tal. Y esos mismos autores son identificados como postpositivistas en Alicante. ¿Cuáles son las diferencias entre el neoconstitucionalismo y el postpositivismo?

ALP: El positivismo incluyente es una concepción muy próxima al postpositivismo, y diría que en la práctica jurídica podrían resultar equivalentes. De forma muy simplificada, la diferencia estribaría en que, mientras el postpositivismo asume la tesis de la conexión necesaria entre Derecho (razonamiento jurídico) y moral (razonamiento moral), para el positivismo incluyente esa relación existe, pero no es necesaria, sino contingente: solamente es válida para sistemas jurídicos en los que han sido incorporados (positivizados) contenidos morales, como sucede con el Derecho de los Estados constitucionales. Para el postpositivismo, en cambio, la referida tesis de la conexión no solo que es la más adecuada para dar cuenta del Derecho de nuestro tiempo, sino que el razonamiento jurídico se vincula necesariamente con la moral en virtud de las llamadas tesis de la unidad de la razón práctica y de la primacía –dentro de esta– de la moral: las razones últimas de un razonamiento jurídico son siempre de naturaleza moral.

Alexy llama no positivismo excluyente (que podríamos denominar también *iusnaturalismo* fuerte) a una concepción del Derecho para la que todo defecto moral de una norma o decisión jurídica –vale decir, todo desajuste entre la dimensión de autoridad y la dimensión de justicia– trae consigo su invalidez jurídica. Para esta corriente, una norma o decisión es jurídicamente inválida (no es Derecho) si es injusta. En contraposición a esto, Alexy opta por el no positivismo incluyente (en nuestros términos, el postpositivismo), según el cual, no todo defecto moral

de una norma o decisión jurídica acarrea su invalidez jurídica (sigue siendo Derecho); esto solo ocurre frente a casos de extrema injusticia, pero sí la vuelve jurídicamente defectuosa, por lo que debe ser corregida por las instancias competentes. Esta clasificación alexyana permite mostrar que el postpositivismo no es un *iusnaturalismo*.

El término neoconstitucionalismo, como dicen ustedes, fue utilizado inicialmente por Pozzolo y otros autores genoveses para referirse *grosso modo* al postpositivismo: Alexy, Atienza, Dworkin, Nino, Ruiz Manero. Sin embargo, en Latinoamérica, muchos juristas –que en general no son filósofos del Derecho– se han reconocido como parte de un movimiento autodenominado neoconstitucionalismo. Esta no es propiamente una corriente teórica, sino que viene a ser una ideología espontánea, la opuesta al formalismo. En breve, podría decirse que mientras el formalismo reduce todo el Derecho a reglas interpretadas estrictamente a partir de la “letra de la ley”, el neoconstitucionalismo reduce todo el Derecho a los principios, valores y fines constitucionales; con lo que al Derecho se le amputa su dimensión institucional o de autoridad y se lo convierte en una empresa donde solo importa la consecución de la justicia material. Por eso, el constitucionalismo, así entendido, es la ideología que sustenta el activismo judicial injustificado al que antes me refería.

GSC y SH: Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero hicieron un tratamiento interesante de los principios en Las piezas del Derecho. Y más adelante, de nuevo sobre los principios, en un artículo titulado “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, que se publicó en Doxa, sostuvieron que la dimensión institucional del Derecho es un ingrediente fundamental del razonamiento jurídico, y recordaron que en Las piezas del Derecho habían afirmado que los principios en estricto sentido (pautas que incorporan razones de corrección) tienen prioridad frente a las directrices (pautas que incorporan razones finalistas), pero que esta afirmación no había sido correcta, pues si pensamos en el estado de excepción o en la prisión preventiva, puede observarse cómo un principio en sentido estricto (como por ejemplo, la libertad)

puede ceder ante una directriz. Así, Atienza y Ruiz Manero incluyen en su esquema sobre los principios, a las normas institucionales o, si se quiere, principios institucionales (considerar la distinción entre principios institucionales en sentido estricto y directrices institucionales que se dirigen al exterior del Derecho). ¿Podrías darnos más ejemplos (aparte del que hace referencia al estado de excepción o a la prisión preventiva) de principios institucionales, o presentar someramente una tipología de los mismos? ¿Ante qué clase de principios puede ceder un principio institucional? ¿Los principios institucionales pueden fundamentar reglas?, ¿cuáles? ¿Existe moral que fundamente los principios institucionales? ¿Pueden colisionar dos principios institucionales y aplicar el método de la ponderación para su solución?

ALP: Como antes expresé, la dimensión institucional o autoritativa del Derecho viene dada por los principios llamados formales, institucionales o autoritativos, como el de deferencia ante el legislador democrático, el imperio de la ley, la seguridad jurídica, etc. El desarrollo teórico en torno a estos principios y su relación argumentativa con los principios materiales o sustantivos (como los derechos fundamentales, los bienes colectivos, etc.) es una tarea, en alguna medida, pendiente para el postpositivismo. El proyecto financiado por el FONDECYT de Chile, al que antes me referí, versó justamente sobre los principios formales en la argumentación con normas de origen judicial.

En mi opinión, un principio formal es susceptible de ser ponderado con otros de cualquier tipo, ya que la materia ponderable incorporada en todo principio es un valor o bien moral y no cabe establecer prioridades que no sean *prima facie* entre valores o bienes morales. En el caso de los principios formales, entonces, claro que hay valores morales subyacentes, pero tienen que ver con la dimensión institucional o autoritativa del Derecho. Aquellos valores son los que hacen que el Derecho no sea una práctica orientada a la pura justicia material (como la moral), sino –parafraseando a Alexy– a una justicia institucionalizada; pues el Derecho –parafraseando esta vez a Nino– se construye siguiendo la lógica del segundo mejor. Y pienso también que las reglas producto de las ponderaciones en

las que interviene un principio formal pueden ser de varios tipos, no necesariamente institucionales en el sentido de Atienza y Ruiz Manero. Sin embargo, todo esto es algo que puedo afirmar solo preliminarmente, porque sigo investigando al respecto.

GSC y SH: En un reciente artículo de tu autoría, titulado “Principios formales y sentido común jurídico”, publicado en la revista Doxa, explicas cómo Alexy entiende la ponderación entre principios formales y principios materiales, exponiendo el argumento alexyano de que “Como resultado de la ponderación: en el caso de normas injustas por debajo del umbral de la injusticia extrema, la seguridad jurídica precede a la justicia y, por ello, dichas normas son derecho; pero, en el caso de las normas injustas que superen aquel umbral, ocurre a la inversa y, por tanto, las normas extremadamente injustas ya no son derecho” (Lozada Prado 2022, 431). ¿Podrías explicarnos la diferencia entre los principios formales y los materiales? Y, ¿cómo desde el postpositivismo se puede identificar cuándo una norma es injusta y cuándo es extremadamente injusta, como para sostener la inversión de la precedencia de la seguridad jurídica y de la justicia en un caso y otro? Y, ¿la presunción de constitucionalidad de la ley, según el enfoque que le das en el trabajo en mención, podría ser considerado un principio institucional en sentido estricto o una directriz institucional?

ALP: Empiezo por explicar que la diferencia entre principios formales y principios materiales está, dicho brevemente, en que los primeros establecen quién es autoridad para expedir reglas jurídicas válidas, mientras que los segundos inciden en el contenido que deben tener las reglas jurídicas para ser válidas.

Según el postpositivismo de Alexy, como antes manifesté a propósito del no positivismo incluyente, las injusticias en el Derecho, en general, no traen consigo la invalidez jurídica de las normas o decisiones, pero sí las vuelve jurídicamente defectuosas. Esto puede explicarse diciendo que los principios formales tienen primacía *prima facie* sobre los principios materiales, por lo que, en general, las normas o decisiones injustas mantienen su validez jurídica porque son

dictadas por autoridades que el Derecho instituye, aunque los principios materiales operen en un segundo plano calificando a esas normas y decisiones como jurídicamente defectuosas y, por tanto, corregibles por parte de las instancias competentes (por ejemplo, por la Corte Constitucional en una acción de inconstitucionalidad de ley). Sin embargo, si la injusticia es extrema, los principios formales resultarán derrotados por los principios materiales, los que pasan a un primer plano y determinan, ya no que las normas o decisiones concernidas sean jurídicamente defectuosas, sino jurídicamente inválidas, indignas de ser obedecidas por nadie. Por cierto, las injusticias extremas de las que habla Alexy –o el mal absoluto del que habla Nino– son, por ejemplo, los crímenes del nazismo. Esto conviene aclararlo para no dar pie a la creatividad neoconstitucionalista.

Si seguimos la tipología de Atienza y Ruiz Manero, la presunción de constitucionalidad de la ley es un principio en sentido estricto, no una directriz. Es decir: establece un mandato de acción, no de fin. Según la reconstrucción que hago en el artículo que ustedes mencionan, aquel principio establecería lo siguiente: en un proceso de inconstitucionalidad de leyes, la Corte Constitucional está obligada a decidir como si la ley fuese constitucional a menos que o hasta que tenga razones suficientes para creer que la ley es inconstitucional.

GSC y SH: En tu tesis doctoral “Derechos y constitucionalismo discursivo”, empiezas relatando la condena a pena de muerte que le fue impuesta al coronel Federico Irigoyen, pese a que la Constitución vigente entonces (1884) sostenía que: “No se impondrá pena de muerte por crímenes políticos ni por crímenes comunes, exceptuados el asesinato y el parricidio, en los casos que, según la ley, se castigan con esta pena”. Seguidamente afirmas que “el que alguien viva en un Estado derecho legislativo y no en uno constitucional puede hacer la diferencia entre la vida y la muerte”. Visto esto y guardando las distancias entre el Ecuador del siglo XIX y el del siglo XXI, desde un punto de vista pragmático, ¿eres más afín a una teoría constitucional deferente al legislador en la línea de J. Waldron o R. Gargarella o a una que requiera la existencia de cortes constitucionales fuertes, siguiendo a Alexander Bickel, que

funcione como “fuerza contramayoritaria”, más o menos como las de la época Marbury, Roe o Brown?

ALP: La tragedia de Irigoyen puede explicarse diciendo que, en ese entonces, Ecuador no era un Estado constitucional. De hecho, la sentencia que lo condena a muerte desarrolla como una de sus líneas argumentativas la siguiente: en el supuesto –refutado por la misma sentencia– de que la Constitución hubiese prohibido la pena de muerte para el tipo de delito en que se basaba la acusación (sedición), la Corte Suprema Marcial no tenía competencia constitucional para inaplicar o anular una ley por inconstitucional; es decir, no había en el Ecuador de esa época control judicial de la constitucionalidad de leyes. Y este, como se sabe, es un elemento definitorio del Estado constitucional.

Yo pienso que existe suficiente fundamento filosófico para establecer en la Constitución algún mecanismo de control judicial de constitucionalidad de las leyes, pero considero que esa fundamentación no justifica prescindir del principio de deferencia al legislador democrático y, por tanto, del de presunción de constitucionalidad de la ley. En otras palabras, la deferencia al legislador no puede traducirse en una inmunidad judicial de la ley, sino en la obligación de toda corte constitucional de argumentar y decidir como si la ley fuese constitucional a menos que o hasta que tenga razones suficientes para creer que la ley es inconstitucional. Esto, a mi juicio, marca con fuego el rol institucional de la corte: únicamente ella hace respetar la Constitución en cuanto marco que delimita el espacio legítimo del juego político democrático, al que corresponde elegir los escenarios sociales futuros de entre todos los constitucionalmente posibles. Ir más allá sería incurrir en activismo judicial injustificado y dar cabida al fantasma del “gobierno de los jueces”. Ese rol de las cortes, sin embargo, debe ser ejercido activa y vigorosamente, sobre todo cuando de proteger los derechos fundamentales se trata. Cada corte constitucional, según su contexto nacional, debe hallar el justo equilibrio entre deferencia e intervención, lo que resulta especialmente difícil en países con institucionalidad débil como el nuestro.

GSC y SH: En el año 2015, la Corte Constitucional del Ecuador publicó un manual de argumentación

constitucional, de autoría tuya y de Catherine Ricaurte. Ahí sostienes que en el Estado constitucional existe un vínculo indisoluble y equivalente entre argumentación, justicia y derechos fundamentales, y que por lo tanto, la denominación Estado constitucional de derechos y justicia, que figura en el artículo 1 de la Constitución, es un pleonismo; mientras que la Corte Constitucional del Ecuador señala que este modelo de Estado se fundamenta en el respeto y tutela de los derechos constitucionales considerados normas aplicables ante cualquier servidor público (STC 001-16-PJO-CC), aparentemente reforzando solo el vínculo entre derechos y justicia. En ese sentido, ¿qué más ha dicho la Corte Constitucional al definir este modelo de Estado? ¿Es posible pensar que la fórmula “derechos y justicia” introduce elementos diferenciadores de la teoría del Estado constitucional europea continental? ¿Crees que la teoría del Derecho inserta y predominante en la Constitución ecuatoriana y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la postpositivista?

ALP: Creo que ninguna Constitución entraña una específica teoría del Derecho, por lo que no podría decirse que la nuestra sea postpositivista (ni positivista, ni *iusnaturalista*, ni realista). Lo que sí sostengo es que el postpositivismo es la mejor teoría para dar cuenta del Derecho propio de los Estados constitucionales, incluido el nuestro.

Ciertamente, considero que la fórmula “Estado constitucional de derechos y justicia” debe ser interpretada como un pleonismo, ya que, por definición –como he tratado de explicar anteriormente–, todo Estado constitucional incorpora un catálogo de derechos fundamentales y, por ende, una dimensión de justicia que atempera la dimensión de autoridad del Derecho. Que la Corte Constitucional en un momento haya dicho que “este modelo de Estado se fundamenta en el respeto y tutela de los derechos constitucionales considerados normas aplicables ante cualquier servidor público” vendría a ratificar mi interpretación. Sin embargo, creo que la interpretación de aquella fórmula constitucional es más una cuestión académica que jurisprudencial. Conviene precisar que, en mi opinión, se trata de un pleonismo virtuoso (no vicioso), porque no es una mera redundancia, sino

que contribuye pedagógicamente a remarcar las novedades primordiales introducidas por el Estado constitucional –que, por cierto, no se inauguró con la Constitución de 2008– en la historia jurídica ecuatoriana. Por otro lado, los derechos y la justicia son categorías teorizadas en Occidente, pero su contenido básico no es extraño a otros paradigmas culturales, de ahí que su inclusión en el primer artículo de nuestra Constitución no podría interpretarse como un alejamiento de la cultura occidental y tampoco, necesariamente, como una adhesión irrestricta a ella. Dicho sea de paso, no se puede hablar del pensamiento occidental como un cuerpo homogéneo, como un sistema único: en la filosofía política de Occidente hay toda una paleta de colores que impide reducirla a un estereotipo fácil de destruir. Soy crítico de todo pensamiento hegemónico, pero procuro no incurrir en la falacia del hombre de paja.

GSC y SH: En el año 2019 la Corte Constitucional del Ecuador aprobó el matrimonio civil igualitario mediante las sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, la primera con ponencia tuya y la segunda con ponencia de Ramiro Ávila. Esta decisión de la Corte Constitucional fue criticada por el profesor Manuel Atienza por considerar que la Corte había excedido sus competencias ya que la Constitución no admitía interpretaciones sobre el artículo 67 de la Constitución que decía que el “matrimonio es la unión entre hombre y mujer” y que aquello era absolutamente claro. Atienza señala que esta decisión de la Corte desdibujó el carácter autoritativo de la Constitución y puso en riesgo valores sustantivos, precisamente, de la Constitución. ¿Cómo defenderías los argumentos de la corte en general y los de la sentencia de tu ponencia en particular frente a esta postura de Atienza?

ALP: Las juezas y jueces de la corte procuramos no debatir sobre nuestros fallos en el foro público. Lo que puedo decir –con finalidad informativa– es que la sentencia de la que fui ponente tuvo como fundamento definitivo una razón autoritativa: que el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 24, reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer

matrimonio, derecho que forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano por cuanto la propia Constitución establece una cláusula de apertura, según la cual, los instrumentos internacionales son directamente aplicables, “siempre que sean más favorables a las [normas] establecidas en la Constitución”. Desde luego, este argumento está expuesto a la crítica, pero claramente pretende basarse en la autoridad de la Convención, de la Corte IDH y de la propia Constitución. No es que la Corte Constitucional llanamente ha ponderado principios constitucionales para invalidar la regla del artículo 67 “desdibujando el carácter autoritativo de la constitución”. Por todo esto, no parece que estemos ante un caso de activismo judicial injustificado.

GSC y SH: Finalmente, y un poco fuera de la secuencia de preguntas que anteceden, te agradecemos profundamente por atender esta entrevista y compartir tus visiones con las y los lectores de Cálamo; pero no podemos terminar esta entrevista sin preguntar: ¿cuál es el futuro del sentido común de los juristas en el Ecuador y el mundo latino? y ¿qué consejo le darías a un(a) estudiante de Derecho que se ha empezado a interesar por la Filosofía del Derecho? ¿Por dónde empezar?

ALP: Yo soy el agradecido con ustedes. Siento que me han brindado una suerte de terapia introspectiva profunda, que me ha permitido esclarecer algunas de mis emociones y pensamientos.

Yendo a sus preguntas, a partir del advenimiento del Estado constitucional, el sentido común jurídico en el mundo latino se ha venido transformado. Para los juristas, han ido cobrando centralidad los principios, los derechos, la proporcionalidad, la ponderación, etc.; lo que muestra un giro antiformalista en la racionalidad de las prácticas jurídicas. Sin embargo, la deriva neoconstitucionalista nos indica que no por abandonar el formalismo debemos asumir al Derecho como pura sustancia desprovista de forma. Dicho de otra manera, el antiformalismo no implica soslayar la dimensión institucional o autoritativa del Derecho para quedarse solo con la justicia material. El gran problema que, a mi juicio, el Estado constitucional debe enfrentar en los próximos años en nuestro país

y región es la adecuación de la forma del Derecho a las exigencias del Estado constitucional: la protección de los derechos solo es posible si se los rodea de reglas razonablemente identificables y estables, algunas legales y muchas jurisprudenciales. Para ello, hay que adaptar algunos elementos provenientes del *common law* en la matriz propia de nuestra tradición jurídica. Por ejemplo, se debe remodelar la forma del Derecho a partir de una imbricación sistemática entre la legislación y el precedente. Hay que ir hacia una cultura del precedente que brinde un grado aceptable de seguridad jurídica a tono con nuestra realidad. El sentido común de los juristas del mundo latino en el futuro, en suma, debe parecerse más al que ha sido tradicional en el mundo angloamericano, pero a través de un proceso de evolución propio, y no como resultado de trasplantes e injertos asumidos acríticamente.

A un estudiante de Derecho interesado en la *iusfilosofía* le señalaría que ésta reflexiona sobre la práctica jurídica, por lo que conocerla –y, mejor, vivirla– es condición necesaria para su teorización. Pero también

le diría que, solo conociendo la práctica jurídica, incluso estudiando dogmática jurídica, no se llega muy lejos; es preciso familiarizarse al menos con los rudimentos de algunas disciplinas científico-sociales, filosóficas y humanísticas en general. Añadiría que la Filosofía del Derecho es indispensable en la formación intelectual de un jurista, teórico o práctico, por lo que interesarse por ella siempre es formativo, aunque no se opte por una formación avanzada en ese campo. Y si tuviera que sugerir un solo texto para despertar tempranamente la curiosidad *iusfilosófica* de un estudiante de Derecho, elegiría El caso de los exploradores de cavernas, de Fuller. Siempre me pregunto: ¿a cuál de los jueces allí retratados me pareceré más?

BIBLIOGRAFÍA

Lozada Prado, Alí. 2022. “Principios formales y sentido común jurídico. Sobre la presunción de constitucionalidad de la ley”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 45: 411-443.